

Universidade do Minho
Escola de Direito

Francielle Vieira Oliveira

Integração regional e harmonização jurídica: estudo sobre as dinâmicas jurisdicionais nos sistemas internormativos da União Europeia, da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul

junho de 2019

Integração regional e harmonização jurídica: estudo sobre as dinâmicas jurisdicionais nos sistemas internormativos da União Europeia, da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul

Francielle Vieira Oliveira

UMinho | 2019

Universidade do Minho
Escola de Direito

Francielle Vieira Oliveira

Integração regional e harmonização jurídica: estudo sobre as dinâmicas jurisdicionais nos sistemas internormativos da União Europeia, da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Públicas

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira

junho de 2019

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição
CC BY

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Universidade do Minho, 05 de julho de 2019

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ainda que a elaboração de uma tese de doutoramento seja uma viagem solitária, a interdependência que rege as relações humanas não me permite encerrar este ciclo antes de externar os meus agradecimentos a todas as pessoas e instituições que me apoiaram e contribuíram de alguma forma à realização deste trabalho.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) agradeço pelo financiamento (Código de financiamento 001) que me concedeu ao abrigo de uma Bolsa de Doutoramento Pleno no Exterior, através da qual pude realizar as minhas investigações na Escola de Direito da Universidade do Minho.

À Professora Doutora Alessandra Silveira sou grata por ter assumido e mantido prontamente o encargo de orientar as minhas atividades ao longo do percurso deste doutoramento. Foi para mim um privilégio e uma honra fazer parte do seu convívio. Além das oportunidades de diálogo e de reflexão que contribuíram para o meu processo de amadurecimento intelectual, a partir do seu exemplo como brilhante professora também tive as melhores lições de disciplina e engajamento académico.

À Professora Doutora Maria Caterina Baruffi dirijo igualmente os meus agradecimentos pela sua disponibilidade em ter-me recebido na *Università degli Studi di Verona*, onde realizei um período de investigação como requisito parcial à obtenção do título de doutoramento europeu.

À minha família, em especial à minha mãe Vera, serei eternamente grata pelo seu incondicional afeto, apoio e incentivo aos meus projetos e objetivos. A coragem e a perseverança com que a minha mãe habitualmente conduz a sua vida inspiram-me e dão-me forças para seguir adiante em meus propósitos, mesmo que o caminho a percorrer seja em alguns momentos mais desafiadores.

Ao Marco agradeço pelo companheirismo, carinho, amizade e palavras de acalento que nas horas mais difíceis ajudaram-me a recuperar a paz necessária ao desenvolvimento e à conclusão deste trabalho.

Ao Sr. Valdivino deixo aqui registado a minha sincera gratidão pela sua amizade que me ajudou a superar momentos portentosos e de incerteza durante a preparação desta tese.

Aos meus demais amigos, colegas e interlocutores agradeço pela força e incentivo que constantemente me encorajaram e me fizeram acreditar que este meu objetivo académico seria factível.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, 05 de julho de 2019

Assinatura: _____

Integração regional e harmonização jurídica: estudo sobre as dinâmicas jurisdicionais nos sistemas internormativos da União Europeia, da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul

Na era "(turbo)globalitária" o poder desterritorializou-se e, consequentemente, o Estado perdeu o monopólio da sua capacidade de intervir na esfera jurídica dos particulares. A emergência de novas linhas de conflito envolvendo atores e problemas que já não podem ser coordenados e resolvidos apenas a nível nacional potenciou o desenvolvimento da União Europeia na "constelação pós-nacional". Trata-se de uma forma de organização do poder político que se pretende mais sofisticada do que aquela oferecida pelo modelo de unidades estanques, fechadas, unilaterais e monolíticas do Estado-nação. A integração regional europeia tem sido emulada em outras partes do mundo, destacado-se a emergência da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul. Todas essas integrações regionais caracterizam-se pela diversidade e intercâmbio entre poderes, culturas, identidades, ordenamentos e constituições que clamam por um devido equilíbrio nas suas contínuas inter-relações. Esta investigação teve por objetivo entender como podem (e devem) ser acomodadas as distintas pretensões de validade das normas que decorrem dos ordenamentos jurídicos das integrações regionais e aquelas que derivam dos ordenamentos jurídicos de seus respetivos Estados-Membros.

Situando-se na frequência dos "fenómenos-inter", uma integração regional tende a propulsionar um sistema internormativo assente em uma concorrência circular entre distintos ordenamentos jurídicos autónomos, que inviabiliza a ideia de hierarquização. No âmbito de uma integração regional, os Estados e seus ordenamentos jurídico-constitucionais são então desafiados a participar de um processo de reconhecimento mútuo aberto a autênticos diálogos baseados na "partilha do entendimento possível". Com base nisso, procurou-se deslindar o *modus operandi* que promove a harmonização jurídica num sistema internormativo. A harmonização jurídica é o mecanismo que estabelece a acomodação ou o alinhamento entre normas com distintas fontes e legitimidades, sanando eventuais disparidades de modo a possibilitar as condições sem as quais não seria possível a concretização de interesses em comum. O alcance do seu escopo depende, sobretudo, do resultado satisfatório das dinâmicas jurisdicionais levadas a cabo pelas instâncias que disputam a última palavra em matéria jurídico-constitucional. Em suma, o sucesso de uma integração regional reside na sua capacidade de adataptação aos mecanismos de harmonização jurídica desenvolvidos no âmbito de um sistema internormativo.

Palavras-chave: dinâmica jurisdicional; harmonização jurídica; integração regional; pluralismo jurídico-constitucional; sistema internormativo

Regional integration and legal harmonization:
a study on the jurisdictional dynamics in the internormative systems of
the European Union, the Andean Community of Nations and the Common Market of the South

In a "(turbo)-globalized" era, power has deterritorialized and, consequently, the State has lost the monopoly of its capacity of intervening in the individuals' legal sphere. The emergence of new lines of conflict involving actors and problems that cannot be coordinated and solved only at the national level potentiated the development of the European Union at the "post-national constellation". It is a new form of organization of political power that intends to be more sophisticated than the one offered by the model of tight, closed, unilateral and monolithic units of the nation-State. The European regional integration has been emulated in other parts of the world, highlighting the emergence of the Andean Community of Nations and the Common Market of the South. All these regional integrations are characterized by the diversity and interchange of powers, cultures, identities, legal orders and constitutions that call for a proper balance in their ongoing interrelationships. This research had the purpose to understand how different pretensions of validity of the legal norms deriving from the legal orders of regional integrations and those deriving from the legal orders of their respective Member States can (and should) be accommodated.

Situating in the frequency of the "inter- phenomena", a regional integration tends to propel an internormative system based on a circular competition between distinct autonomous legal orders, which makes the idea of hierarchy unfeasible. In the context of a regional integration, States and its constitutional legal orders are challenged to participate in a process of mutual recognition opened to authentic dialogues based on the "possible shared understanding". Based on that, we sought to unravel the *modus operandi* that promotes a legal harmonization in an internormative system. Legal harmonization is the mechanism that establishes the accommodation or the alignment between legal norms with different sources and legitimacies, fixing eventual disparities in order to enable conditions without which it would not be possible to achieve common interests. The reach of its scope depends above all on the satisfactory outcome of the jurisdictional dynamics carried out by the bodies disputing the last word in legal and constitutional matters. In short, the success of a regional integration resides on its capacity of adequacy to the legal harmonization mechanisms developed in the setting of an internormative system.

Keywords: constitutional legal pluralism; internormative system; jurisdictional dynamics;
legal harmonization; regional integration

Índice

LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS ix

INTRODUÇÃO 11

PARTE I – DOS "FENÓMENOS-INTER": AS INTEGRAÇÕES REGIONAIS E OS SEUS SISTEMAS INTERNORMATIVOS

CAPÍTULO 1

AS INTEGRAÇÕES REGIONAIS 20

1.1. Um enquadramento geral das integrações regionais 23

1.2. A integração regional da União Europeia 28

1.3. A integração regional da Comunidade Andina de Nações 37

1.4. A integração regional do Mercado Comum do Sul 42

CAPÍTULO 2

OS SISTEMAS INTERNORMATIVOS (OU DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS EM INTERAÇÃO) 52

2.1.O ordenamento jurídico de uma integração regional 57

2.2. O ordenamento jurídico da União Europeia 63

2.2.1. As fontes de direito da União Europeia 74

2.3. O ordenamento jurídico da Comunidade Andina de Nações 101

2.3.1. As fontes de direito da Comunidade Andina de Nações 118

2.4. O ordenamento jurídico do Mercado Comum do Sul 136

2.4.1. As fontes de direito do Mercado Comum do Sul 143

PARTE II – DO *MODUS OPERANDI* DA HARMONIZAÇÃO JURÍDICA NO SISTEMA INTERNORMATIVO DE UMA INTEGRAÇÃO REGIONAL

CAPÍTULO 3

A HARMONIZAÇÃO JURÍDICA 162

3.1. O sentido de harmonização jurídica 164

3.2. A harmonização jurídica na União Europeia 172

3.3. A harmonização jurídica no sistema internormativo da Comunidade Andina de Nações 193

3.4. A harmonização jurídica no Mercado Comum do Sul 205

CAPÍTULO 4

AS DINÂMICAS JURISDICIONAIS AO SERVIÇO DA HARMONIZAÇÃO JURÍDICA 223

4.1. As dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelo reenvio prejudicial – a experiência da União Europeia 226

4.2. O reenvio prejudicial na União Europeia..... 234

4.3. O reenvio prejudicial na Comunidade Andina de Nações 279

4.4. As dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelas opiniões consultivas – a experiência do Mercado Comum do Sul..... 295

CONCLUSÕES..... 322

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 350

JURISPRUDÊNCIA 395

LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS

AI – ação por incumprimento

AN – ação de nulidade

CAMRE – Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores

CAN – Comunidade Andina de Nações

CCM – Comissão de Comércio do Mercado Comum do Sul

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Comunidade Europeia

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE – Comunidade Económica Europeia

CMC – Conselho do Mercado Comum

CPC – Comissão Parlamentar Conjunta

ETJCA – Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina

GMC – Grupo Mercado Comum

IP – interpretação prejudicial

JAI – Conselho (Justiça e Assuntos Internos)

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

NITJCA – Nota informativa sobre o pedido de interpretação prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais ao Tribunal de Justiça da Comunidade Andina

OC – opinião consultiva

Parlandino – Parlamento da Comunidade Andina de Nações

PARLASUL – Parlamento do Mercado Comum do Sul

PO – Protocolo de Olivos

POP – Protocolo de Ouro Preto

RTJCA – Regulamento do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina

SAI – Sistema Andino de Integração

STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil

STJ – Superior Tribunal de Justiça do Brasil

TAHM – Tribunal *ad hoc* do Mercado Comum do Sul

TCTJCA – Tratado Constitutivo (ou de Criação) do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCA – Tribunal de Justiça da Comunidade Andina

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TPR – Tribunal Permanente de Revisão do Mercado Comum do Sul

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia ou União

INTRODUÇÃO

Desde que a UE inaugurou uma nova forma de comunidade política na "constelação pós-nacional"[1], o seu modelo de integração regional, perspetivado não só em termos económicos, mas também em sua dimensão jurídico-constitucional, passou a ser emulado em outras partes do mundo, principalmente nos continentes latino-americano e africano[2]. Trata-se de uma tendência impulsionada pelos "fenómenos-inter"[3], que são caracterizados por uma profunda interdependência à qual estão sujeitas as sociedades atuais. A aceleração e o incremento das relações económicas e sociais ocorridas nos últimos tempos, principalmente por causa dos fluxos "(turbo)globalitários"[4], tornam os Estados incapazes de assegurar isoladamente os direitos e os interesses dos particulares[5]. Assim sendo, os Estados são compelidos a formas mais estreitas de cooperação através de processos de integração regional.

Acontece que, se, por um lado, uma integração regional se apresenta como uma condição através da qual um Estado passa a poder dar respostas aos problemas que superam as suas capacidades individuais de controlo, por outro lado, no âmbito de uma integração regional, um Estado também é confrontado com o desafio de conviver com outras soberanias, ordenamentos, constituições, direitos fundamentais e jurisdições. Devido à reconfiguração do espaço político, a autoridade do Estado é deslocada para um contexto de pluralismo jurídico, onde evidentemente os riscos de disputas entre poderes e os conflitos normativos são potencializados. Isto exige uma coordenação adequada, caso contrário a segurança jurídica e até mesmo o próprio sucesso de uma integração regional podem ver-se comprometidos.

---

[1] A expressão "constelação pós-nacional" foi utilizada por Jürgen Habermas para caracterizar o contexto contemporâneo, no qual boa parte dos processos políticos, jurídicos, económicos e sociais deixaram de ter nas fronteiras geográficas de um Estado a delimitação do seu escopo e abrangência. Neste sentido, veja-se: HABERMAS Jürgen, *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Tradução de Pere Fabra Abat, Daniel Gamper Sachse e Luis Pérez Díaz, Barcelona, Ediciones Paidós, 2000, p. 9 e ss.

[2] Cite-se, a título ilustrativo, no continente latino-americano: a *Comunidad Andina de Naciones* (CAN), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), o *Sistema de la Integración Centroamericana* (SICA); e o *Caribbean Community* (CARICOM); e no continente africano: o *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA); a *Organisation puor l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA); a *Economic Community of West African States* (ECOWAS); a *Southern African Development Community* (SADC); a *East African Community* (EAC); a *Communauté économique et monétaire de l'Afrique central* (CEMAC); a *Union Economique et Monétaire Ouest Africaine* (UEMOA).

[3] Cfr. MAYOS Gonçal, Atracción y repulsión ante la turboglobalización y los fenómenos-inter integración político-económica, interconstitucionalidad e interculturalidad, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 115, 2017, p. 360-361. Ainda sobre os "fenómenos-inter", veja-se MAYOS Gonçal, Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de "fenómenos inter", in BORGES Alexandre Walmott e COELHO Saulo de Oliveira Pinto, *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: Desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Uberlândia, LAECC, 2015, p. 140-165.

[4] Sobre o tema da "turboglobalização", veja-se: MAYOS Gonçal, Atracción y repulsión ante la turboglobalización... cit., p. 357-390.

[5] Cfr. RICCA Mario, *Oltre Babele. Codici per una democracia interculturale*, Bari, Edizioni Dedalo, 2008, p. 33.

A primeira inquietação que surge então nesta tese prende-se com o equilíbrio das relações entre os campos económico, político e jurídico-constitucional. Busca-se, especificamente, equacionar soluções para os atritos advindos de um contexto de pluralismo jurídico, onde normas com fontes e legitimidades distintas concorrem entre si e várias autoridades reivindicam a última palavra em matéria jurídico-constitucional. Cumpre averiguar, portanto, como podem ser acomodadas as pretensões de validade[6] entre ordenamentos jurídicos e constituições distintas, entretanto coexistentes no espaço de uma integração regional.

Em última análise, interessa saber como o constitucionalismo pode (ou deve) ser conceptualizado no âmbito de uma integração regional. A doutrina especializada em direito da União Europeia fornece algumas pistas, sendo que algumas delas podem ser readaptadas em quadrantes científicos não europeus. O campo desta investigação restringe-se, no entanto, apenas ao contexto das integrações regionais da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul[7], cujo estudo será feito por referência à experiência da União Europeia.

Importa esclarecer que, não obstante seja reconhecida a interação entre uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos com fontes e legitimidades diversas no âmbito de uma integração regional, esta investigação ocupa-se somente das inter-relações estabelecidas entre o ordenamento jurídico de uma integração regional e os ordenamentos jurídicos dos seus respetivos Estados-Membros, excluindo, desde já, quaisquer outros, inclusive aqueles que decorrem do plano internacional. Optou-se por estudar exclusivamente as articulações entre os ordenamentos jurídicos de uma integração regional e os de seus Estados-Membros, por questões de delimitação do tema.

As repercussões jurídicas causadas no ordenamento jurídico nacional tendem a ser bem mais profundas e complexas quando este interage com o ordenamento jurídico de uma integração regional do que quando estabelece articulações, por exemplo, com um ordenamento jurídico internacional. Isto se deve sobretudo em virtude do primado e do efeito direito que gozam as normas de certas integrações regionais, e do mecanismo de reenvio prejudicial, também previsto no direito de algumas

---

[6] Uma das soluções possíveis à acomodação das pretensões de validade aqui referidas pode dar-se através da teoria da ação comunicativa habermasiana. Segundo Jürgen Habermas, quando um interlocutor suscita uma pretensão de validade quando se refere a fatos, normas e vivências, existe uma expetativa que seu interlocutor possa, se assim quiser, contestar essa pretensão de validade de uma maneira fundada, isto é, com argumentos. A validade (dos fatos, normas e vivências apresentados pelo primeiro interlocutor) depende do consentimento do segundo interlocutor a respeito dos argumentos apresentados por todos os envolvidos no processo discursivo. Cfr. HABERMAS Jürgen, *Pensamento pós-metafísico. Estudos filosóficos*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2002, p. 89.

[7] Além das integrações regionais citadas, no continente sul-americano ainda existe a União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), que foi estabelecida em 2008. Contudo, em virtude da sua estrutura institucional e organizativa ser bastante incipiente, a sua análise foi excluída da presente investigação. Sobre a UNASUL, veja-se: SANTOS DA COSTA Rogério, A América do Sul em Integração: uma perspectiva brasileira, in SILVA Karine de Souza; SANTOS DA COSTA Rogério (orgs)., *Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia; Mercosul e UNASUL*, Florianópolis, Editora UFSC, 2013, p. 275-283.

integrações regionais. Já as pontes de contato estabelecidas entre os ordenamentos internacionais e os de uma integração regional geralmente não passam de "fertilizações cruzadas" estabelecidas entre tribunais. É certo que a UE prevê no n.º 2 do artigo 6.º do TUE a sua adesão à CEDH. Contudo, enquanto a referida adesão não se concluir, os direitos fundamentais da CEDH apenas podem ser utilizados pelo TJUE na interpretação e integração do direito da UE enquanto princípios gerais do direito da UE (artigo 6.º, n.º 3 do TUE). Nos Tratados de outras integrações regionais, como os da CAN e do MERCOSUL, a referência a normas e princípios do direito internacional constam somente dos seus preâmbulos.

Em virtude, principalmente, dos supra mencionados princípios do primado e do efeito direto, e do mecanismo de reenvio prejudicial, previsto no direito de algumas integrações regionais, as formas de interpenetração entre o ordenamento jurídico de uma integração regional e os ordenamentos jurídicos de seus Estados-Membros tendem a romper com a conceção clássica de direito moderno, ou seja, com a ideia de um sistema jurídico ordenado hierarquicamente e sem lacunas[8]. Isto é particularmente interessante, pois, afinal, se o critério hierárquico fosse adotado em caso de conflitos entre normas com fontes e legitimidades distintas, uma norma acabaria por invalidar a outra até não existir mais um contexto de pluralismo jurídico ou ordenamental. Não é desejável que as normas de uma integração regional se imponham hierarquicamente sobre as normas nacionais e vice-versa, mas é preferível que todas se articulem em termos de complementaridade.

Muito embora o papel dos Estados tenha sido cada vez mais exíguo face à crescente desterritorialização do poder[9], não se pode deixar de destacar o seu contributo para o desenvolvimento de uma integração regional. Aliás, há quem considere que o direito nacional se configura na base a partir da qual o direito de uma integração regional se fundamenta, portanto, o modelo piramidal revelaria os seus limites na medida em que a imposição deste sobre aquele poderia minar a sua fonte de legitimidade[10].

---

[8] Neste sentido, François Ost e Michel Van de Kerchove demonstram o esgotamento teórico do modelo piramidal de Hans Kelsen. Neste sentido, veja-se: OST François; KERCHOVE Michel van de, De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit ?, *Revue Interdisciplinaire d'éudes juridiques*, n.º 44, 2000, p. 1-92; Cfr. VERONESE Alexandre, Os conceitos de sistema jurídico e de direito em rede: análise sociológica e da teoria do direito, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense*, vol. 5, 2011, p. 131-149.

[9] Sobre o tema da desterritorialização do poder, veja-se: ZAGREBELSKY Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; RANGEL Paulo Castro, *O estado do Estado – Ensaios de Política Constitucional sobre Democracia e Justiça,* Alfragide, Dom Quixote, 2009, p. 12; SILVEIRA Alessandra, Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, in BORGES Alexandre Walmott e PINTO COELHO Saulo de Oliveira (coord.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Uberlândia, LAECC, 2015, p. 29.

[10] Segundo Daniel Chalmers, a adoção do modelo hierárquico só seria possível se não quebrasse a paridade relacional entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia. Neste sentido, veja-se: CHALMERS Daniel, Judicial Preferences and the Community Legal Order, *Modern Law Review*, vol. 60, n.º 2, 1997, p. 180.

Ainda que se admita que o direito de integração regional dispensa a mediatização do Estado, na medida em que a sua fonte de legitimidade estabelecer-se-ia numa relação direta entre a integração regional e os seus povos, sem haver qualquer delegação ou prolongamento de competências a partir das constituições nacionais [11], à luz do direito da UE verifica-se que o seu processo de constitucionalização não assumiu uma forma *top-down*, mas é fruto de uma crescente cooperação entre o TJUE e os órgãos administrativos e jurisdicionais nacionais, o que explica o efeito *bottom-up* do ordenamento jurídico europeu[12].

Por outro lado, se os ordenamentos jurídicos nacionais submetessem as normas do ordenamento jurídico de uma integração regional ao controlo interno de constitucionalidade ou a critérios de revogação (quer por sucessão normativa quer pela especialidade), a finalidade de uma integração regional poderia ver-se afetada, além do que acarretaria a frustração das pretensões inerentes à tutela jurisdicional efetiva dos direitos que para os particulares decorrem do ordenamento jurídico de uma integração regional.

Sendo preferível que a subordinação ceda espaço à colaboração numa integração regional, procura-se saber como as normas que emanam dos seus órgãos e instituições podem interagir com as normas nacionais em termos de complementaridade, prescindindo de uma relação hierárquica entre elas. Para entender o processo de interação, articulação e acomodação entre normas com fontes e legitimidades distintas – com base na estrutura jurídico-constitucional e institucional da União Europeia –, é aqui concebida a ideia de um sistema internormativo, que por sua vez busca fundamentação nos já mencionados "fenómenos-inter", bem como nos conceitos de direito em rede[13], na doutrina do constitucionalismo plural[14], do constitucionalismo multi-nível[15], do constitucionalismo inter-nível[16] e,

---

[11] Cfr. POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*,Cascais, Princípia, 2006, p. 340.

[12] Cfr. MORTELMANS Kamiel, Community Law: More than a Functional Area of Law, Less than a Legal System, *Legal Issues of European Integration*, vol. 23, n.° 1, 1996, p. 42-43.

[13] Sobre o direito em rede, veja-se: OST François; KERCHOVE Michel van de, De la pyramide au réseau?... cit., p. 1-92; Sobre o constitucionalismo em rede, veja-se GOMES CANOTILHO J. J, *Brancosos e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 265.

[14] Sobre o constitucionalismo plural, veja-se: MACCORMICK Neil, The Maastricht Urteil: Sovereignty Now, *European Law Journal*, vol. 1, n.° 3, 1995, p. 259-266; MacCORMIC Neil, Beyond the sovereign State, *Modern Law Review*, vol. 56, n.° 1, 1993, p. 1-18; MacCORMIC Neil, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999; WALKER Neil, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review*, vol. 65, n.° 3, 2002, p. 317-359; WEILER Joseph e TRACHTMAN J., *European Constitutionalism and its discontents*, Northwestern Journal of International Law &Business, vol. 17, n.° 1, 1997, p. 354-397; WEILER Joseph, Prologue: global and pluralist constitutionalism –some doubts, in DE BÚRCA Gráinne e WEILER Joseph, *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 8-17; POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*...cit.

principalmente, na teoria da internormatividade e seus corolários, quais sejam: a interconstitucionalidade, a interjusfundamentalidade, a interjurisdicionalidade, a interjuridicidade e a interjuridicionalidade[17].

Um sistema internormativo caracteriza-se pela coexistência em um mesmo espaço político de uma pluralidade de distintos ordenamentos que interagem entre si através de práticas jurídicas[18], designadamente relacionadas, de entre outras, a procedimentos de tomadas de decisões, a mecanismos de harmonização jurídica e a dinâmicas jurisdicionais. Assim sendo, a compreensão de um sistema internormativo pressupõe um estudo tanto dos ordenamentos jurídicos que o compõem quanto das práticas jurídicas que partilham entre si. No âmbito desta tese, serão somente abordadas as particularidades que definem os ordenamentos jurídicos das integrações regionais aqui em análise, bem como algumas das práticas jurídicas utilizadas na promoção da coerência e funcionalidade de um sistema internormativo, especialmente aquelas que buscam a solução de eventuais conflitos entre normas com fontes e legitimidades diversas.

Em um sistema internormativo, os ordenamentos jurídicos não se devem fundir em um só, mas antes devem se inter-relacionar em termos de interdependência e complementaridade, mantendo entretanto cada qual a sua autonomia[19]. Em razão disso, interessa saber, antes de mais, se os ordenamentos jurídicos das integrações regionais objeto desta tese são considerados autónomos e, em caso afirmativo, se tal autonomia mantém-se ou é afetada pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Serão também analisadas as fontes de direito de cada uma das integrações regionais em estudo nesta

---

[15] Sobre o constitucionalismo multi-nível, veja-se: PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? *Common Market Law Review*, vol. 36, n.° 4, 1999, p. 703-750; PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism in the European Union, *Walter Hallstein-Institut Paper*, vol. 5, n.° 2, 2001, p. 1-16, ; PERNICE Ingolf, The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action, *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, n.° 3, 2009, p. 349-407, 2009.

[16] Sobre o constitucionalismo inter-nível, veja-se: D'ANDREA Luigi, Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello, Consulta Online, 2014, p. 1-7, disponível em «http://www.giurcost.org/studi/dandrea2.pdf», última visualização em 03-06-2019; D'ANDREA Luigi, Riforma costituzionale e costituzionalismo interlivello: brevi note, *Diritti regionali - Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n.° 3, 2016, p. 618-624; RUGGERI Antonio, Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche", *Quaderni Costituzionali*, n.° 4, 2014, p. 837-854.

[17] Sobre a teoria da internormatividade, veja-se: DUARTE Maria Luísa, União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade, Lisboa, AAFDL, 2006; Sobre a teoria da interconstitucionalidade, veja-se: PIRES Francisco Lucas, Introdução ao direito constitucional europeu, Almedina, Coimbra, 1997; GOMES CANOTILHO J. J, *Brancosos e Interconstitucionalidade*...cit.; SILVEIRA Alessandra**,** Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*... cit., p. 20-80.

[18] Segundo Kaarlo Tuori, um sistema jurídico corresponde à soma entre uma ordem jurídica e práticas jurídicas. Para o referido autor, o sistema jurídico europeu corresponde ao ordenamento jurídico da União Europeia, aos ordenamentos jurídicos nacionais e práticas jurídicas. Neste sentido, veja-se: TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Aldershot, Ashgate, 2002, p. 121; TUORI Kaarlo, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 15; TUORI Kaarlo, Vers une théorie du droit transnational, *Revue internationale de droit économique*, vol. 27, n.°1, 2013, p. 18.

[19] Em sentido semelhante, veja-se: GOMES CANOTILHO J. J., Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível, *Católica Law Review*, vol. 1, n.° 1, Jan/2017, p. 35-54; NEVES Marcelo, *Entre Têmis e Leviatã - uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

tese, designadamente as normas jurídicas emitidas pelos seus órgãos ou instituições, os seus princípios gerais e as decisões de seus tribunais, com o intuito de saber quais efeitos provocam nos ordenamentos jurídicos nacionais. A partir deste estudo, será possível ter uma noção sobre como as fontes e os ordenamentos jurídicos das integrações regionais e dos seus Estados-Membros interagem entre si.

Para perceber, no entanto, como se dá a articulação e a acomodação em termos concretos entre tais fontes e ordenamentos jurídicos, é preciso empreender um estudo sobre as práticas jurídicas utilizadas na promoção da coerência e funcionalidade de um sistema internormativo. Neste sentido, releva o estudo da harmonização jurídica. Através da harmonização jurídica busca-se sanar eventuais disparidades entre normas, com o intuito de assegurar, desta forma, as condições sem as quais não seria possível a concretização de interesses comuns, nem a igualdade de tratamento entre os particulares que circulam em uma integração regional. Assim sendo, a harmonização jurídica tem por objetivo garantir a coerência e a funcionalidade de todo o sistema. Defende-se, nesta tese, todavia, que a harmonização jurídica não se deve pautar em técnicas de sobreposição hierárquica. Por outras palavras, a harmonização jurídica que decorre em uma integração regional deve corresponder à teleologia de um sistema internormativo. Ao longo desta investigação buscar-se-á deslindar o *modus operandi* que promove a harmonização jurídica em um sistema internormativo.

A harmonização jurídica envolve a participação de vários atores, nomeadamente as instituições ou órgãos de uma integração regional e autoridades nacionais[20], pelo que a sua consecução pressupõe não só uma repartição de tarefas, mas também demanda o estabelecimento de uma cooperação leal. Se um sistema internormativo prescinde de práticas jurídicas que se baseiam em sobreposições hierárquicas, o critério da competência e o dever de cooperação leal parecem indicar vias possíveis às exigências de efetividade do direito de uma integração regional. Em razão disso, cumpre verificar como as competências são estabelecidas em cada uma das integrações regionais objeto deste estudo, bem como interessa saber como o dever de cooperação leal[21] preside as relações entre as instituições ou

[20] Não de outro modo que Loïc Azoulai afirma que a harmonização jurídica encapsula o dilema da *governance* de uma integração regional. Neste sentido, veja-se: AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in ARNULL Anthony e CHALMERS Damian (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 611.

[21] O princípio da cooperação leal está atualmente previsto no artigo 4.°, n.° 3 do Tratado da União Europeia; no artigo 4.° do Tratado Constitutivo do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina; e no artigo 38.° do Protocolo de Ouro Preto do MERCOSUL. A previsão desse princípio não aparece logo nos tratados que dão origem às referidas integrações regionais, no entanto foi incorporado em seus respetivos ordenamentos jurídicos ao longo do processo de integração de cada uma delas. Parece ter havido uma sensibilização no sentido de que o direito de uma integração regional deve promover a harmonização jurídica segundo a teleologia de um sistema internormativo.

órgãos das integrações regionais e os seus Estados-Membros na realização de objetivos comuns, especialmente no que se refere à harmonização jurídica.

A partir do princípio da cooperação leal, recortado inicialmente pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, foram deduzidos uma série de outros princípios gerais do direito da União Europeia. O estudo desses princípios faz-se necessário, na medida em que instruem o *modus operandi* que promove a harmonização jurídica em um sistema internormativo. Alguns desses princípios foram transplantados no direito da CAN; houve também uma tentativa do MERCOSUL no sentido de adotá-los. Cumpre verificar, portanto, a) como tais princípios têm sido empregados nos mecanismos de harmonização jurídica; e b) em que medida a ausência (de alguns) desses princípios pode interferir na consecução da harmonização jurídica em cada uma das integrações regionais aqui em estudo.

A harmonização jurídica consiste na modalidade mais ampla de aproximação de legislações nacionais, cuja realização é feita através da adoção e implementação de normas de integração regional válidas e de cumprimento obrigatório. Tais normas devem ser aplicadas nos ordenamentos jurídicos nacionais de forma correta e homogénea. Isto significa que a atividade legislativa corresponde apenas a uma parte do processo de harmonização jurídica, visto que o alcance do seu escopo depende de uma adequada aplicação das normas de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais. Assim sendo, após deslindar os trâmites e os desafios que circundam a aproximação de legislações nacionais em cada uma das integrações regionais em apreço, o busílis recai na questão de saber como as normas de uma integração podem ser aplicadas de forma correta e homogénea nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. É nesta fase que eventuais conflitos normativos são efetivamente suscitados e demandam uma solução.

De um modo em geral, uma integração regional não mantém um aparelho administrativo e judicial difuso nos Estados-Membros. Destaca-se, portanto, o papel dos órgãos administrativos e jurisdicionais nacionais, que se encarregam da tarefa de aplicar as normas de uma integração regional em seus respetivos ordenamentos jurídicos, permitindo, à partida, que os particulares usufruam em condições de igualdade os direitos que para eles derivam do ordenamento jurídico de uma integração regional. Neste sistema judicial descentralizado, o tribunal de uma integração regional não funciona como instância de recurso das decisões dos tribunais nacionais. O controlo da aplicação homogénea e conforme do direito de integração regional é então exercido indiretamente pelo tribunal de uma integração regional, através de dinâmicas jurisdicionais.

As dinâmicas jurisdicionais correspondem a um processo discursivo entabulado entre os tribunais nacionais e o tribunal de uma integração regional, tendo por objetivo acomodar as pretensões de validade entre os ordenamentos jurídicos de uma integração regional e de seus Estados-Membros. Por outras palavras, buscam dosar as tensões centrífugas e assegurar simultaneamente o respeito pelas identidades e autonomias locais. Contudo, para que isso aconteça, os juízes dos tribunais nacionais devem assumir uma postura dialética com o tribunal de uma integração regional, sobretudo através do mecanismo de reenvio prejudicial. Deste modo, importa saber como têm sido estabelecidas as dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelo mecanismo de reenvio prejudicial no contexto das integrações regionais da UE e CAN. O direito do MERCOSUL não prevê o reenvio prejudicial, no entanto, instituiu as opiniões consultivas, que à partida se assemelham àquele mecanismo.

O reenvio prejudicial (ou as opiniões consultivas, no caso do MERCOSUL) proporciona uma ligação inestimável entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o ordenamento jurídico de uma integração regional. Através desse mecanismo os juízes dos tribunais nacionais são auxiliados na sua tarefa de aplicar de forma correta e homogénea o direito de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais. Assim sendo, a relação entre os tribunais nacionais e o tribunal de uma integração regional tende a ser descrita como de cooperação. Contudo, importa saber como o reenvio prejudicial (e a opinião consultiva) tem viabilizado o estabelecimento dessa cooperação, que visa solucionar eventuais conflitos normativos existentes nos litígios submetidos aos tribunais dos Estados-Membros. Em última análise, procura-se saber quais os desafios e os benefícios advindos na solução de conflitos normativos por meio do reenvio prejudicial (ou das opiniões consultivas) – que, por sua vez, trata-se de um mecanismo que tende a promover a harmonização da interpretação das normas de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Em termos de organização, esta tese está dividida em duas partes. A primeira busca fazer um enquadramento geral das integrações regionais em apreço neste trabalho. São traçadas as suas principais características, abordando alguns de seus aspectos económicos e jurídico-constitucionais. Ainda nesta primeira parte, defende-se que as integrações regionais tendem a propulsionar sistemas internormativos, pelo que é feito um estudo sobre alguns dos elementos que os compõem, nomeadamente os ordenamentos jurídicos e as fontes de direito das integrações regionais aqui em estudo. As práticas jurídicas que enformam os sistemas internormativos, especialmente aquelas produzidas no ordenamento jurídico de uma integração regional e reproduzidas nos ordenamentos jurídicos nacionais, com a finalidade de promover a harmonização jurídica, são analisadas na sequência.

A segunda parte é dedicada ao estudo da harmonização jurídica. Procura-se saber qual o seu sentido e a sua importância para uma integração regional. São discutidas as vantagens e as dificuldades na implementação da harmonização jurídica segundo a teleologia de um sistema internormativo, tendo por referência as particularidades jurídico-institucionais de cada uma das integrações regionais em análise nesta tese. Ao longo desta segunda parte, a harmonização jurídica é primeiramente estudada através do procedimento de aproximação de legislações; de seguida, debruça-se sobre a análise da aplicação correta e homogénea do direito das integrações regionais nos ordenamentos jurídicos nacionais. Daí que são estudadas as dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelo mecanismo de reenvio prejudicial (bem como pelas opiniões consultivas), tendo por referência a jurisprudência dos tribunais de cada uma das integrações regionais objeto deste trabalho. A partir da identificação dos problemas relacionados aos conflitos normativos e às disputas entre autoridades pela última palavra em matéria jurídico-constitucional, são sugeridas algumas soluções possíveis com base na teleologia de um sistema internormativo.

PARTE I – DOS "FENÓMENOS-INTER": AS INTEGRAÇÕES REGIONAIS E OS SEUS SISTEMAS INTERNORMATIVOS

CAPÍTULO 1
AS INTEGRAÇÕES REGIONAIS

Em sua obra "A constelação pós-nacional", Jürgen Habermas destacou a perda de centralidade dos Estados face à emergência de novas linhas de conflito envolvendo atores e problemas que já não podem ser coordenados apenas a nível nacional[22]. Neste sentido, podem ser mencionados alguns efeitos da "turboglobalização"[23], nomeadamente a "desnacionalização da economia", que provocou uma alta mobilidade dos capitais, dos fatores de produção e dos fluxos financeiros; a afluência migratória causada por tensões socioeconómicas, culturais e ambientais; e a "desterritorialização do poder"[24], em decorrência do surgimento de novas formas de poder, entidades, tecnologias de informação e comunicação, sociedades em rede e organizações sociais, que atuam livre e independentemente de qualquer elo à máquina estatal[25]. Todos esses acontecimentos que enformam a atual "sociedade de risco"[26] se sobrepuseram aos mecanismos de controlo dos Estados, reduzindo substancialmente suas capacidades de resposta.

Em razão disso, tem-se defendido uma reestruturação das relações político-económicas mundiais através da criação de instituições de regulação e de compensação para além dos Estados[27], como por exemplo as integrações regionais, que correspondem a uma tendência impulsionada pelos "fenómenos-inter"[28]. Segundo Gonçal Mayos, a "turboglobalização" obriga a novos equilíbrios entre Estados, soberanias, ordenamentos jurídicos, constituições, direitos humanos/fundamentais e

---

[22] Cfr. HABERMAS Jürgen, *La constelación posnacional*... cit., p. 9 e ss.

[23] Segundo Gonçal Mayos, a globalização clássica é aquela que se inicia a partir de 1492 com a integração do "mundo novo" americano e depois a Oceania em um único "sistema mundial" com o contínuo terrestre euro-africano-asiático. Nos tempos da globalização clássica a humanidade não tinha consciência de si mesma como um conjunto em constante e profundo relacionamento. O autor utiliza o termo "turboglobalização" para se referir à globalização atual, a qual se diferencia daquela clássica na medida em que é caracterizada por uma aceleração nos parâmetros de interação, intensidade, onipresença, quantidade, qualidade, alcance, constância, de entre outros, que provocam mudanças profundas na realidade social. Neste sentido, veja-se: MAYOS Gonçal, Atracción y repulsión ante la turboglobalización ... cit., p. 360.

[24] Sobre o tema da desterritorialização do poder, veja-se: ZAGREBELSKY Gustavo, *Il diritto mite*... cit.

[25] Neste sentido, veja-se: RANGEL Paulo Castro, *O estado do Estado*... cit., p. 12.

[26] O termo foi cunhado pelo sociólogo alemão Ulrick Beck para designar os perigos e inseguranças induzidas e introduzidas pela modernização da sociedade. Neste sentido, veja-se: BECK Ulrich, *Risk Society: Towards a New Modernity?*, tradução de Mark Ritter, London/California/New Delhi, Sage Publishing, 1992, p. 21.

[27] Neste sentido, veja-se: HABERMAS Jürgen, *Era das transições*, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 24.

[28] Cfr. MAYOS Gonçal, Atracción y repulsión ante la turboglobalización... cit., pp. 360-361.

jurisdições, provocando nomeadamente os "fenómenos-inter", ou seja, processos de inter-relação, integração e interpenetração, com grandes efeitos económicos, políticos, sociais, jurídicos e culturais. Trata-se, de entre outros, de fenómenos tais como a internormatividade, a interconstitucionalidade, a interdemocraticidade, a interculturalidade, a intersubjetividade, a interjusfundamentalidade, a interjurisdicionalidade, que geram novas formas de ação social e de legitimação jurídico-política diferentes daquelas concebidas tradicionalmente em âmbito estadual[29]. Ressalte-se que o termo "fénómenos-inter" não é utilizado apenas por causa da flexão morfológica "inter", presente nos termos supracitados, mas antes explicita uma mistura de fenómenos de vários tipos (culturais, constitucionais, disciplinares, de entre outros) que até então tendiam a manter-se separados por fronteiras relativamente evidentes e estáveis[30].

Como resultado dos "fénomenos-inter", as integrações regionais constituem uma espécie de *upgrade* que viabiliza as condições de acesso dos Estados à constelação pós-nacional, munindo-os igualmente de recursos para que possam afrontar adequadamente os constrangimentos da (turbo)globalização[31]. Note-se que os Estados não desaparecem, tampouco são substituídos, porém assumem um novo papel no âmbito das integrações regionais, distinto daquele a que estavam usualmente habituados[32]. Na medida em que reconhecem as suas limitações e confiam às instituições das integrações regionais a prossecução de funções interventoras, regulamentatórias e compensatórias, os Estados-Membros enxugam progressivamente as suas funções, reduzindo-as ao plano da fiscalização, estratégia e prestações sociais[33].

Como se pode perceber, os Estados, ao invés de atuarem isoladamente, inserem-se numa coletividade no âmbito da qual passam a se relacionar uns com os outros através de uma partilha de funções e tarefas, tendo em conta as capacidades específicas de cada um para alcançar os melhores resultados em relação aos objetivos em comum. Neste sentido, não haveria propriamente um conflito de soberanias – cuja problemática encontra-se de resto em crise –, mas antes um contínuo desenvolvimento de experiências pautadas no reconhecimento e na continuidade. O reconhecimento implica o respeito pela autonomia de cada uma das partes e a continuidade refere-se à necessidade de

[29] Cfr. MAYOS Gonçal Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de "fenómenos inter", in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*...cit. p., p. 152-159.

[30] Cfr. MAYOS Gonçal, Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de "fenómenos inter", in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*...cit., p. 142.

[31] Cfr. HABERMAS Jürgen, *La constelación posnacional*... cit., p. 70.

[32] Sobre o novo papel do Estado no âmbito da "constelação pós-nacional", veja-se: ZURN Michael, The State in the Post-National Constellation – Societal Denationalization and Multi-Level Governance, *Arena Working Papers*, vol. 35, 1999, p. 1-43.

[33] Cfr. SILVEIRA Alessandra, International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia, *International Studies on Law and Education*, 2016, n.º 24, p. 72.

um diálogo permanentemente voltado ao entendimento sobre as formas de associação que permitam respeitar e melhor acomodar os diversos interesses num quadro de instituições apropriadas[34].

A ideia subjacente a um contexto de integração regional consiste, portanto, no reconhecimento, na continuidade e no intercâmbio da diversidade e pluralidade de poderes, políticas, constituições, comunidades, culturas, identidades e mundividências que interagem entre si sem qualquer pretensão de sobreposição, imposição ou substituição entre elas, pelo que este modelo rompe com o velho exemplo de unidades estanques, fechadas, unilaterais e monolíticas do Estado-nação. As integrações regionais impõem assim um desafio que vai além das estratégias de justaposição (análise "multi" ou "poli") e cruzamento pontual de fronteiras (análise "trans"), representando um salto qualitativo em relação a muitos processos da concorrência internacional e da mundialização, na medida em que permitem combinações de diferentes realidades políticas, económicas, sociais, culturais e constitucionais, que obrigam a inter-relações muito mais profundas e complexas[35].

As integrações regionais desenvolvem-se a partir de uma convivência entre Estados que partilham um mesmo espaço de atuação, onde são empreendidos esforços de coordenação e de cooperação no sentido da construção de um projeto económico, político e social, através do qual são traçadas metas e objetivos comuns. Trata-se de um desafio que demanda uma delicada forma de interação, combinação, inter-relacionamento, divisão de tarefas, funções e competências e processos de harmonização de normas, regras e princípios de fontes e legitimidades diversas, que, se não são devidamente acomodados, podem colocar em causa a realização dos objetivos estabelecidos em comum acordo. Considerando que cada associação de Estados molda o seu próprio projeto de integração, as formas de inter-relacionamento, interação e interpenetração entre ordenamentos jurídicos mudam conforme o modelo de integração regional e instituições que adotam. Nas linhas que seguem, far-se-á um enquadramento geral das integrações regionais, destacando as suas principais características. Depois serão identificadas as particularidades que distinguem e unem cada uma das integrações regionais objeto deste estudo, nomeadamente a União Europeia, a Comunidade Andina de Nações e o Mercado Comum do Sul.

---

[34] As ideias aqui desenvolvidas têm por base a obra de TULLY James, *Strange multiplicity – constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, 1995, p. 131 e ss.

[35] As ideias contidas neste parágrafo foram desenvolvidas a partir do texto de MAYOS Gonçal, Turboglobalização e os "fenómenos-inter", apresentado no âmbito *do IV Colóquio Internacional Macrofilosófico e I Colóquio sobre Interculturalidade, Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*, que teve lugar na Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga, Portugal), nos dias 25 e 26 de Julho de 2014.

1.1. Um enquadramento geral das integrações regionais

A literatura das ciências políticas e das relações internacionais indicam que o ponto de partida para a compreensão das integrações regionais decorre dos fenómenos conhecidos como regionalização e regionalismo[36]. A palavra regionalização designa uma concentração regional de trocas ou intercâmbios em termos comerciais, fluxos migratórios, estratégias de mercados e estabelecimento de empresas e organizações em espaços contíguos[37]. Nesta senda, a regionalização equivale a processos de cooperação provocados por um aumento de interdependência intra-regional. Tendo em vista que o seu motor principal não reside no Estado, mas sim no mercado e, secundariamente, na sociedade civil, pode promover (ou não) uma integração em termos formais[38]. Por outro lado, uma integração dita "formal" enquadra-se no âmbito do regionalismo, que, por sua vez, corresponde a processos de integração liderados por atores estaduais[39]. Segundo Andrés Malamud, regionalismo e integração regional são duas faces de uma mesma moeda, consistindo num processo formalizado e conduzido a partir do Estado[40]. O regionalismo implica, portanto, a ideia de uma integração regional, que pode ser traduzida numa cooperação ou numa coordenação no sentido de um acordo comercial ou política regional. Assim sendo, o regionalismo promove as condições para a formação de um espaço comum, isto é, uma integração regional formada e conduzida por atores estaduais[41].

Segundo Yann Richard, a União Europeia, o MERCOSUL e a ASEAN são exemplos de integração regional, na medida em que integram uma parcela do espaço mundial por meio de um acordo que realizaram em conjunto[42]. Acontece que nem sempre a assinatura de um acordo formal traduz-se necessariamente num incremento de trocas e interações entre as suas respetivas unidades espaciais. Eis o caso, por exemplo, do MERCOSUL e da ASEAN, onde se verifica um fraco comércio intra-regional[43]. É por isso que se faz necessário distinguir o estádio em que um conjunto de Estados

---

[36] Cfr. LOMBAERDE Philippe de e RODRÍGUEZ Lizarazo, International Regionalism and National Constitutions: a Jurimetric Assessment, *EUI Working Papers/RSCAS*, n.º 72, 2014, p. 2.

[37] A propósito de espaços contíguos, importa sublinhar que para alguns autores a contiguidade espacial nem sempre é uma condição necessária. Neste sentido Manfield e Milner citam o caso do acordo assinado em 1928 pela França e seus territórios ultramarinos ou pela Commonwealth implementada em 1934. Cfr. MANSFIELD Edward D. e MILNER Helen V., The New Wave of Regionalism*, International Organization*, vol. 53, n.º3, 1999, p. 589-627.

[38] Cfr. MALAMUD Andrés, Conceptos, Teorias y Debates sobre la Integración Regional, *Norteamérica Revista Académica del CISAN-UNAM*, vol. 6, n.º 2, 2011, p. 2.

[39] Cfr. RICHARD Yann, Integração Regional, regionalização, regionalism: as palavras e as coisas, Tradução de Camilo Pereira Carniro Filho, *Confins – Revista Franco-Brasileira de Geografia*, n.º 20, 2014, p. 43.

[40] MALAMUD Andrés, Conceptos, Teorias y Debates..., cit., p. 2.

[41] Cfr. RICHARD Yann, Integração Regional, regionalização..., cit., p. 43.

[42] Cfr. RICHARD Yann, Integração Regional, regionalização..., cit., p. 43.

[43] Cfr. RICHARD Yann, Integração Regional, regionalização..., cit., p. 44.

associados se encontra, para que se possa assim constatar o grau de interdependência existente no âmbito de uma integração regional[44].

Um processo de integração regional pressupõe etapas ou uma contínua evolução (*spillover effect*)[45], que depende de negociações motivadas principalmente por interesses políticos e económicos entre os Estados integrados. Não de outro modo que, para Cláudio Finkelstein, uma integração regional constitui "[...] uma série de atos que levam à união física de fronteiras e à união de políticas setoriais"[46]. De acordo com Bela Belassa, existem, no entanto, várias escalas de regionalismo que podem auxiliar na identificação das fases em que uma integração regional se encontra, quais sejam: fórum regional; área de livre comércio; união aduaneira; mercado comum; união monetária; e união política. Passar de uma etapa para outra pressupõe um aprofundamento das interações entre as unidades espaciais componentes do conjunto considerado[47]. Assim sendo, os conjuntos regionais integrados são compreendidos de acordo com a densidade das práticas económicas, políticas e sociais, nas quais as suas relações se baseiam.

No âmbito de um fórum regional, os Estados avaliam a viabilidade de formalizar uma integração regional, consistindo, portanto, o primeiro passo no sentido de um processo de integração. Já numa área de livre comércio, as taxas alfandegárias são eliminadas paulatinamente para que os bens de cada Estado-Membro possam circular sem barreiras tarifárias. Numa fase seguinte, qual seja, a união aduaneira, os Estados-Membros concordam com a adoção de uma tarifa exterior comum sobre os produtos provenientes de Estados terceiros. Com o estabelecimento de um mercado comum, passa a haver a livre mobilidade dos fatores de produção, nomeadamente mercadorias, serviços, capitais e trabalhadores. A união monetária, por sua vez, pressupõe a coordenação de políticas macroeconómicas comuns, visando atingir o maior grau de aproximação possível. Por fim, a união política caracteriza-se pelo regime de união monetária, financeira e social a cargo de instituições supranacionais com poderes coercitivos[48].

Dados mais recentes podem ser vistos nos sítios: «https://nacoesunidas.org/quase-40-das-exportacoes-manufaturadas-do-brasil-vao-para-america-latina-e-caribe-diz-cepal/»; «https://estadisticas.mercosur.int/», ou através do *Boletín de comercio exterior del MERCOSUR*, disponível em «https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44298/1/S1801158_es.pdf», última visualização em 03-06-2019.

[44] Cfr. RICHARD Yann, Integração Regional, regionalização..., cit., p. 45.

[45] Cfr. HAAS Ernst, The Challenge of Regionalism, *International Organization*, vol. 12, n.º 4, 1958, p. 440-458.

[46] FINKELSTEIN Cláudio, *Direito Internacional*, 1.ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 3.

[47] Cfr. BELASSA Bela A., *Theory of economic integration*, Illinois, Irwin, Homewood, 1961.

[48] Cfr. SILVA Karine de Souza, Organizações Internacionais de Integração Regional: abordagens teórico-conceituais, in SILVA Karine de Souza; COSTA Rogério Santos da (orgs)., *Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia; Mercosul e UNASUL*, Florianópolis, Editora da UFSC, 2013, p. 32-33.

Considerando as escalas de regionalismo, uma integração regional deve ser vista de forma bastante abrangente, já que se trata de um fenómeno multidimensional, que pode assumir diferentes facetas, nomeadamente através do estabelecimento de mecanismos de cooperação económica ou de convergência sociopolítica. De acordo com Freitas Júnior, uma integração regional constitui-se não só numa estratégia política, defensiva ou indutora de processos multilaterais, mas acima de tudo identifica-se com uma linha de atuação política voltada ao aprofundamento de relações socioeconómicas e de compromissos jurídicos entre unidades nacionais, regionais e entre umas e outras[49].

Nesta esteira, Herz e Hoffman afirmam que uma integração regional caracteriza-se por ser "[...] um processo dinâmico de intensificação em profundidade e abrangência das relações entre atores, levando à criação de novas formas de governação político-institucional"[50]. Verifica-se, a partir desta afirmação, que o resultado de um processo de integração regional conduz a uma nova forma de governação. Em sentido semelhante, Ernst Haas define integração regional como um processo ao longo do qual atores políticos de distintos contextos nacionais são persuadidos a fazer algumas mudanças no que diz respeito à lealdade, às expectativas e às atividades políticas em direção a um novo centro. Assim sendo, um processo de integração regional tende a formar uma nova comunidade política[51].

Nesta senda, o processo de integração regional pode levar a crer numa unificação como resultado. Contudo, enquanto a unificação significa uma combinação de unidades separadas que formam uma única composição, a integração sugere a formação de uma nova unidade, uma nova comunidade, uma nova ordem jurídica que se baseia num conjunto de outras unidades, sendo que cada uma mantém a sua própria forma de governação, autonomia e independência, isto é, nenhuma delas se sobrepõe ou substitui às pré-existentes[52]. O adjetivo regional acrescido à palavra integração é

---

[49] FREITAS JR., Antonio Rodrigues, *Globalização, MERCOSUL e crise do Estado-Nação: perspectivas para o Direito numa sociedade em mudança*, São Paulo, LTr, 1997, p. 29-30. No mesmo sentido, James Caporaso define integração regional como sendo "*the formation of a whole out of parts, increasing interaction of member states with one another, removal of obstacles to flows of goods and factors, emergence of an independent political entity at the supranational level*". CAPORASO James, The Three Words of Regional Integration Theory, in GRAZIANO Paolo e VINK Maarten P. (eds.), *Europeanization New Research Agendas*, New York, Palgrave MacMillan, 2008, p. 24.

[50] HERZ Mônica e HOFFMAN Andrea Ribeiro, *Organizações Internacionais*, Rio de Janeiro, Campus, 2004, p, 168). Ainda sobre este tema, veja-se: BÖRZEL Tanja A.; GOLTERMANN Lukas; LOHAUS Mathis; STRIEBINGER Kai (eds.), *Roads to Regionalism, Genesis, Design, and Effects of Regional Organizations*, London/New York, Routledge, 2016. Veja-se também: CLOSA Carlos; CASINI LORENZO, *Comperative Regional Integration – Governance and Legal Models*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

[51] Cfr. HAAS Ernst, *The Uniting of Europe: political, social, and economic forces, 1950-1957*, Stanford, Stanford University Press, 1968, p. 16.

[52] Segundo Ingolf Pernice "*regional integration organization are divided power systems in which the exercise of the sovereign rights of the people is entrusted to the supranational institutions for certain substantive area, while the remaining competences are kept at the State level [...] in the case of EC [...] its power correspond to the transfer of the sovereign from the people of its Member States"* (PERNICE Ingolf, Constitutional Law Implications for a State

utilizado, por sua vez, para distingui-la de outros processos de integração que podem ocorrer, por exemplo, dentro de um Estado, tal como o processo de integração que resulta na formação de um Estado Federal. Desta forma, o termo integração regional refere-se a um processo de integração entre dois ou mais Estados, geograficamente vizinhos (ou não), que estabelecem objetivos em comum, especialmente no que toca a intercâmbios de política económica[53].

Como já foi referido neste trabalho, a origem dos processos de integração regional insere-se no âmbito dos "fenómenos-inter", que correspondem a uma forma de resposta aos desafios impostos pela (turbo)globalização, a qual acresceu uma dimensão transnacional aos problemas contidos na agenda dos Estados, tornando-os incapazes de agir na constelação pós-nacional senão através do estabelecimento de mecanismos de cooperação e de integração[54]. Historicamente, distinguem-se dois períodos nos quais se verifica a intensificação dos processos de integração regional, sendo o primeiro compreendido entre os anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial (1945) até o início da década de 1980[55], e o segundo, mais recente, a partir do fim da Guerra Fria (1991)[56], quando houve um maior desenvolvimento do comércio internacional e, de consequência, da concorrência estabelecida entre os operadores económicos internacionais.

A Europa foi o palco onde estreou-se o nascimento e o desenvolvimento da primeira forma de integração regional, qual seja, a CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, em 1952 (hoje conhecida como União Europeia), cujo modelo serviu de inspiração, posteriormente, em várias outras partes do mundo[57]. Atualmente, ante um cenário mundial permeado por um grande número de exemplos de integrações regionais, este trabalho limita a sua abordagem a apenas três deles, designadamente: a União Europeia (União ou UE)[58], a Comunidade Andina de Nações (CAN)[59] e o

---

Participating in a Process of Regional Integration – German Constitution and Multilevel Constitutionalism, in RIEDEL Eibe (ed.), *German Reports on Public Law*, Baden-Baden, NOMOS, 1998, p. 41).

[53] Cfr. METCALF Katrin Nyman e PAPAGEORGIOU IOANNIS, *Regional Integration and Courts of Justice*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, p. 5-6.

[54] Em sentido semelhante, veja-se: CRUZ E CREUZ Luís Rodolfo, Organizações Internacionais de Integração e Cooperação Económica: Revisões de uma Teoria Geral, *Revista da SJRJ*, n.º 24, 2009, p. 218.

[55] Cfr. HERZ Mônica, HOFFMANN Andrea Ribeiro, TABAK Jana, *Organizações Internacionais: Histórias e Práticas*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2015, p. 138.

[56] Cfr. SILVA Karine de Souza; COSTA Rogério Santos da, *Organizações Internacionais de Integração*..., cit., p. 27 e ss. No mesmo sentido, veja-se também: DUARTE Maria Luísa, *Direito Internacional Público*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p.26 e ss.

[57] Sobre a proliferação de integrações regionais, veja-se: KÜHNHARDT Ludger, *Region-Bulding - The global proliferation of regional integration*, vol.1, New York, Berghahn Books, 2010.

[58] A União Europeia é composta por 28 (vinte e oito) Estados-Membros – apesar do Brexit, o Reino Unido continua por enquanto a ser um membro de pleno direito da UE até a sua saída definitiva. Os Estados-Membros fundadores foram a França, a Alemanha, a Itália, a Bélgica, a Holanda e o Luxemburgo, com a assinatura do Tratado de Paris, em 1951. A Dinamarca, a Irlanda e o Reino Unido passaram a figurar como Estados-Membros em 1972. Na sequência, foram integrados a Grécia em 1981, o Portugal e a Espanha em 1986. Em maio de 2004 consumou-se o alargamento da UE às Repúblicas

Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)[60]. A escolha por essas três integrações regionais pauta-se basicamente em dois motivos: (i) por partilharem afinidades integracionistas[61], não obstante encontrarem-se em diferentes fases de integração[62]; e (ii) por terem órgãos jurisdicionais com objetivos que se assemelham[63], já que esta tese prende-se com o estudo do processo de harmonização das normas jurídicas de integrações regionais, tendo por referência o trabalho desempenhado pelos seus tribunais. O Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal de Justiça ou TJUE), o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA) e o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (TPR) correspondem respetivamente aos principais órgãos jurisdicionais das integrações regionais ora em estudo.

Embora outras integrações regionais também tenham um Tribunal ou uma Corte com competência para interpretar e dizer da validade de suas normas, como é o caso por exemplo do *Caribbean Court of Justice* ou do *ECOWAS Court of Justice*, o foco desta investigação restringe-se aos espaços integrados na América do Sul e na Europa, assim como foi proposto inicialmente no projeto de tese. Pese a UNASUL (União da Nações Sul-Americanas) integre Estados-Membros do MERCOSUL, bem como também os da CAN, mais o Chile e a Guiana, constituindo-se num espaço de integração económico, político e social, há de sublinhar-se que o Tratado Constitutivo da UNASUL não previu o

---

Checa e Eslovaca, Estónia, Letónia, Lituânia, Hungria, Polónia, Eslovénia, Chipre e Malta. Em 2007 aderiram a Bulgária e a Roménia. Mais recentemente, em julho de 2013, a Croácia passou a fazer parte da UE.

[59] A Comunidade Andina de Nações é formada pela Bolívia, Colômbia, Equador e Peru. A Venezuela foi incorporada em 1974, tendo se retirado mais tarde em 2006. O Chile, um dos países fundadores do Pacto Andino – que mais tarde converteu-se na CAN –, deixou de ser membro em 1976.

[60] O Mercado Comum do Sul, em sua formação inicial, integra o Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai. A adesão da Venezuela deu-se em 2012, porém foi suspensa em dezembro de 2016 por questões técnicas, nomeadamente por não ter cumprido normas e acordos a que estava vinculada. Em 05 de agosto de 2017, foi novamente suspensa por ter violado a cláusula democrática prevista no Protocolo de Ushuaia. Neste sentido veja-se*:* Decisão sobre a suspensão da República Bolivariana da Venezuela do Mercosul em aplicação do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, disponível em «http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/17051-decisao-sobre-a-suspensao-da-republica-bolivariana-da-venezuela-do-mercosul-em-aplicacao-do-protocolo-de-ushuaia-sobre-compromisso-democratico», última visualização em 03-06-2019. A Bolívia, por sua vez, encontra-se em processo de adesão. O protocolo da sua adesão ao MERCOSUL, firmado no dia 17 de julho de 2015, deve ainda ser ratificado por todos os Estados-Partes.

[61] Além das integrações regionais citadas, pode também mencionar-se várias outras que comungam ambições integracionistas. No continente latino-americano, por exemplo, importa lembrar o *Sistema de la Integración Centroamericana* (SICA) e do *Caribbean Community* (CARICOM). Na área geográfica africana encontramos o *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA), a *Organisation puor l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA), a *Economic Community of West African States* (ECOWAS), a *Southern African Development Community* (SADC), a *East African Community* (EAC), a *Communauté économique et monétaire de l'Afrique central* (CEMAC) e a *Union Economique et Monétaire Ouest Africaine* (UEMOA). O fenómeno da integração regional também tem-se expandido no continente asiático, merecendo atenção especial a *Association of Southest Asian Nations* (ASEAN).

[62] Sobre as fases e/ou modelos de integração (união aduaneira, mercado comum, comunidade, união política), veja-se: CLOSA Carlos; CASINI LORENZO, *Comperative Regional Integration…*, cit., p. 141-153.

[63] Todos os órgãos jurisdicionais das integrações regionais que se pretende investigar ao longo deste trabalho têm como objetivo promover a harmonização de suas normas, com vista a assegurar, deste modo, o mesmo tratamento jurídico aos seus particulares. Neste sentido veja-se o n.º 1 do artigo 19.º do TUE e o artigo 267.º do TFUE; veja-se também o artigo 32.º do Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Protocolo de Cochabamba); e o artigo 3.º do Protocolo de Olivos e os artigos 2.º a 13.º do Regulamento do Protocolo de Olivos (MERCOSUL/CMC/DEC. N.º 37/03).

estabelecimento de um Tribunal ou de uma Corte para esta comunidade. Daí a escolha recair apenas sobre a CAN e o MERCOSUL.

Com base no exposto, pretende-se fazer, nos próximos itens, uma breve análise das integrações regionais em apreço neste trabalho, designadamente a UE, a CAN e o MERCOSUL. A ideia é traçar alguns pontos em comum que as possam identificar e caracterizar como formas de integração regional. Ao mesmo tempo, pretende-se ressaltar algumas de suas particularidades em termos de organização jurídico-política, ou seja, pretende-se saber como os Estados se relacionam entre si e com as instituições de integrações regionais no sentido da prossecução dos objetivos que acordam executar em conjunto.

1.2. A integração regional da União Europeia

A UE constitui a primeira referência de integração regional. Seu nascimento deu-se em 1952, com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), após a II Guerra Mundial. Em virtude de ter estreado este tipo de composição associativa na "constelação pós-nacional", muito frequentemente foi e por vezes continua a ser identificada como um projeto *sui generis,* uma espécie de "*post-Hobbesian non-state*" [64], uma "*commonwealth*" [65], uma "*transnational consociation* [66]", ou até mesmo um "*unidentified political object*" (traduzido em língua portuguesa como objeto político não identificado – OPNI –, expressão que ficou amplamente conhecida por ter sido utilizada por Jacques Delors[67], ex-presidente da Comissão Europeia entre os anos de 1985 e 1995).

É que, naquela época, a CECA rompeu com o ciclo histórico vestfaliano (ou westfaliano) ao inaugurar uma fase em que um conjunto de Estados passou a "partilhar" suas soberanias através de órgãos criados com o objetivo de administrar seus interesses político-económicos em comum. Os Estados e as organizações internacionais, que até então figuravam como protagonistas das relações internacionais, estabeleciam entre eles apenas uma forma de cooperação intergovernamental [68],

[64] SCHIMITTER Philippe, If the Nation-State Were to Wither away in Europe, What Might Replace it?, in GUSTAVSSON Sverker and LEWIN Leif (eds.), *The Future of the Nation State*, Stockhom, Nerenius & SanteYus, 1996, p. 90-131.

[65] MacCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty*...cit...

[66] DEHOUSSE Renaud, European Institutional Architecture After Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?, *Common Market Law Review*, vol. 35, 1998, p. 595-627.

[67] Veja-se, neste sentido, a intervenção de Jacques Delors, na primeira Conferência Intergovernamental, disponível no "*Bulletin des Communautés"*, n.º 9, setembro/1985, Luxemburgo, Office des publications officielles des Communautés européennes, p. 2.

[68] Neste sentido, veja-se a alínea "i" do artigo 2.º da Convenção de Viena de 1986: "Por organização internacional entende-se uma organização intergovernamental".

caracterizada substancialmente pela unanimidade na tomada de decisões e no direito de veto dos Estados. Não obstante houvesse a presença de elementos intergovernamentais na CECA, a introdução de contínuas mudanças e a ampliação de suas funções ao longo do tempo até chegar-se à atual União Europeia, fizeram muitos estudiosos perceber que seria redutor caracterizá-la como uma organização internacional, vez que possuía feições progressivamente mais parecidas a uma federação/confederação, muito embora não se confundisse com um modelo de Estado Federal em termos convencionais.

Nesta senda, o Tratado de Paris atribuiu desde logo à CECA uma natureza supranacional[69]. Mesmo que o termo supranacional não se tenha repetido nos tratados subsequentes, sua influência é notória na doutrina quando se pretende referir não só ao processo de integração regional europeu, mas também às suas instituições e o seu processo de tomada de decisões[70]. De fato, a supranacionalidade baseia-se fundamentalmente no método comunitário de tomada de decisões, que por sua vez pressupõe o estabelecimento de um quadro institucional complexo constituído por órgãos decisórios que, ao atuarem dentro dos limites das competências que lhes foram atribuídas, arbitram os diferentes interesses que representam [71] . Note-se que, contrariamente ao modelo intergovernamental, a supranacionalidade reclama a existência de órgãos próprios, capazes de intervir sobre as unidades que compõem um determinado sistema, as quais reconhecem essa autoridade. Não se trata, porém, de replicar o modelo federal estadual, pois a ideia prende-se com fomentar a colaboração entre os Estados, mas também para além dos Estados, recorrendo a instituições que acompanham as diversas relações entre os Estados e outros atores envolvidos no projeto de integração regional europeu[72].

Restando estabelecido que a CECA se enquadrava no âmbito de uma integração regional de natureza supranacional, isto incutia a ideia de que a mesma tinha capacidade de criar normas de direito por meio de alguns órgãos que atuavam segundo o princípio da atribuição, ficando a cargo dos Estados-Membros as competências remanescentes (princípio da subsidiariedade). Os Estados-Membros, ao partilharem a sua soberania com a CECA, deixavam de ter total liberdade decisória em determinadas áreas que antes eram de sua exclusiva competência, já que o processo de distribuição

---

[69] Nos termos do artigo 9.º do Tratado de Paris, foi estabelecido que "Os membros da Alta Autoridade exercerão suas funções com total independência [...], os Estados-Membros comprometem-se a respeitar a natureza supranacional dessas funções e a não procurar influenciar os membros da Alta Autoridade no exercício das mesmas".

[70] Cfr. METCALF Katrin Nyman; PAPAGEORGIOU Ioannis, *Regional Integration and Courts...,* cit., p. 8.

[71] OLIVEIRA Francielle Vieira, Método Comunitário, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 257-258.

[72] GOMÉS ANDRÉ José, Supranacionalismo, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 427-428.

de poderes havia de ser estabelecido da melhor forma possível à realização dos objetivos traçados em comum. Assim, dado o poder regulatório atribuído à CECA, cada esfera, nomeadamente nacional e supranacional, passava desde então a produzir o seu próprio direito, através de procedimentos e instituições distintas umas das outras.

Peter L. Lindseth afirma que a principal distinção entre uma organização internacional e uma integração regional de caráter supranacional tem a ver com a autonomia das suas instituições[73]. Em uma integração regional de caráter supranacional como a UE, embora seus Estados-Membros continuem a participar dos processos de tomada de decisões, especialmente através do Conselho (veja-se, neste sentido, os processos legislativos ordinário e especial, previstos no artigo 289.º do TFUE), suas respetivas soberanias individuais diluem-se nas esferas decisórias coletivas, onde atuam as principais instituições supranacionais, designadamente a Comissão, o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça da UE.

Portanto, um dos traços mais marcantes da integração europeia prende-se com a autonomia das suas instituições[74]. A delegação de autoridade foi uma estratégia que garantiu à UE uma maior autonomia para superar eventuais problemas de cooperação e coordenação entre Estados-Membros. E, devido ao progressivo e elevado grau de autonomia, pode até mesmo afirmar-se que a UE passou a constituir-se numa ordem constitucional autónoma. Isto porque, ao exercer os poderes que lhe são atribuídos pelos Estados-Membros, a UE cria normas jurídicas que vinculam obrigatoriamente não só os Estados-Membros, mas também os seus cidadãos. Consequentemente, como afirma Alessandra Silveira, os tratados constitutivos podem ser concebidos como a base jurídica da UE, da mesma forma que a Constituição de um Estado constitui a sua base jurídica[75].

A propósito da autonomia da UE, Joseph Weiler fez uma distinção entre supranacionalidade normativa e supranacionalidade decisória. Segundo esse jurista, a supranacionalidade normativa refere-se ao relacionamento (concorrente) existente entre as normas adotadas pela UE e as normas de seus Estados-Membros[76]. Haja vista a conformação supranacional da UE, suas normas têm não só efeito direto nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, mas também possuem prevalência

---

[73] LINDSETH Peter L., Supranational Organizations, in HURD Ian e COGAN Katz Jacob (eds.), *Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 1.

[74] De acordo com Ingolf Pernice, "*autonomy means that each level, national and Community, law is made under quite distinct procedures by quite distinct institutions, that it bases its legitimacy on distinct electorates. In giving legitimacy to the making of European Community law, the national electorates constitute themselves to be a new entity: they are the people of the Union to who its law applies" (*PERNICE Ingolf, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration – German Constitution and Multilevel Constitutionalism, in *German Reports on*...., cit., p. 44).

[75] SILVEIRA Alessandra, Constituição, Ordenamento e Aplicação de Normas Europeias e Nacionais, *Polis Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n.º 17, 2008, p. 69.

[76] Cfr. WEILER Joseph H. H., The community system: the dual character of supranationalism, *Yearbook of European Law*, vol. 1, n.º 1, 1981, p. 271.

sobre as normas nacionais desconformes com o direito da UE. A supranacionalidade decisória, por sua vez, diz respeito ao quadro institucional e aos processos de tomada de decisões através dos quais as políticas são debatidas, formuladas, implementadas e executadas[77] no âmbito do método comunitário[78]. Relaciona-se, essencialmente, à autonomia das instituições supranacionais em termos de processo decisório – se a votação é feita conforme o sistema maioritário, isto significa uma maior autonomia por parte das instituições supranacionais, pois as decisões assim tomadas vinculam os Estados-Membros, concordem todos ou não[79].

À luz das definições acima apontadas, pode dizer-se que a supranacionalidade decisória da UE foi marcada pelo Ato Único Europeu de 1986, que, ao rever os Tratados de Roma com vista a facilitar a realização do mercado interno, passou a prever os casos nos quais o Conselho podia deliberar por maioria qualificada e não por unanimidade. Segundo Majone, a introdução no seio da UE de decisão por maioria qualificada ajudou a promover melhorias sociais e garantias económicas a longo prazo, pois certas decisões passaram a ser tomadas mesmo contra a vontade de alguns Estados-Membros – o que, de resto, demonstra a autonomia das instituições europeias para atingir seus objetivos[80].

A partir do Tratado de Maastricht (1992), a então Comunidade Europeia passou a ser fundamentada numa estrutura composta por pilares em diferentes níveis de integração jurídico-política. Enquanto no primeiro pilar as comunidades europeias exerciam prerrogativas de soberania, que lhes eram delegadas pelos Estados-Membros, as atividades do segundo e do terceiro pilares eram conduzidas com base numa lógica intergovernamental, ou seja, os processos de tomada de decisões operavam-se ainda consoante a regra da unanimidade[81]. Em razão disso, Metcalf e Papageorgiou chamam a atenção para o fato de a integração europeia provar que a supranacionalidade pode coexistir com a intergovernabilidade dentro de um mesmo processo. Esta dualidade justifica-se pelo caráter incompleto do processo de integração regional, que acomoda duas distintas fontes de legitimidade, quais sejam: a legitimidade baseada no Estado, através de instituições intergovernamentais; e a legitimidade federal (ou comunitária)[82], que as instituições supranacionais reivindicam[83].

---

[77] Cfr. WEILER Joseph H. H., The community system..., cit., p. 271.

[78] Sobre o método comunitário, utilizado no âmbito dos processos decisórios de organizações supranacionais, veja-se: OLIVEIRA Francielle Vieira, Método Comunitário, in *Enciclopédia da União Europeia*, cit., p. 257-259.

[79] Cfr. WEILER Joseph H. H., The community system..., cit., p. 305.

[80] MAJONE Giandomenico, Europe's Democratic Deficit: the question of standards, *European Law Journal*, vol. 4, n.° 1, 1998, p. 5-28.

[81] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, 1.ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p.35.

[82] A legitimidade da UE baseia-se no princípio do equilíbrio institucional – previsto no n.° 2 do artigo 13.° do TUE. Este princípio, também conhecido como freios e contrapesos (*ckecks and balances*), estabelece que as instituições e os órgãos da UE devem respeitar reciprocamente a sua competência e a relação que entre eles se estabelece por via dos Tratados, até mesmo no que diz respeito à competência dos Estados no âmbito dos processos de tomada

Já no Tratado da União Europeia, com a redação dada pelo Tratado de Lisboa (em vigor desde 2009), verifica-se uma grande evolução no sentido do alargamento da regra da maioria qualificada a um grande número de matérias, tornando a unanimidade uma exceção limitada a questões diretamente associadas ao cerne da soberania dos Estados ou a questões relacionadas às decisões constituintes ou fundacionais da UE (tratados de revisão, conforme artigo 48.º TUE; tratados de adesão, previstos no artigo 49.º do TUE); note-se que até mesmo para retirar-se da UE, consoante o artigo 50.º do TUE, a unanimidade não é exigida, pois a aprovação de tal pedido opera-se pela maioria qualificada do Conselho, após a aprovação do Parlamento Europeu – eis o caso ilustrado recentemente pelo *Brexit*[84].

A supranacionalidade normativa foi destacada, por sua vez, no acórdão *Costa c. ENEL*[85], quando o Tribunal de Justiça estabeleceu que a então Comunidade Económica Europeia (CEE) instituía uma "ordem jurídica própria", cujas normas devem produzir a plenitude de seus efeitos em todos os Estados-Membros e aos seus particulares. Esta declaração no sentido de que a ordem jurídica europeia é formada por um conjunto de normas autónomas foi suficiente para desvanecer qualquer condição de paridade e de reciprocidade na formação e na aplicação do direito da UE. Observe-se que a cláusula de reciprocidade, habitualmente presente nas convenções internacionais, é inconcebível na aplicação do direito da UE, pois quando qualquer Estado-Membro tenta invocá-la para escusar-se do não cumprimento das normas e dos atos jurídicos das instituições europeias, seu intento é logo rejeitado pelo TJUE. Isto porque, ao determinar que "os tratados não se limitam a criar obrigações recíprocas"[86], o TJUE ativou o dispositivo segundo o qual nenhum Estado-Membro pode "tomar unilateralmente medidas de defesa"[87] para prevenir-se contra um possível incumprimento das normas de direito da UE.

De resto, isto se coaduna com o princípio da cooperação leal, atualmente previsto no artigo 4.º, n.º 2 do TUE, mas que desde o acórdão *Comissão c. França*[88] já se fazia presente na jurisprudência do TJUE. De acordo com o princípio da cooperação leal, a UE e os Estados-Membros

---

de decisão a nível supranacional. Cfr. QUADROS Fausto de, Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 146.

[83] Cfr. METCALF Katrin Nyman e PAPAGEORGIOU IOANNIS, *Regional Integration and Courts*..., cit., p. 9.

[84] Sobre o tema, veja-se: CLOSA Carlos (ed.), *Secession from a Member State and the Withdrawal from the European Union – Troubled Membership*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

[85] Acórdão *Costa c. E.N.E.L.*, processo C-6/64 do TJUE, de 15 de julho de 1964, p. 555.

[86] Veja-se o acórdão *Comissão c. Luxemburgo e Bélgica*, processo do TJUE 90-91/63, de 13 de novembro de 1964; o acórdão *Comissão c. Itália*, processo 52/75 do TJUE, de 26 de fevereiro de 1976; o *acórdão Comissão c. França*, processo 232/78 do TJUE, de 25 de setembro de 1979; e o acórdão *Comissão c. Alemanha*, processo 325/82 do TJUE, de 14 de fevereiro de 1984.

[87] Veja-se o acórdão *Lomas*, processo C-5/94 do TJUE, de 23 de maio de 1996; e o acórdão *Comissão c. França*, processo C-265/95 do TJUE, de 9 de dezembro de 1997.

[88] Acórdão *Comissão c. França*, processos apensos C-6/69 e C-11/69 do TJUE, de 10 de dezembro de 1969, nºs 16 e 17.

respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Daí decorre uma obrigação aos Estados-Membros de adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento dos objetivos dos Tratados e a não adotar medidas que ponham em causa tais objetivos. Em contrapartida, a UE tem que respeitar a igualdade dos Estados-Membros, as identidades constitucionais e as funções essenciais dos Estados-Membros.

A partir do princípio da cooperação leal foram deduzidos outros princípios[89] que vieram reforçar a supranacionalidade normativa da UE, de entre os quais releva mencionar o efeito direto e o primado[90]. O efeito direito foi consagrado no acórdão *Van Gend & Loos*[91], quando o TJUE estabeleceu que o direito da UE acarreta obrigações não só para os Estados-Membros, mas também para os particulares. Isto permitiu aos particulares invocarem diretamente as normas europeias perante uma jurisdição nacional. Pode afirmar-se que na ausência do efeito direito os particulares estariam fora do processo de integração europeu. Isto significa que se o princípio do efeito direito não tivesse sido estabelecido pela jurisprudência do TJUE, a UE resultaria apenas numa superposição de soberanias como qualquer organização internacional. Não de outro modo que, segundo Lecourt, o efeito direto constitui-se na chave para a integração jurídica[92]. Com efeito, associado ao primado, o efeito direto tornou-se em um princípio de fundamental importância para o desenvolvimneto do direito da UE.

O princípio do primado foi estabelecido pelo TJUE, por sua vez, no acórdão *Costa c. ENEL*[93]. Trata-se de um princípio assente não só na natureza intrínseca do ordenamento jurídico da UE, para o qual os Estados-Membros se determinaram a transferir certas atribuições que restringem os seus direitos soberanos, como no imperativo essencial da homogeneidade de aplicação do direito da UE. Com efeito, em virtude do princípio do primado, estabeleceu-se a prevalência do direito da UE sobre o

---

[89] Neste sentido, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência*, 2.ª ed., Quid Juris, 2011, p. 103-128.

[90] Os princípios do efeito direto e o do primado não estão explicitamente previstos nos Tratados constitutivos da UE, porém fazem parte do acervo jurisprudencial do TJUE. O projeto de Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa inscrevia o princípio do primado em seu artigo I-6.º, nos termos do qual "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". Tendo em vista o chumbo do projeto constitucional europeu, decorrente dos resultados negativos dos referendos a que foi sujeito em França e na Holanda, respetivamente em 29 de maio e 1 de junho de 2005, a Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa apenas contemplou o princípio do primado na Declaração n.º 17 anexada à Ata Final. Lembrou-se ali expressamente que, em conformidade com a jurisprudência constante do TJUE, os Tratados e o direito adotado pela UE com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência. Juntou-se também à Declaração um parecer do Serviço Jurídico do Conselho afirmando que trata-se de um documento que salvaguada um princípio de direito da UE. Interessa ainda notar a incongruência da epígrafe da referida declaração, que deveria de ser "Declaração sobre o primado do Direito da União Europeia", mas constou como "Declaração sobre o primado do direito comunitário". O intuito, no entanto, foi adequar o artigo 1.º, terceiro parágrafo, *in fine*, do TUE – em que se determina que "a União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia" – daí porque acabou por ser "Declaração sobre o primado do direito comunitário".

[91] Acórdão *Van Gend & Loos*, processo C-26/62 do TJUE, de 5 de fevereiro de 1963.

[92] Cfr. LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, Bruxelas, Bruylant, 2008, p. 321.

[93] Acórdão *Costa c. E.N.E.L.*, processo C-6/64 do TJUE, de 15 de julho de 1964.

direito nacional. Contudo, conforme assinala Alessandra Silveira, "[o] primado não converte a UE em superior hierárquico dos Estados-Membros, porque a lógica da pluralidade de ordenamentos o impede: a hierarquia só se dá entre normas procedentes do mesmo sujeito – e não numa relação entre dois ordenamentos, onde sequer se fala de invalidade, mas de preferência aplicativa em benefício da própria funcionalidade sistémica"[94]. De fato, importa sublinhar que, no âmbito da aplicação do direito da UE, na eventualidade de uma norma de direito nacional encontrar-se em desconformidade com uma norma europeia, aquela simplesmente deverá ser afastada para dar preferência a esta, sem que a norma nacional seja considerada inválida. Por outras palavras, o princípio do primado implica apenas o afastamento da norma nacional e a aplicação preferente da europeia: trata-se de uma questão de eficácia e não de validade normativa[95].

Após os acórdãos *Van Gend & Loos* e *Costa c. ENEL*, os Estados-Membros passaram a integrar as normas europeias em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais de acordo com um procedimento sem qualquer precedente ou semelhança relativamente às normas de organizações internacionais. Isto foi o ponta-pé incial a partir do qual a supranacionalidade normativa da UE passou a ganhar densificação ao longo da jurisprudência do TJUE. No acórdão *Comissão c. Itália*[96], por exemplo, o TJUE decidiu que as autoridades nacionais competentes estão proibidas de aplicar uma disposição nacional incompatível com os Tratados, sendo obrigadas a tomar todas as medidas que facilitem a efetividade do direito da UE. Na sequência, no acórdão *Simmenthal*[97], o Tribunal de Justiça determinou que as normas de direito da UE, independentemente de quaisquer normas ou práticas internas dos Estados-Membros, devem produzir a plenitude de seus efeitos e serem homogeneamente aplicadas nas ordens jurídicas destes últimos, para que sejam garantidos os direitos subjetivos criados na esfera jurídica dos particulares. Mais tarde, o acórdão *San Giorgio*[98] estabeleceu que as condições impostas pelo direito interno não podem dificultar ou tornar praticamente impossível o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da UE. E, decorre ainda do acórdão *Pupino*[99], a obrigação dos tribunais dos Estados-Membros de interpretação conforme do direito nacional à luz da letra e dos objetivos do direito da UE.

---

[94] SILVEIRA Alessandra, Princípios *de Direito*..., cit., p. 133.

[95] Cfr. CALLEJÓN Francisco, A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu, *UNIO - EU Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 14.

[96] Acórdão *Comissão c. Itália*, processo 48/71 do TJUE, de 13 de Julho de 1972, n.º 7.

[97] Acórdão *Simmenthal*, processo 106/77 do TJUE, de 9 de março de 1978, n.º 7 a).

[98] Acórdão *San Giorgio*, processo 199/82 do TJUE, de 9 de novembro de 1983, n.º 12.

[99] Acórdão *Pupino*, processo C-105/03 do TJUE, de 16 de junho de 2005, n.º 18.

Diante deste quadro de supranacionalidade (decisória e normativa) restou compreendido que a UE se traduz na ideia de uma União de direito, que remete à expressão Estado de direito[100]. Não se pretende com isso afirmar que a UE se compara a um Estado propriamente dito. Como aponta Amaryllis Verhoven, para que a UE se convertesse em um Estado haveria de ter tanto o monopólio do poder coercitivo quanto um corpo central de tomada de decisões empossado de soberania[101] – não sendo exatamente isso desejável ao longo do processo de integração europeu. No entanto, desde o acórdão *Os Verdes*[102] até as decisões mais recentes do TJUE, como por exemplo o acórdão *Sepahan*[103], tem-se reafirmado com uma certa frequência a condição da UE como uma União de direito. Isto se dá em virtude de nem os seus Estados-Membros nem as suas instituições estarem isentos da fiscalização da conformidade dos seus atos jurídicos com os Tratados – considerados a carta constitucional de base do ordenamento jurídico europeu[104]. Segundo Alessandra Silveira, mesmo que a UE não tenha uma constituição formal, há de considerar-se que: 1) cria e vincula-se às próprias normas que cria; 2) tem as suas próprias instituições e procedimentos que visam definir e interpretar as normas europeias; e 3) possui mecanismos que sancionam a eventual violação de suas normas. Isto permite descrever a UE como uma União de direito, pois o exercício do poder público da União deve ser submetido às suas próprias normas[105]. Ademais, a UE garante a homogeneidade do cumprimento de suas normas através do TJUE[106].

Nesta medida, a integração europeia representa uma inovação no cenário internacional[107]. Configura-se num processo ao longo do qual seus atores se juntam para formar parte de um todo orquestrado[108] – os Estados-Membros transferem competência para as instituições/órgãos comuns que elaboram normas de efeito direto e de preferência aplicativa nos ordenamentos jurídicos nacionais[109]. Em razão disso, Joxerramon Bengoetxea afirma que "*[t]he EU is [...] considered special [...] because of*

---

[100] Neste sentido, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 28.

[101] Cfr. VERHOEVEN Amaryllis, *The European Union in search of a democratic and constitutional theory*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 135.

[102] Acórdão *Les Verts*, processo 294/83 do TJUE, de 23 de abril de 1986, n.° 23.

[103] Acórdão *Sepahan*, processo C-45/15 P do TJUE, de 30 de maio de 2017, n.° 35.

[104] Cfr. Acórdão *Os Verdes*, processo 294/83 do TJUE, de 23 de abril de 1986, n.° 23.

[105] SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 29.

[106] Cfr. SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 29.

[107] Em razão disso, pode dizer-se que seu enfoque doutrinário traspassa a dogmática do direito internacional público, na medida em que enseja uma análise bem mais interessante, que prende-se com a constitucionalização do direito internacional público e a "federalização" das integrações regionais de caráter supranacional. Neste sentido, veja-se: LOMBAERDE Philippe de e RODRÍGUEZ Lizarazo, International Regionalism and National..., cit., p. 3; PERNICE Ingolf, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration – German Constitution and Multilevel Constitutionalism, in *German Reports on*..., cit., p.41.

[108] Cfr. HERZ Mônica, HOFFMANN Andrea Ribeiro, TABAK Jana, *Organizações Internacionais: Histórias*..., cit., p. 137.

[109] Cfr. LOMBAERDE Philippe de e RODRÍGUEZ Lizarazo, International Regionalism and National..., cit., p. 2.

the high degree of 'constitutional' development, supranational components and rule of law features within this organization making it look almost like a federation of states"[110]. Nesta mesma esteira, segundo Armin von Bogdandy, "*[t]he specific relationship with the legal orders of the member states and the development of the concept of primacy traces the Union's own progression into a supranational federation"*[111]. Com efeito, pode dizer-se que a UE ultrapassou o simples conceito de cooperação internacional, tendo sua integração regional caminhado no sentido de uma federalização, porém sem alcançar, ou até mesmo sem pretender atingir, ao estádio de um Estado federal[112].

De acordo com József Böröcz e Mauer Sarkar[113], a UE poderia ser alternativamente compreendida como um meta-Estado. Isto porque, por um lado, a UE é marcada por um dualismo entre a supranacionalidade do seu direito e a política intergovernamental, intercalada por tomada de decisões através do método comunitário; possui ao mesmo tempo uma união monetária, isto é, (alguns) Estados transferiram sua política monetária para o Banco Central Europeu – denotando-se aí uma característica tipicamente estadual; acrescido a isso, o Parlamento Europeu é uma instituição diretamente eleita pelos cidadãos europeus. Por outro lado, a UE não possui um aparato executivo próprio. Embora a Comissão possa ser referida como o governo da UE, a referência continua a ser meramente metafórica, uma vez que quem aplica o direito e as políticas europeias nos Estados-Membros são os órgãos administrativos e judiciais dos Estados-Membros.

Diante das referidas inovações trazidas pelo processo de integração europeu ao cenário pós-nacional, é inegável que a UE representa, desde o início da sua formação, até os dias de hoje, um modelo de associação de Estados sem qualquer precedente ou comparação com qualquer outro tipo de organização existente – pese as tentativas no sentido de emulá-la. Mas, se, por um lado, o processo de integração europeu já se encontra numa fase avançada, por outro lado, isto não muda as suas raízes oriundas do fenómeno do regionalismo. Isto pode ser aferido por meio dos objetivos que delimitam seu campo de ação. Em primeiro lugar, a UE possui uma dimensão regional na medida em que visa o estabelecimento de um mercado comum no continente europeu, hoje entretanto já ampliado a um espaço de liberdade, segurança e justiça e a um mercado único digital entre seus Estados-

[110] A UE é considerada especial devido ao seu alto grau de desenvolvimento constitucional, bem como também em virtude das suas componentes supranacionais e pelas suas características de estado de direito, tornando-a quase numa federação de estados (tradução livre da autora). BENGOETXEA Joxerramon, The EU as (more than) an international organization, in KLABBERS Jan e WALLENDAHL Asa (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Northampton, Northampton Publishing House, 2011, p. 449.

[111] A relação específica com as ordens jurídicas dos Estados-Membros e o desenvolvimento do conceito de primazia traça a própria progressão da UE em uma federação supranacional (tradução livre da autora). BOGDANDY Armin von, Neither an International Organization Nor A Nation State: The EU as a Supranational Federation, *The Oxford Handbook of the European Union*, University of Pennsylvania, 2012, p.691-693.

[112] Cfr. METCALF Katrin Nyman e PAPAGEORGIOU IOANNIS, *Regional Integration and Courts*..., cit., p. 7.

[113] Cfr. BÖRÖCZ József e SARKAR Mahua, What is the EU?, *International Sociology*, vol. 2, n.° 2, 2005, p. 153-173.

Membros. Ainda à luz destes objetivos, pode dizer-se que a UE tem como função primordial criar, implementar e monitorizar as normas que integram os aspectos económicos e sociais dos Estados-Membros. Portanto, apesar de a UE possuir uma dimensão socioeconómica e jurídico-constitucional bem mais complexa e sofisticada em relação a outros modelos associativos de Estados na constelação pós-nacional, isto não exclui a sua compreensão no âmbito dos processos de integração regional. Aliás, foi a própria UE que inaugurou e representou a primeira forma de integração regional.

1.3. A integração regional da Comunidade Andina de Nações

Após o nascimento da UE, outras integrações regionais começaram a aparecer na constelação pós-nacional. Em 1969, os Estados da Bolívia, da Colômbia, do Peru, do Equador e do Chile estabeleceram o Pacto Andino, que alguns anos mais tarde se transformaria na Comunidade Andina de Nações (1996). Tratou-se de uma iniciativa do então presidente chileno Eduardo Frei, que buscava uma forma estratégica para alcançar o desenvolvimento socioeconómico. A ideia inicial de seu projeto consistia em fazer frente à ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), criada pelo Tratado de Montevidéu, em 1960[114]. Todavia, a CAN não pretendia espelhar-se à ALALC, mas antes tinha como objetivo emular o modelo da UE. O intuito da CAN portanto, era estabelecer uma integração regional, tal como previsto no preâmbulo do Acordo de Cartagena, seu instrumento fundador. No referido preambulo, a CAN delineou ainda alguns de seus escopos, de entre os quais destaca-se aquele de promover o desenvolvimento económico e social de seus Estado-Membros. Para tanto, foram criadas instituições/órgãos supranacionais e traçados compromissos sob a forma intergovernamental.

Tendo em vista a presença concomitante de elementos de natureza supranacional e intergovernamental na conformação institucional e normativa da CAN, Salgado Peñaherrera afirma que o Acordo de Cartagena representa não só uma decantação das experiências de integração latino-americanas, mas também resulta de influências de outras integrações regionais de países industrializados e desenvolvidos[115]. De fato, verifica-se uma tentativa de transposição de conceitos e medidas que haviam sido elaborados para a realidade europeia, mas que entretanto foram adaptados às necessidades ideológicas e políticas dos Estados sul-americanos que formavam o então Pacto Andino.

[114] A ALALC foi substituída pela ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), instituída pelo Tratado de Montevidéu de 1980.

[115] Cfr. SALGADO PEÑAHERRERA Germanico, *El Grupo Andino de Hoy: Eslabón hacia la integración de Sudamerica*, Quito, Universidad Andina Simón Bolivar del Ecuador, 1995, p. 3.

Não seria factível o "transplante"[116] do modelo europeu em sua globalidade, uma vez que, segundo Quindimil, sempre existiu na CAN um conflito permanente entre supranacionalidade e soberania[117]. É por isso que, quando um Estado-Membro considera uma decisão ou uma norma de direito andino inconveniente para seus interesses de âmbito interno, um conflito é facilmente travado, obstaculizando os propósitos e fragilizando a credibilidade do processo de integração andino[118]. Haver-se-ia de compatibilizar, portanto, a supranacionalidade das instituições/órgãos da CAN com a soberania dos Estados-Membros[119]. A medida em que se pretende obter o aprofundamento das componentes sociopolíticas e económicas de uma integração regional, maior deve ser a participação das instituições/órgãos supranacionais nas matérias de interesse comum. Esta é a lógica da celebração de um acordo de integração regional, ou seja, quando os Estados outorgam certas competências a órgãos supranacionais, espera-se a partir deles obter benefícios que de outro modo não se poderia alcançar.

Em termos decisórios, a CAN se divide entre a unanimidade e o voto maioritário (maioria absoluta). Acontece que, de entre os órgãos da CAN, aqueles com caráter intergovernamental (nomeadamente o Conselho Presidencial, o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e a Comissão da Comunidade Andina) concentram mais poderes do que propriamente os órgãos supranacionais, tais como o Parlamento Andino, cujas decisões, na prática, não são vinculativas[120]. Verifica-se, portanto, que os órgãos supranacionais andinos carecem de uma maior autonomia para fazer frente à vontade individual dos Estados-Membros, já que não conseguem evitar as interferências nacionais na consecução dos objetivos comuns previstos nos Tratados. Nem mesmo o Tribunal de Justiça Andino goza de autoridade suficiente para alavancar o projeto de integração da CAN, como se verá mais adiante.

---

[116] O emprego do termo "transplante" é aqui metafórico, na medida em que simplesmente ajuda a pensar o processo de transformação jurídica a partir de um doador e de um recetor. Assim, pode dizer-se que o sucesso de um transplante de integração depende das habilidades inerentes ao doador e da capacidade de aceitação do recetor. Além disso, a metáfora dos "transplantes" fornece uma base heurística, dentro da qual os estudiosos podem utilizar uma ampla gama de ferramentas analíticas. Neste sentido, veja-se: SALDÍAS Osvaldo, Networks, Courts and Regional Integration – Explaining the Establishment of the Andean Court of Justice, *KFG – The Transformative Power of Europe (Working Paper)*, n.° 20, 2010, p. 6; NELKEN David, Towards a Sociology of Legal Adaptation, in FEEST Johannes e NELKEN David (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oñati International Series in Law and Society, vol. 5, Oxford, Hart, 2001, p. 7-54.

[117] Cfr. QUINDIMIL Jorge, La soberania amenazada: globalización y supranacionalidad en el marco de la integración de América Latina, *Revista de Estudios y Pesquisas Avanzadas*, vol. 3, n.° 1, 2016, p. 175.

[118] Cfr. RICHARDSON Diana, Colombia y la Comunidad Andina de Naciones (CAN) frente al proceso de globalización económica internacional. Aproximación normativa al TLC con Estados Unidos, *Revista de Derecho Fiscal*, n.° 4, 2011, p. 273.

[119] Cfr. BLANCO Carolina, Aproximación a la noción de soberanía estatal en el marco del proceso andino de integración, *Revista Republicana*, n.° 15, 2013, p. 9.

[120] Cfr. BLANCO Carolina, Los principales obstáculos del proceso andino de integración, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, n.° 35, 2011, p. 11.

Todavia, se, em termos de supranacionalidade decisória, faltam à CAN alguns de seus elementos substanciais, nomeadamente no que diz respeito à prevalência do sistema de votação maioritário no âmbito de seus processos de tomada de decisões, por outro lado, em termos de supranacionalidade normativa, existe um esforço acrescido que se vê refletido na tentativa de incorporar os princípios de direito da UE ao ordenamento jurídico andino. Na esteira do princípio da cooperação leal, previsto no artigo 4.º do Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TCTJCA), foram previstos a aplicabilidade imediata, o efeito direto e o primado das normas andinas.

No artigo 2.º do TCTJCA foi estabelecido que o ordenamento jurídico andino se rege pela aplicabilidade imediata de suas normas. Diz-se que uma norma tem aplicabilidade imediata quando não necessita de seguir nenhum procedimento ou trâmite especial de aprovação, receção ou incorporação nos ordenamentos jurídicos nacionais[121]. Inicialmente, o Acordo de Cartagena não contemplava a aplicabilidade imediata, pelo que a regulamentação da entrada em vigor das normas de direito andino no ordenamento jurídico nacional era matéria de competência reservada aos Estados-Membros. Tendo em vista que esta medida provocava uma falta de uniformidade na vigência das normas andinas no ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros, o TCTJCA tratou de resolver este problema. De acordo com o seu artigo 3.º, as Decisões e as Resoluções são diretamente aplicáveis aos Estados-Membros a partir da data de sua publicação na Gazeta Oficial do Acordo, a menos que determinem uma data posterior. Sublinhe-se que o segundo parágrafo desse mesmo artigo dispõe que, quando a norma assim requerer, deverá ser incorporada ao direito interno mediante ato expresso em que se indicará a data de entrada em vigor em cada Estado-Membro – esta exceção à aplicabilidade direta prevista no direito andino se assemelha ao caso das diretivas europeias, que devem ser transpostas aos ordenamentos jurídicos nacionais[122]. Desde então a vigência das normas

[121] Cfr. TALAVERA Fabián Novak, La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico, in HIDALGO Óscar e TALAVERA Fabián Novak (eds.), *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Peru, 2003, p.68.

[122] Sobre a transposição das diretivas europeias, veja-se: SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA Juan José, Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración Europea de Portugal y España, in MIRANDA Jorge (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 809-813. Note-se que, no fundamento n.º 17 do acórdão *Francovich* (processos apensos TJUE C-6/90 e 9/90 do TJUE, de 19 de novembro de 1991), o TJUE determinou que "a faculdade do Estado-Membro de eleger entre uma multiplicidade de meios possíveis para conseguir o resultado prescrito por uma diretiva não exclui a possibilidade, para os particulares, de alegar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos cujo conteúdo pode determinar-se com suficiente precisão, baseando-se, unicamente, nas disposições da diretiva". De acordo com a jurisprudência do TJUE, portanto, não obstante a diretiva seja desprovida de efeito direto, nos casos de não transposição ou de transposição incorreta os particulares mesmo assim a podem invocar contra um Estado-Membro da UE junto de um tribunal nacional – só não podem proceder do mesmo modo contra um outro particular (veja-se o acórdão *Paola Faccini*, processo C-91/92 do TJUE, de 14 de julho de 1994). O TJUE ainda confere aos particulares a faculdade de obterem, em certas condições, uma indemnização por atraso ou deficiente transposição de uma diretiva (veja-se o acórdão *Francovich*, acima citado). Ainda sobre este tema, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 120-128.

andinas passou a ser imediata, bastando a aprovação da decisão ou a publicação da resolução para que fossem integradas ao ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros. Frise-se que a aplicação imediata diz respeito apenas às normas de direito andino derivadas, pois as normas de direito originário entram em vigor consoante as próprias disposições do tratado e conforme as regras previstas pelo direito nacional em matéria de aprovação dos tratados[123].

A supranacionalidade do direito andino faz-se igualmente notar pela presença do efeito direto de suas normas. Trata-se da capacidade de as normas andinas originarem, por elas mesmas, direitos e obrigações na esfera jurídica dos particulares. Neste sentido, existe uma conexão estreita entre o princípio da aplicabilidade imediata e o do efeito direto – é que, ao ser a norma andina diretamente aplicada nos Estados-Membros, tem-se o efeito imediato da proteção dos particulares, em razão dos direitos que tais normas lhes conferem. Trata-se, portanto, da possibilidade de os particulares exigirem o cumprimento das normas andinas perante os tribunais nacionais.[124].

O princípio do primado também pode ser identificado como mais um dos elementos que dá sustentabilidade à supranacionalidade do ordenamento jurídico andino. O princípio do primado foi afirmado pela Comissão da Comunidade Andina em um pronunciamento aprovado durante seu vigésimo nono período de sessões ordinárias, que teve lugar na cidade de Lima, entre os dias 29 de maio e 5 de junho de 1980. Nesta oportunidade declarou-se que a) o ordenamento jurídico andino tem identidade e autonomia própria, constitui um direito comum e forma parte integrante dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros; e b) as normas do ordenamento jurídico andino prevalecem sobre as normas nacionais. Desde então restava estabelecido que a CAN é dotada de um ordenamento jurídico autónomo, o que significa dizer que as decisões tomadas no âmbito da CAN sujeitam-se aos procedimentos por ela mesma estabelecidos. Neste sentido, Viana Garcés afirma que "[e]l *ordenamiento andino es pleno porque supone un sistema integral y originario de elaboración de normas, y a su vez, es autónomo, porque está soportado en una organización independiente y eficaz*"[125]. Além do mais, as normas andinas gozam de preferência aplicativa.

Este tem sido de igual modo o entendimento do TJCA, tendo determinado no processo n.º 1-IP-1987, de 3 de Dezembro de 1987, que "*[e]l ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del derecho comunitário, como requisito básico para la construcción integracionista*". Na sequência, o TJCA delimitou o alcance e o significado do direito andino no processo n.º 2-IP-1988, de 26 de julho de

[123] Cfr. TALAVERA Fabián Novak, La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico, in *Derecho Comunitario Andino*, cit., p.78-79.

[124] Neste sentido, veja-se o Processo 03-AI-96 do TJCA, de 24 de março de 1997.

[125] VIANA GARCÉS Andrée, Sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina, *Foro constitucional iberoamericano*, n.º 10, 2005, p. 82.

1988, nos termos seguintes: "*[e]n cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalam la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria*". A partir de estas decisões acima transcritas, a jurisprudência do TJCA consolidou-se no sentido de que o direito andino, além de possuir força vinculativa, goza de preferência aplicativa em detrimento da norma nacional que lhe é desconforme. Assim sendo, a um Estado-Membro não está permitido aplicar uma norma nacional contrária ao direito andino.

Tendo em conta estas características apontadas sobre o direito andino, pode afirmar-se que de entre todas as integrações regionais existentes, a CAN representa a integração regional mais supranacional após a UE[126]. Note-se que inclusivamente o TJCA se autodefine como órgão jurisdicional de caráter supranacional e comunitário[127]. Isto significa que tem competências para controlar a legalidade dos atos das instituições/órgãos andinos, bem como assegura a correta interpretação do direito andino nos ordenamentos jurídicos nacionais. Além do mais, de acordo com a lista elaborada por Schroeder e Müller, na qual elencam as características que definem uma integração de caráter supranacional, no que concerne à CAN, pode fazer-se um *check* em todos os requisitos, quais sejam: a) independência da organização e de seus órgãos dos Estados-Membros; b) existência de órgãos não típicos de organizações internacionais tradicionais, nomeadamente de um sistema judiciário independente com jurisdição obrigatória e exclusiva e de uma assembleia com representantes parlamentares (diretamente eleitos); c) habilidade da organização de vincular seus Estados-Membros por voto maioritário; d) preferência aplicativa de suas normas sobre aquelas dos Estados-Membros; e) aplicabilidade imediata e efeito direto e vinculativo das normas emanadas dos órgãos de integração regional a todos os Estados-Membros e particulares; f) transferência de competências dos Estados-Membros para a integração regional de natureza supranacional[128].

Diante da identificação da CAN como uma integração regional de caráter supranacional – não obstante ainda prevalecer a intergovernamentalidade em seus processos de tomada de decisões – é

---

[126] Neste sentido, veja-se: SCHROEDER Werner e MÜLLER Andreas T., Elements of supranationality in the Law of the International Organizations, , in FASTENRATH Ulrich, GEIGER Rudolf, KAHN Daniel-Erasmus, PAULUS Andreas, SCHORLEMER Sabine Von e VEDDER Christoph (eds.), *From Bilateralism to Community Interest*, *Essay in Hounor of Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011,p. 370.

[127] Cfr. Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisión n.° 500, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina n.° 680, de 28 de junho de 2001, artigo 4.°: "*El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario*...".

[128] Cfr. SCHROEDER Werner e MÜLLER Andreas Th., Elements of supranationality in the Law of the International Organizations, in *From Bilateralism to*..., cit., p. 361.

possível traçar algumas semelhanças que a aproximam do modelo europeu. Trata-se de um processo de integração regional que, tal como a UE, decorre do fenómeno do regionalismo, tendo sido criada com vista ao estabelecimento de um mercado comum, muito embora também possua dimensões socioeconómicas. Para alcançar os seus objetivos, as integrações andina e europeia foram dotadas de instituições/órgãos próprios com autonomia regulamentatória, tendo em conta a atribuição de competências de seus respetivos Estados-Membros. As normas andinas e europeias possuem aplicabilidade imediata, efeito direto e ainda gozam de primazia aplicativa em relação as normas nacionais. Isto permite uma compreensão de ambas as integrações regionais como uma Comunidade/União de Direito, na medida em que 1) criam e vinculam-se às próprias normas que criam; 2) têm as suas próprias instituições/órgãos e procedimentos que visam definir e interpretar as normas andinas/europeias; e 3) possuem mecanismos que sancionam a eventual violação de suas normas[129]. Ademais, tanto a CAN quanto a UE garantem a homogeneidade do cumprimento de suas normas respetivamente através do TJCA e do TJUE[130].

1.4. A integração regional do Mercado Comum do Sul

Após a Comunidade Andina de Nações, o continente sul-americano foi contemplado com mais uma integração regional, nomeadamente o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), que foi estabelecido através do Tratado de Assunção (1991) entre o Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai. Contudo, nota-se no ADN da integração mercosulina a presença de genes provenientes não só das integrações regionais europeia e andina, mas também do sistema jurídico internacional. Com efeito, embora os Estados-Partes do MERCOSUL tivessem como objetivo promover o desenvolvimento económico e social, consolidar suas democracias nacionais e estabelecer um mercado comum (artigo 1.º Tratado de Assunção), através do qual pudessem melhor se projetar internacionalmente, adotaram, no entanto, a flexibilidade como estratégia para conduzir as suas ações[131]. À partida a flexibilidade garante aos Estados-Partes uma maior possibilidade de controlo sobre as negociações, porém ressalta os interesses de cooperação em detrimento aos de integração[132]. De fato, como assevera Moura Ramos,

[129] Em sentido semelhante, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 29.

[130] Em sentido semelhante, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 29.

[131] Neste sentido, o Preâmbulo do Tratado de Assunção estabelece que "considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social [...] esse objetivo deve ser alcançado [...] com base no princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio".

[132] Cfr. ACCIOLY Elizabeth, *MERCOSUL e União Europeia. Estrutura Jurídico-Institucional*, 4.ª ed., Curitiba, Juruá, 2011, p. 147.

"[n]ão se pode deixar de acentuar a fidelidade do Mercosul ao clássico modelo de intergovernabilidade ou da cooperação [...]. Fruto decerto da maior importância ainda hoje reconhecida no hemisfério sul-americano ao dogma da soberania estadual [...], o certo é que o Tratado de Assunção se afasta a este respeito bem nitidamente da construção comunitária"[133].

Diferentemente da UE e da CAN, que se dividem entre medidas supranacionais e intergovernamentais, o MERCOSUL orienta-se exclusivamente pela fórmula intergovernamental. Segundo Nugent, a intergovernabilidade refere-se a arranjos através dos quais os Estados-Partes detêm o controlo das situações e das condições em que se operam as medidas de cooperação sobre matérias de interesse comum[134]. Sob este diapasão, a soberania estadual é preservada, vez que não existe nenhuma autoridade superior aos Estados-Partes capaz de impor a sua vontade sobre as deles[135]. Todavia, convém sublinhar que, segundo o Tratado de Assunção, as instituições do MERCOSUL devem ser criadas à medida da evolução do sistema de integração (princípio da gradualidade), o que indica uma possibilidade de abertura ao estabelecimento futuro de órgãos mercosulinos supranacionais[136].

Esta questão acerca da criação de órgãos supranacionais no MERCOSUL sempre constituiu um aceso debate na doutrina jurídica. Se, por um lado, há quem defenda que a intergovernabilidade é a fórmula ideal para se evitar ruturas políticas e económicas, que por sua vez poderiam pôr em causa a sobrevivência do MERCOSUL, por outro lado, há também quem defenda que um salto supranacional seria a única alternativa para contornar seu suposto défice de eficiência atual. A propósito, frise-se que há alguns anos vem sendo discutido nas reuniões do MERCOSUL e no âmbito dos governos nacionais um projeto de criação do Tribunal de Justiça do MERCOSUL, com poderes supranacionais[137].

De entre os que defendem a supranacionalidade, o argumento predominante caminha no sentido de que a criação de instituições capazes de harmonizar e comandar políticas macroeconómicas é uma condição necessária para a realização dos objetivos previstos no Tratado de

---

[133] MOURA RAMOS Rui Manoel, *O Mercosul e a União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 107.

[134] NUGENT Neill, *Government and Politics of the European Union*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2003, p. 475.

[135] Segundo James Caporaso, "*Intergovernmentalism focused on the most powerful states, their interests, and the strategic interaction and inter-state bargains that led to integrative agreements*". CAPORASO James, The Three Words of Regional..., cit., p. 24-25.

[136] Segundo Paula W. Almeida, é comum a comparação entre o MERCOSUL e a BENELUX, pois o objetivo destas duas organizações consistia na criação de um espaço económico comum, concebido segundo um método de integração baseado na elaboração pragmática e progressiva do direito. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – desafios para a implementação do direito e exemplos do Brasil*, Lisboa, Juruá, 2014, p. 42.

[137] Na XV Sessão Plenária do Parlamento do MERCOSUL, realizada em 28 de novembro de 2008, a proposta de criação de um tribunal supranacional foi defendida pelos parlamentares Rodrigues Saá e Guillermo Jenefes (Argentina); Angel Ramón Barchini (Paraguai); Pablo Iturralde (Uruguai). Neste sentido, veja-se: «https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/671/2/parlasur/apoio–criac%C3%A3o-de-um-tribunal-supranacional-do-mercosul.html», última visualização em 03-06-2019.

Assunção, nomeadamente no que diz respeito ao mercado comum [138]. Para além disso, o estabelecimento de um Tribunal de Justiça do MERCOSUL, com poderes supranacionais, viabilizaria uma aplicação homogénea das normas mercosulinas – as quais, por sua vez, haveriam de ter aplicabilidade imediata e efeito direto, o que desde já resolveria os problemas decorrentes dos processos nacionais de incorporação das mesmas[139].

No tocante à preservação do caráter intergovernamental da estrutura orgânica do MERCOSUL, seus defensores alegam que qualquer iniciativa supranacional poderia comprometer os objetivos de estabilização macroeconómica, bem como também o equilíbrio resultante das assimetrias existentes entre os Estados-Partes[140]. O Brasil, em virtude de sua vantagem em termos económicos, territoriais e populacionais, teria um poder de influência nas decisões do MERCOSUL capaz de minar a autonomia dos demais parceiros, se fossem utilizados os mesmos mecanismos de representatividade das instituições supranacionais europeias. Não de outro modo que há quem defenda que a conformação intergovernamental assegura aos sócios mercosulinos uma maior legitimidade nos processos de tomada de decisões, pois assim todos possuem o mesmo peso de ponderação nas votações[141]. De igual modo é a perspetiva da decisão por unanimidade, que a despeito da morosidade deste procedimento, em contrapartida acaba por garantir uma maior legitimidade às decisões, tendo em conta as referidas assimetrias entre os Estados-Partes[142]. Outra defesa importante em prol da intergovernabilidade diz respeito à já mencionada necessidade de flexibilidade, visto que um processo de tomada de decisões segundo os parâmetros de uma estrutura supranacional não se adequaria ao atual estádio de união aduaneira (incompleta) [143] em que o MERCOSUL se encontra. O discurso a favor da flexibilidade, garantida através da intergovernabilidade, foi utilizado por Fernando Henrique Cardoso em 1999, aquando da desvalorização da moeda brasileira, e também pela Argentina nos anos de sua crise económica[144].

---

[138] Cfr. SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional, in SILVA Karine de Souza e SANTOS DA COSTA Rogério, *Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia, MERCOSUL e UNASUL*, Florianópolis, Editora UFSC, 2013, p. 208.

[139] Cfr. SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional, in *Organizações Internacionais de...*, cit., p. 209.

[140] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 42.

[141] Cfr. SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional, in *Organizações Internacionais de...*, cit., p. 210.

[142] Cfr. SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional, in *Organizações Internacionais de...*, cit., p. 210.

[143] Conforme já mencionado neste trabalho, o mercado comum pressupõe a livre circulação de bens e dos fatores de produção. A união aduaneira, por sua vez, pressupõe a livre-circulação de bens, através da cumulação da inexigibilidade de tarifas para produtos produzidos pelos países-membros à instituição de uma Tarifa Externa Comum (TEC) aos produtos importados de Estados terceiros. Não se poderia nem mesmo caracterizar a integração regional mercosulina como uma união aduaneira completa, face à extensa lista de exceções à aplicação da TEC. Cfr. BRECCI Luis Henrique Monteiro, A legitimidade do MERCOSUL perante a Organização Mundial do Comércio: uma análise a partir da União Europeia, *XVI Revista do CEPEJ da Universidade Federal de Bahia*, vol. 19, 2015, p. 351.

[144] Cfr. SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional in *Organizações Internacionais de...*, cit., p. 210-211.

Convém lembrar que, a despeito de sua estrutura orgânica supranacional, a UE também empregou a estratégia intergovernamental quando a flexibilidade tornou-se imperativa na resolução da crise económica e financeira, cujo início deu-se em 2008. Não obstante a Comissão fosse fortemente a favor da prossecução de reformas no âmbito do método comunitário, diante das dificuldades de o Conselho Europeu chegar a um acordo, os Estados-Membros que se quiseram se comprometer conjuntamente (só o Reino Unido e a República Checa, e mais tarde a Croácia – após sua adesão à UE –, não alinharam), avançaram numa base intergovernamental, conduzindo à celebração do Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária (TECG), assinado a 2 de março de 2012[145]. Neste caso, a intergovernabilidade foi uma alternativa para se garantir a flexibilidade necessária, visto que a transferência de competências sobre determinadas matérias parecia interferir sobremaneira no núcleo duro da soberania dos Estados-Membros da UE. Se o discurso em torno da soberania nacional ainda alimenta alguns resquícios de tabu até mesmo na Europa, não seria expetável um comportamento diverso por parte dos Estados que compõem a integração regional mercosulina.

De fato, os Estados-Partes do MERCOSUL são tão paladinos da sua soberania, que, de acordo com alguns juristas, não teria sido possível a adoção de outro modelo que não fosse o intergovernamental quando do nascimento do MERCOSUL, visto que suas respetivas Cartas Constitucionais não contemplavam naquele momento a criação de uma organização supranacional. Frise-se que as Cartas Constitucionais do Brasil e do Uruguai continuam ainda resistentes a quaisquer reformas neste sentido. Em contrapartida, as Constituições do Paraguai e da Argentina[146] já sofreram revisões, respetivamente nos anos de 1992 e 1994, passando desde estão a constar em seus textos a previsão de delegação de competência a organizações supranacionais. Relativamente à Venezuela – que teve seu processo de adesão ao MERCOSUL formalizado em 2012, em virtude de sua experiência anterior como Estado-Membro da CAN até o ano de 2006 –, sua Constituição de 1999 já havia sido revisada no sentido de contemplar a delegação de competências a organizações supranacionais[147].

---

[145] Sobre o assunto, veja-se: FASONE Cristina e LUPO Nicola, The Union Budget and the Budgetary Procedure, in SCHÜTZE Robert e TRIDIMAS Takis (eds.), *Oxford Principles of European Union Law – The European Union Legal Order*, vol.1., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 809-846.

[146] A Constituição do Paraguai, sancionada e promulgada em 20 de junho de 1992, prevê o instituto da supranacionalidade em seu artigo 145.º, nos termos seguintes: "*La República dei Paraguay, en condiciones de Igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de lajustlcia, de la cooperaclón y dei desarrollo, en lo político, económlco, social y cultural*". A Argentina, em sua Constituição promulgada em 22 de agosto de 1994, também dispõe sobre o mesmo tema no n.º 24 do artigo 75.º, ao estabelecer que cabe ao Congresso: "*Aprobar tratados de integracion que deleguen competências y jurisdiccion a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democratico y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquia superior a las leyes*".

[147] Na Constituição da República Bolivariana da Venezuela, em seu Capítulo I, 5.ª Seção, 2.º parágrafo, está previsto que *"Se promueve la integración latinoamericana y caribeña, la cual adquiere carácter constitucional en la búsqueda de la creación de una Comunidad de Naciones. A tales fines, se*

Semelhante é o caso da Bolívia – em processo de adesão ao MERCOSUL –, pois, em virtude de sua participação como Estado-Membro da CAN, teve também sua Carta Constitucional revisada em 2009, quando então passou a prever a possibilidade de realizar acordos e ratificar tratados com a comunidade internacional por intermédio da delegação de competências a organizações supranacionais[148]. Isto significa que, hoje em dia, a maior parte das Constituições dos Estados-Partes do MERCOSUL possuem uma maior abertura aos processos de integração, especialmente no que diz respeito à delegação de competências a organizações supranacionais.

Sobre este aspecto, interessa notar que, quando da criação da CECA (hoje UE), alguns de seus Estados-Membros já faziam constar em suas Constituições a possibilidade de delegação de competências a autoridades supranacionais. Este foi o caso, por exemplo, da Constituição da República Italiana, onde em seu artigo 11.º está disposto o seguinte: "*[l]'Itália [...]consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*"[149]. Sublinhe-se que este artigo deve ser interpretado à luz do contexto histórico da época em que foi promulgada a Constituição da República Italiana – 1947, ou seja, poucos anos depois da II Guerra Mundial. A Itália desejava inserir-se nos mecanismos de solução de controvérsias criados pelas Nações Unidas, por isso previa desde já em seu texto constitucional os condicionamentos exigidos para tanto. Mais tarde, este mesmo artigo passou também a fundamentar constitucionalmente a participação da

---

permite la suscripción y ratificación de tratados internacionales, bilaterales o multilaterales, en el marco de procesos de integración que tengan carácter supranacional. Como consecuencia de ello, las decisiones que adopten los órganos supranacionales que surjan de los procesos de integración, son de aplicación directa e inmediata en Venezuela".

[148] Isto se confirma através da leitura do artigo 256.º, que assim dispõe: "*I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 1. Alteración de límites territoriales. 2. Integración monetaria. 3. Integración económica estructural. 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración*".

[149] A Itália permite, em pé de igualdade com outros Estados, as limitações de soberania necessárias a uma ordem que garanta a paz e a justiça entre as nações; promove e favorece organizações internacionais destinadas a este fim (tradução livre da autora). Além do mais, após a reforma constitucional de 2001, que resultou na introdução do artigo 117.º na Constituição italiana, o Estado italiano e as suas regiões passaram a estar vinculados expressamente às disposições de direito da UE. De acordo com o artigo 117.º da Constituição italiana "*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*". Segundo Cananea, o critério estipulado no artigo 117.º da Constituição italiana autoriza inclusivamente a *Corte Costituzionale* (tribunal constitucional italiano) a decidir sobre o afastamento da norma constitucional considerada em desconformidade com o direito da UE. Neste sentido, veja-se: CANANEA Giacinto della, The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice: From Separation to Interaction. Comment on Constitutional Court Order n. 103 of 16 April 2008 – Presidente del Consiglio dei ministri v. Regione Sardegna, *European Public Law*, vol. 14, n.º 4, 2008, p. 528.

Itália na integração europeia, ao contrário de outros Estados que tiveram de introduzir algumas reformas em suas Constituições[150].

De entre outros, este foi o caso, por exemplo, de Portugal, cujo compromisso constitucional com o processo de integração europeia estabeleceu-se após o processo de revisão de 2004, quando então foram introduzidos na Constituição da República Portuguesa o n.º 4 do artigo 8.º, que dispõe: "[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático"; bem como também o n.º 6 do artigo 7.º, o qual reza o seguinte: "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" [151].

No âmbito deste parêntesis que aqui foi aberto, interessa ainda notar que, no que resguarda às Cartas Constitucionais dos Estados-Membros da Comunidade Andina de Nações, quase todas elas foram submetidas à revisão para melhor se adequarem ao requisito da delegação de competências a órgãos supranacionais, constituídos pela integração andina. A Constituição Política da Colômbia, após a reforma que sofreu em 1991, foi a primeira que manifestou expressamente seu interesse em promover a integração económica, social e política com os países da América Latina e do Caribe, por meio de tratados que conferissem credibilidade a organizações supranacionais[152]. Na sequência, a Constituição da Bolívia de 1967 foi revisada para adequar-se à matéria de delegação de competências a organizações supranacionais, como já referido acima. Diferentemente é o caso da Constituição

[150] Sobre o assunto, veja-se: ONIDA Valerio, La Costituzione del 1948, ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale, *Relazione al Convegno della Academia Nazionale dei Lincei*, Roma, 9-10 gennaio 2008, p. 5 e ss, disponível em «http://www.astrid-online.it/Dossier– r/Studi–ric/60-anni-de/onida.pdf», última visualização em 03-06-2019.

[151] Sobre o assunto, veja-se: PIRES Francisco Lucas, A experiência comunitária do sistema de governo da Constituição Portuguesa, in MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 832-837.

[152] Eis o que se pode constatar através da redação dada ao seu artigo 227.º, que trata sobre a matéria da seguinte forma: "*El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano*". Ainda, de acordo com o seu artigo 150.º, a Constituição Política da Colômbia prevê a possibilidade do Congresso aprovar outros tratados, inclusivamente aqueles em que transferência de soberania para instituições supranacionais configura-se numa ação necessária à promoção da integração económica.

Política do Equador de 1998, que ainda não prevê expressamente a possibilidade de delegação de competências a integrações regionais de caráter supranacional. Contudo, destaca-se seu comprometimento externado em prol da promoção da cooperação e da integração andina e latino-americana, no sentido de atender aos interesses de âmbito nacional e comunitário[153]. Por fim, a Constituição Política do Peru de 1993 tampouco faz referência direta ao tema da delegação de competências a organizações supranacionais, porém seu artigo 44.º estipula como um dos deveres do Estado a promoção da integração latino-americana[154].

Como se pode perceber, existem alguns Estados na América do Sul que ainda são muito ciosos de sua soberania nacional, portanto não concebem em suas cartas constitucionais a possibilidade de transferência de competências a integrações regionais de natureza supranacional. Isto não significa que não demonstrem interesse nos processos de integração, simplesmente indica a preferência que têm pelos mecanismos empregados na fórmula intergovernamental. No caso do MERCOSUL, verifica-se que ao longo de seu processo de integração, pese embora o Tratado de Assunção tivesse sido marcado pela gradualidade (o que se pode perceber pelo caráter transitório que anuncia a respeito da provisoriedade das instituições mercosulinas – artigo 9.º), nenhuma mudança ainda foi realizada no sentido da supranacionalidade. Nem mesmo o Protocolo de Ouro Preto (POP), o qual constitui o primeiro segmento do Tratado de Assunção que estabelece as bases institucionais para o MERCOSUL, teve o condão de modificar as estruturas intergovernamentais em que o Mercosul se fundamenta. Segundo Luiz Olavo Baptista: "*Lo cierto es que el critério que ha imperado, pero por cierto no unánimemente deseado, ha sido e lo sigue siendo – incluso en el Protocolo de Oro Preto –, el negarle al proceso de integración el menor viso de supranacionalidad*"[155].

De fato, o Protocolo de Ouro Preto, concluído em 1994, confirmou a escolha do MERCOSUL, prevista originalmente no Tratado de Assunção, por uma estrutura orgânica de tipo intergovernamental. Contudo, importar frisar que, não obstante o Protocolo de Ouro Preto tivesse estabelecido a estrutura institucional definitiva do MERCOSUL, seu artigo 47.º previu a possibilidade de os Estados-Partes convocarem uma conferência diplomática para rever tanto as atribuições dos órgãos como a própria estrutura institucional mercosulina. Logo, havendo interesse por parte dos Estados-Partes, existe a

[153] O n.º 5 do artigo 4.º da Constituição Política da República do Equador estabelece que: "*El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional: propugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana*".

[154] Artigo 44.º da Constituição Política do Peru*: "Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior".*

[155] BAPTISTA Luiz Olavo, *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*, São Paulo Ltr, 1998, p. 148.

possibilidade de se revisar a estrutura orgânica do MERCOSUL no sentido de criar, inclusivamente, órgãos de natureza supranacional.

Não se pretende aqui criar uma "dicotomia entre supranacionalidade *vs.* intergovernabilidade"[156], o intuito apenas prende-se com ressaltar as dificuldades no sentido de se concretizar os objetivos do MERCOSUL, especialmente no que tange ao estabelecimento de um mercado comum, devido às constantes intervenções unilaterais desestabilizadoras. Como afirma Rogério Santos da Costa, "[a] relevância das instituições está na capacidade de criar e manter as regras do jogo confiáveis e previsíveis"[157]. Isto não acontece no MERCOSUL, na medida em que suas instituições nem sempre conseguem fazer prevalecer a vontade inscrita nas normas mercosulinas. Consoante a lógica intergovernamental, o direito do MERCOSUL é resultado da vontade de seus Estados-Partes externada através dos órgãos decisórios mercosulinos. As normas adotadas por estes órgãos são de cumprimento obrigatório a todos os Estados-Partes. No entanto, em virtude da ausência de aplicabilidade imediata destas normas, as mesmas precisam de ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais[158]. A incorporação deste direito, por sua vez, é de responsabilidade das autoridades nacionais. Logo, os Estados-Partes gozam de uma certa discricionariedade a fim de executar as normas mercosulinas[159], conforme será melhor abordado adiante.

Contudo, a despeito das distintas modalidades previstas nos direitos nacionais no que concerne à receção, à incorporação e à execução do direito do MERCOSUL, frise-se que o reconhecimento da autonomia nacional não pode deixar de vir acompanhada de uma limitação de seus poderes, na medida em que os Estados-Partes são obrigados a respeitar os procedimentos estabelecidos pela ordem jurídica mercosulina. Segundo Paula W. Almeida, "[a]s exigências mercosulinas servem para orientar e limitar o papel das autoridades estaduais, privilegiando uma aplicação uniforme do direito mercosulino, com a finalidade de equilibrar as relações delicadas entre o interesse comum e o interesse nacional"[160]. Assim haveria de ser, pois não faria sentido o propósito que se encerra na criação de um mercado comum ante uma justaposição de vontades que desafia a aplicação harmonizada do direito do MERCOSUL. Por outras palavras, não é possível levar adiante um processo de integração que não estabeleça um mínimo de regras em benefício da harmonização e da correta aplicação do direito de integração regional.

---

[156] SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional, in *Organizações Internacionais de...*, cit., p. 213.

[157] SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional in *Organizações Internacionais de...*, cit., p. 215.

[158] Cfr. SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional in *Organizações Internacionais de...*, cit., p. 2016.

[159] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 59-60.

[160] ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 60.

É por isso que é de fundamental importância o estabelecimento de uma cooperação entre os Estados-Partes no sentido de respeitar os procedimentos previstos pelo direito do MERCOSUL quanto à aplicação homogénea de suas normas nos ordenamentos jurídicos nacionais. Desde o Tratado de Assunção, um dos princípios basilares do MERCOSUL é o princípio da reciprocidade[161]. Contudo, como se sabe, o princípio da reciprocidade comporta limitações, na medida em que pode constituir um fundamento para autorizar a invocação de exceção da inexecução. Se, por um lado, este princípio demonstra ser de essencial importância no âmbito do direito internacional, por outro lado, parece ser insuficiente para gerir o grau de comprometimento necessário entre Estados que compõem uma integração regional[162]. A partir do Protocolo de Ouro Preto, no entanto, o princípio da reciprocidade passou a ser interpretado em conjunto com o seu artigo 38.º, no qual se verifica um maior comprometimento dos Estados-Partes no sentido de adotar todas as medidas necessárias para a correta aplicação das normas mercosulinas em seus ordenamentos jurídicos nacionais. Esta norma se assemelha àquela prevista no n.º 3 do artigo 4.º do Tratado da União Europeia, bem como também àquela do artigo 4.º do TCTJCA, que disciplinam o princípio da cooperação leal.

Nas lições de Alessandra Silveira, o princípio da cooperação leal "[...] impõe uma obrigação de fidelidade ao conjunto a partir da noção de complementaridade [...] Tal complementaridade implicaria necessariamente o dever de consideração, que conduz à abstenção de iniciativas que acarretem prejuízo aos interesses do conjunto [...], assim como o dever de promoção desses mesmos interesses, no âmbito das atividades conduzidas por cada qual"[163]. É evidente a necessidade de haver cooperação leal no âmbito de ordenamentos compostos, e inclusivamente em sistemas de integrações regionais, tanto que mais tarde tal princípio viria a ser introduzido também nos ordenamentos jurídicos da UE e da CAN, passando a ser uma ferramenta poderosa de abstenção à discricionariedade e de defesa dos interesses em comum.

Deste modo, o reconhecimento do princípio da cooperação leal pelo direito do MERCOSUL constituiu um passo de fundamental importância no que concerne ao aprofundamento das responsabilidades assumidas entre os seus Estados-Partes, em especial no tocante ao processo de harmonização de suas normas nos ordenamentos jurídicos nacionais. Pode dizer-se que isto deu mote para situar o MERCOSUL em um patamar distinto das demais organizações que ainda hoje se regem

---

[161] O artigo 2.º do Tratado de Assunção assim dispõe: "O Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes".

[162] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para*..., cit., p. 68.

[163] SILVEIRA Alessandra, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos. Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 278.

meramente pelo princípio da reciprocidade no direito internacional. Além disso, não se pode deixar de mencionar que, apesar de o MERCOSUL ser uma organização intergovernamental, possui igualmente ideais integracionistas que visam criar condições de desenvolvimento económico e social para os Estados do Cone Sul, através do estabelecimento de um mercado comum e da formação de uma nova comunidade. Portanto, assim como a União Europeia e a Comunidade Andina de Nações, o MERCOSUL reúne alguns elementos, nomeadamente no que se refere aos seus objetivos, que permitem enquadrá-lo como uma integração regional, resultante das manifestações do regionalismo e dos "fenómenos-inter".

Feito este enquadramento, agora importa saber como as normas dos distintos ordenamentos jurídicos nacionais e as normas dos ordenamentos jurídicos das integrações regionais se relacionam no âmbito do que se optou chamar neste trabalho de sistemas internormativos. Nas linhas que seguem, portanto, será feita uma abordagem sobre os sistemas internormativos, nomeadamente no que se refere ao seu funcionamento e composição. Serão também abordadas as normas dos ordenamentos jurídicos das integrações regionais, especialmente no que se refere às suas espécies, abrangência e aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos nacionais.

CAPÍTULO 2

OS SISTEMAS INTERNORMATIVOS (OU DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS EM INTERAÇÃO)

No capítulo anterior verificou-se que as integrações regionais correspondem a uma tendência impulsionada pelos "fenómenos-inter", que são processos de inter-relação, interação e interpenetração cujos efeitos se sentem nas esferas económicas, políticas, sociais, jurídicas e culturais. Consequentemente, as integrações regionais não poderiam promover senão uma aproximação mais estreita entre os Estados, que, ao se inserirem em novos espaços de partilha, convivência e intercâmbio, tiveram que se adaptar a um contexto onde os seus poderes, soberanias, ordenamentos, constituições, direitos fundamentais e jurisdições passaram a ser articulados, relacionados e acomodados em termos de complementaridade e interdependência – ou seja, não há aqui quaisquer pretensões de sobreposição, substituição e imposições hierárquicas.

Dadas as condições que favorecem os "fenómenos-inter", as integrações regionais propulsionam igualmente sistemas internormativos, os quais podem ser compreendidos conforme o seguinte. De acordo com o positivismo crítico de Kaarlo Tuori, existe uma separação entre "ordem jurídica" e "prática jurídica", sendo que a soma de ambos é um sistema jurídico. Enquanto uma ordem jurídica se refere ao direito como um fenómeno normativo (conjunto de normas), o sistema jurídico refere-se às práticas jurídicas (elaboração e aplicação de normas, decisões judiciais, doutrina) produzidas e reproduzidas na ordem jurídica[164]. Num sistema jurídico onde há a coexistência de diferentes ordens jurídicas próprias, todas partilham em muitos casos as "práticas jurídicas" que as interpreta e aplica[165]. Neste sentido, Kaarlo Tuori concebe a ordem jurídica da UE e as ordens jurídicas nacionais como partes autónomas, porém integrantes de um mesmo sistema jurídico europeu[166]. Considerando o sistema jurídico como um espaço onde as práticas jurídicas que têm de lidar com a concorrência de normas de ordens jurídicas com fontes e legitimidades distintas, o adjetivo "internormativo" serve para caracterizar a métodica de relacionamento e acomodação dessas normas assente em uma solução não hierárquica.

A propósito, de acordo com Herbert Hart, para o teórico do direito importa perceber como as normas se relacionam, de modo a poder indicar sistematicidade entre os mandamentos de uma ordem

---

[164] Cfr. TUORI Kaarlo, Vers une théorie... cit., p. 18.

[165] Cfr. GALVÃO TELES Miguel, Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – Em particular sobre o artigo 8°, n° 4, da Constituição Portuguesa, in MIRANDA Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do Seu Nascimento*, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 328-329.

[166] Cfr. TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*...cit., p. 121; TUORI Kaarlo, *European Constitutionalism*...cit., p. 15.

jurídica[167]. A validade dessa afirmação também pode ser estendida ao conjunto de normas das distintas ordens jurídicas que compõem os sistemas internormativos das integrações regionais. É que, não obstante as referidas ordens jurídicas gozem de autonomia, isto não significa que são estanques. Com efeito, suas respetivas normas buscam complementaridade através de uma constante interação reflexiva entre elas. Em razão disso, faz-se necessário compreender e eventualmente desenvolver novas contribuições teóricas que expliquem o relacionamento entre as normas de fontes e legitimidades distintas que convivem em um mesmo sistema internormativo.

Doug Hofstadter, no âmbito de seus estudos na área da inteligência artificial, criou o conceito de "hierarquias entrelaçadas"[168], que foi adotado por Niklas Luhman com o intuito de explicar a circularidade existente entre os ordenamentos jurídicos, que por sua vez inviabiliza a ideia de conexão escalonada. Devido a esta concorrência circular, que sugere uma complementaridade entre ordenamentos jurídicos distintos, a pirâmide kelseniana, pensada para a realidade dos ordenamentos jurídicos estaduais, parece ter cedido o seu lugar à teoria da internormatividade no âmbito das integrações regionais. Isto faz sentido na medida em que o sistema internormativo de uma integração regional não é resultado de uma fusão entre ordens jurídicas numa só[169]. Ao contrário, contempla uma pluralidade de ordens jurídicas autónomas que interagem entre si com vista a uma complementaridade. Depositando a tónica nos laços de interdependência, complementaridade e interação reflexiva existente em um contexto de pluralismo jurídico, o nome sistema internormativo parece ser mais apropriado ao estudo que se propõe.

De um modo em geral, a internormatividade pode ser empregada para explicar o relacionamento entre ordenamentos jurídicos em diversos contextos. Ao retomar o que Delmas-Marty denomina de "*de facto internormativity*"[170], verifica-se que as normas de distintos ordenamentos jurídicos tendem a se auto-influenciarem através de uma seleção natural de conceitos, valores, modelos e práticas fundadas na racionalidade de vetores económicos, bem como através de outros domínios relacionados à universalização de ideais éticos, democráticos e de direitos humanos, que acabam por assumir formas de hibridização[171]. Sob esta ótica, a internormatividade propicia "*de facto*"

---

[167] HART Herbert L. A, *O conceito de Direito*, Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

[168] Sobre as "hierarquias entrelaçadas", veja-se: GOMES CANOTILHO J. J., Incomensurabilidade dos discursos...cit., p. 35-54; NEVES Marcelo, *Entre Têmis e Leviatã...*cit.

[169] Cfr. BENSSON Samantha, How international is the European Legal Order? Retracing Tuori's steps in the exploration of European Legal Pluralism, *No Foundation: Journal of Extreme Legal Positivism*, n.º 5, 2008, p. 56.

[170] DELMAS-MARTY Mireille, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Portland, Hart Publishing, 2009, p, 20.

[171] Cfr. OST François, Law as Translation, in ADAMS Maurice e HEIRBAUT Dirk (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2014, p. 78.

uma espécie de "*cross fertilisation*", que cria uma linguagem jurídica através da qual se busca estabelecer uma "partilha de entendimento possível" (na expressão habermasiana).

No âmbito desta tese, no entanto, a noção de internormatividade vai mais além, pois compreende outros "fenómenos-inter" [172] . Além da internormatividade, recorre-se à interconstitucionalidade, à interjurisdicionalidade e à interjusfundamentalidade. Os "fenómenos-inter" buscam encontrar soluções a problemas que já não podem ser individualmente resolvidos dada a dimensão transnacional que comportam. Trata-se de novos aportes metodológicos que se abrem a fundamentos e justificações circulares, ou seja, prescindem de uma lógica piramidal para resolver problemas comuns. Em razão disso, desenvolvem um modelo de relações mútuas e recíprocas para enfrentar o problema do "concurso de tutelas judiciais"[173] incidente nos sistemas internormativos.

Ao prescindir de uma acomodação hierárquica entre ordens jurídicas, a internormatividade e seus corolários exigem em contrapartida que as reivindicações difusas sejam articuladas em rede (ou dialogicamente) em prol da consecução de objetivos em comum. Assim sendo, a internormatividade se ocupa dos processos discursivos que procuram acomodar normas de distintos ordenamentos jurídicos que concorrem entre si num contexto jurídico-constitucional não hierarquicamente estruturado. Estes processos discursivos são realizados principalmente através de uma interjurisdicionalidade, caracterizada pelas dinâmicas jurisdicionais estabelecidas entre os tribunais nacionais e os tribunais de integrações regionais.

Note-se que a internormatividade toca nos riscos de conflito/disputa entre tribunais pela última instância decisória em matéria jurídico-constitucional. Contudo, considerando que o pluralismo jurídico da UE implica não só a consideração da existência de distintas ordens jurídicas, mas também – ou principalmente – dos laços de interdependência existente entre elas, é imprescindível que as dinâmicas jurisdicionais de que se ocupam os tribunais nacionais e os tribunais de integrações regionais sejam orientadas pela "reflexividade permanente em face das ordens jurídicas com que se esteja a interagir"[174]. Diz-se então que a internormatividade projeta-se na interconstitucionalidade, na medida em que esta última oferece uma solução para os conflitos constitucionais de autoridade.

A interconstitucionalidade enforma o pluralismo constitucional, oferecendo uma adequada correlação entre as várias constituições que integram os sistemas internormativos das integrações regionais. O primeiro passo neste sentido consiste em decantar uma cultura jurídica e constitucional

---

[172] MAYOS Gonçal, Interconstitucionalidad e interculturalidad... cit., pp. 146-172.

[173] DUARTE Maria Luisa, *União Europeia e direitos fundamentais*...cit., p. 370.

[174] SILVEIRA Alessandra, Da interconstitucionalidade na União Europeia (ou do esbatimento de fronteiras entre ordens jurídicas), *Scientia Ivridica*, tomo LX, n.º 326, 2011, p. 222.

comum[175] – o resultado verifica-se num *acquis constitutionnel* que remete às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros como fonte de direito constitucional da integração regional. No caso da União Europeia, como diria Francisco de Lucas Pires, o constitucionalismo europeu constrói-se através de uma "harmonização de princípios da ciência jurídica constitucional à escala pan-europeia"[176]. Daí porque o referido autor afirmava que faz mais sentido "colocar a tónica numa espécie de teoria da interconstitucionalidade do que num novo constitucionalismo", pois "a unidade a decantar não é propriamente de uma constituição"[177]. De fato, o constitucionalismo europeu não se resume a uma única Constituição, tanto que as constituições dos Estados-Membros não desaparecem. O constitucionalismo europeu estabelece-se em rede com as constituições nacionais, além de acolher normas constitucionais de ordenamentos jurídicos internacionais – também fazem parte do direito da UE, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH (n.º 3 do artigo 6.º do TFUE).

A teoria da interconstitucionalidade surge como uma forma de explicar a legitimidade, bem como a própria natureza da UE enquanto comunidade jurídico-política[178]. Em última análise, a teoria da interconstitucionalide serve para conceber a identidade do constitucionalismo europeu[179], mas não só. Embora a interconstitucionalidade tenha as suas raízes no processo de integração europeu, através de suas bases teóricas pode fazer-se uma atualização do constitucionalismo em geral. Em razão disso, Alessandra Silveira afirma que em virtude de a teoria da interconstitucionalidade "[f]ornecer um arsenal teórico para lidar com a fenomenologia da pluralidade de ordenamentos, abre as portas à renovação da teoria da constituição, facilitando a tarefa de a redesenhar para um universo político em que o Estado deixou de ser o referente exclusivo dos materiais constitucionais"[180]. Com efeito, o surgimento de ordenamentos jurídico-constitucionais para além da esfera nacional e a difusão do poder para outras instâncias governativas não estaduais impuseram a necessidade de se fazer uma nova reflexão sobre o constitucionalismo de modo a adequá-lo ao "mundo-da-vida pós-vestfaliano"[181]. Se antes a Constituição

---

[175] Neste sentido, veja-se: PIRES Francisco Lucas, *Introdução ao direito*...cit., p. 18.

[176] PIRES Francisco Lucas, *Introdução ao direito*..., cit., p, 17-18.

[177] PIRES Francisco Lucas, *Introdução ao direito*..., cit., p, 17-18.

[178] Cfr. SILVEIRA Alessandra, Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*... cit., p. 26.

[179] Cfr. SILVEIRA Alessandra, Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*..., cit., p. 26.

[180] SILVEIRA Alessandra, Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*..., cit., p. 26.

[181] Cfr. RANGEL Paulo Castro, Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. Uma leitura crítica do pensamento 'transconstitucional' de Marcelo Neves, *Tribunal Constitucional - 35.º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 155.

vinculava-se ao Estado, numa fase atual em que "o território tornou-se menos estanque, a população menos exclusiva e a soberania menos indivisível"[182], interessa saber de que modo o constitucionalismo pode ser (re)dimensionado numa estrutura organizativa como a das integrações regionais.

Note-se que o constitucionalismo na UE surgiu para controlar os centros autónomos de poder que já não podiam ser controlados pelas ordens constitucionais e os processos democráticos dos Estados-Membros[183]. Daí que, segundo Paulo Rangel, em uma "poliarquia", a estratégia a adotar prende-se muito mais em "conciliar as pretensões de diferentes pólos de poder do que impor uma ordem homogénea no espaço"[184]. Não de outro modo que se considera que *Kompetenz-Kompetenz* se ancora em vários planos constitucionais[185], muito embora esta conceção coloque em causa a visão tradicional de constitucionalismo que associa soberania, poder constituinte e Constituição a um Estado[186]. No entanto, a partir do momento em que as esferas de poder diluem-se, continuar a resistir a este fenómeno é contraproducente, mais vale tentar captar como os ordenamentos jurídicos e as constituições articulam-se, interagem e conectam-se. Uma das formas mais paupáveis de perceber esta conexão entre ordenamentos jurídicos e constituições é através das dinâmicas jurisdicionais realizadas entre os tribunais nacionais e os tribunais das integrações regionais, ou seja, através do já mencionado fenómeno da interjurisdicionalidade, que se fundamenta em novas formas de diálogos entre tribunais. Estes diálogos, realizados sobretudo por meio do mecanismo de reenvio prejudicial (no caso da UE e da CAN) e da opinão consultiva (no caso do MERCOSUL), aportam um "novo espaço de ação política e reconstrução de uma cultura constitucional"[187].

Esta fórmula de diálogo, promovida sobretudo pelo mecanismo de reenvio prejudicial, viabilizou um fórum de discussão onde o direito (constitucional) da UE foi sendo moldado por um conjunto de princípios gerais que puderam assegurar a interjuridicidade (Estado de direito), a interjusfundamentalidade (garantia e proteção de direitos fundamentais) e a interjuridicionalidade (acesso ao direito) ao sistema internormativo europeu. Através do reenvio prejudicial foi-se tecendo, mediante uma prática discursiva que lhe é inerente, a interpretação conforme e a aplicação homogénea do direito (constitucional) da UE nos ordenamentos jurídicos nacionais. Além disso, ainda

---

[182] PIRES Francisco Lucas, *Introdução ao Direito*..., cit., p. 8.

[183] Cfr. POAIRES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*...cit., p. 339.

[184] RANGEL Paulo Castro, *O estado do Estado*... cit., p. 34.

[185] Cfr. GOMES CANOTILHO J. J.; MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 244.

[186] Cfr. SILVEIRA Alessandra, Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*..., cit., p. 48.

[187] POIARES MADURO Miguel, Um constitucionalismo para várias constituições: o pensamento constitucional europeu de Francisco Lucas Pires, *A revolução europeia por Francisco Lucas Pires – antologia de textos*, Publicação do Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, 2008, p. 122.

que o reenvio prejudicial não permita um acesso direto dos particulares ao tribunal de uma integração regional, não se pode dizer que estão alheios a este processo de construção do constitucionalismo europeu – afinal, se não fossem os litigantes, não seria possível promover a aplicação do direito da UE nos distintos Estados-Membros e otimizar a tutela jurisdicional efetiva que dele decorre[188].

De todo o exposto, percebe-se que os sistemas internormativos reúnem uma série de práticas estruturadas nos "fenómenos-inter", podendo citar-se a internormatividade, a interconstitucionalidade, a interdemocraticidade, a interculturalidade, a intersubjetividade, a interjusfundamentalidade, a interjurisdicionalidade, de entre outros, que não se limitam a políticas de tolerância, pacificação e negociação, mas antes exigem um processo de reconhecimento mútuo aberto a autênticos diálogos baseados na "partilha do entendimento possível" (em sentido habermasiano).

Nos itens que seguem, será feita uma abordagem sobre os ordenamentos jurídicos das integrações regionais, nomeadamente no que concerne à sua composição e principais características que os definem. Serão também analisadas as particularidades que unem e distinguem cada um dos ordenamentos jurídicos das integrações regionais em apreço neste trabalho, nomeadamente a União Europeia, a Comunidade Andina de Nações e o Mercado Comum do Sul. A ideia consiste em perceber como os ordenamentos jurídicos das referidas integrações regionais se relacionam com os ordenamentos jurídicos nacionais no âmbito de seus respetivos sistemas internormativos. Na sequência, será empreendido um estudo sobre as fontes de cada um dos ordenamentos jurídicos das integrações regionais supramencionadas. Um enfoque maior será dado às normas e aos princípios que compõem os ordenamentos jurídicos das distintas integrações regionais objeto desta tese.

2.1.O ordenamento jurídico de uma integração regional

Considerando que os sistemas internormativos das integrações regionais consistem na soma de um conjunto de práticas jurídicas e ordens jurídicas em interação, interessa então saber o que se entende por cada uma delas, a começar pelas últimas. Em termos gerais, uma ordem jurídica (ou um ordenamento jurídico) pode ser definida, de acordo com Jean Salmon, como um "[...] conjunto de regras de direito que constitui um sistema que rege uma sociedade ou um grupo determinado"[189].

---

[188] Neste sentido, veja-se: WEILER Joseph H. H., *The Constitution of Europe – Do the New Clothes Have an Emperor? And Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 19-20; SARMIENTO Daniel, La Sentencia UPA (C-50/00), los particulars y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 3, 2002, p. 531-577;

[189] SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelas,Bruylant, 2001, *apud* ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – desafios para...*, cit., p. 45.

Segundo Gomes Canotilho, no entanto, um ordenamento jurídico constituído apenas de regras seria "[...] um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas"[190]. Em razão disso, sugere que, para além de regras, todo ordenamento jurídico necessita igualmente de princípios ou valores[191]. Tendo em conta que, para Robert Alexy, "[...] tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que dever ser"[192], pode afirmar-se que um ordenamento jurídico é composto por normas que têm a capacidade de constituir ou definir uma comunidade política[193], ou seja, regras e princípios (ou valores) que regem as relações recíprocas em uma sociedade ou um grupo determinado.

Guy Isaac acrescenta que, para além de um conjunto organizado e estruturado de normas, um ordenamento jurídico possui suas próprias fontes e é dotado de órgãos e procedimentos aptos para emiti-las, interpretá-las, assim como para constatar e sancionar seus incumprimentos e violações[194]. No que tange às fontes, segundo Maria Helena Diniz, referem-se aos "[...] fatores reais que condicionam o aparecimento da norma jurídica"[195]. A catalogação de tais fatores reais, no entanto, levanta muitas divergências entre os operadores jurídicos. Contudo, pode dizer-se que há um relativo consenso na doutrina quanto à distinção de tais fatores, ou seja, as fontes podem ser distinguidas como formais ou materiais. As fontes formais são os fatos que dão a uma regra o caráter de direito positivo e obrigatório[196]. As fontes materiais são representadas pelos elementos éticos, filosóficos, sociológicos e económicos que concorrem para a formação do conteúdo ou da matéria da norma jurídica[197]. Ao direito interessa sobretudo o estudo das fontes formais, pois os processos de produção das normas pressupõem uma estrutura de poder/competência para que fique assegurado o seu cumprimento. Partindo desta lógica, as fontes materiais estariam desprovidas de poder/competência necessário às fontes de direito[198].

---

[190] GOMES CANOTILHO J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 1144-1145.

[191] Cfr. GOMES CANOTILHO J. J., *Direito constitucional e teoria*..., cit., p.1163.

[192] ALEXY Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 5.ª ed., Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 87.

[193] SWEET Alec Stone, What is a Supranational Constitution?: An Essay in International Relations Theory, *Faculty Scholarship Series*, Paper 91, 1994, p. 444.

[194] ISAAC Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, 5ª ed., Madrid, Ed. Ariel, 2000, p. 155.

[195] DINIZ Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 20.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 283.

[196] Cfr. ZAGREBELSKY Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale - Il Sistema delle Fonti del Diritto*, vol.1, UTET, Torino, 1987, p. 268- 269.

[197] Cfr. ZAGREBELSKY Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale*..., cit., p. 268- 269.

[198] Cfr. REALE Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 27.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 139-140.

As fontes formais são tradicionalmente reconhecidas no âmbito do direito estadual como sendo a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina[199]. Em relação ao direito internacional, muito embora não exista um mecanismo único de produção centralizada de suas normas[200], o artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça reúne em um catálogo as seguintes fontes: a) as convenções internacionais; b) o costume internacional; c) os princípios gerais de direito; d) as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas[201]. Trata-se de um rol não taxativo, uma vez que são várias as fontes de direito internacional reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência, podendo ser citados, de entre outros, os atos jurídicos unilaterais dos Estados e de organizações internacionais, ou os mecanismos bilaterais (ou multilaterais) de produção do direito derivado[202].

---

[199] Cfr. FRANCO MONTORO André, O problema das fontes do direito. Fontes formais e materiais. Perspetiva filosófica, sociológica e jurídica, *Revista de Informação Legislativa*, 1971, p. 8-9. Segundo Tércio Sampaio, "a lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Neste sentido, a lei é fonte de direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá condição de norma jurídica" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4.ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 233). Ainda segundo este mesmo jurista, o costume, por sua vez, "possui em sua estrutura um elemento substancial (o uso reiterado no tempo) e um elemento relacional (o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimentos, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito*..., cit., p. 242). No que diz respeito à jurisprudência, segundo Franco Montoro, "trata-se da atividade dos juízes", ou seja, a atividade jurisdicional é um processo através do qual a norma "sofre um processo de aperfeiçoamento, que a torna mais clara, pois o juiz que a aplica deve tomar conhecimento e compreender o seu sentido com um grau de consciência muito mais profundo [...]. Graças ao trabalho do juiz, o processo de gestação histórica do direito se acelera; o sistema em vigor firma-se e se aperfeiçoa com novos elementos, até mesmo quando ele ainda não possui regras legais formalizadas" (FRANCO MONTORO André, O problema das fontes do direito..., cit., p. 11). Por fim, relativamente à doutrina, Paulo Nader afirma que a "doutrina submete o direito a uma análise crítica, concebendo novos conceitos e institutos" (NADER Paulo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 23.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 178).

[200] Cfr. KELSEN Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6.ª ed., Tradução de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 226.

[201] As convenções internacionais (ou tratados) são acordos formais realizados entre pessoas jurídicas de direito internacional público, que passaram a substituir paulatinamente o costume como fonte mais empregada até a Paz de Vestfália (Cfr. REZEK José Francisco, *Direito Internacional público: curso elementar*, 15.ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 23-24). O costume, portanto, consistiu na principal fonte de direito internacional durante muitos séculos. Ainda hoje, no entanto, continua a desempenhar um papel relevante no direito internacional, regulando nomeadamente temas como a imunidade de jurisdição dos Estados e a reciprocidade. De acordo com a alínea "b" do parágrafo 1.º do artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, o costume internacional é "uma prática geral aceita como sendo o direito". Os princípios gerais de direito, por sua vez, são normas que incorporam os valores que fundamentam a maioria dos sistemas jurídicos mundiais, orientando a elaboração, interpretação e a aplicação de seus preceitos a todos os sujeitos de direito internacional. Os artigos 1 e 2 da Carta das Nações Unidas apresentam um rol de princípios gerais de direito internacional, de entre os quais cite-se a igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos. Já as decisões judiciais, tal como nos ordenamentos jurídicos nacionais, constituem parte do acervo jurisprudencial internacional. São proferidas por órgãos internacionais jurisdicionais de solução de controvérsias relativas a matéria de direito internacional, nomeadamente tribunais internacionais, embora também possam ser emitidas em foros arbitrais e por comissões e comités encarregues de monitorar a execução de determinados tratados (e.g. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que é um órgão não jurisdicional vinculado à Organização dos Estados Americanos, cujas decisões, no entanto, são consideradas normas jurídicas). A doutrina, por fim, como já foi dito, é resultado de um conjunto de estudos, ensinamentos, teses e pareceres de estudiosos, constante de obras académicas e de trabalhos de instituições especializadas. Sua principal função é contribuir para a interpretação e a aplicação da norma internacional, bem como para a formulação de novos princípios e regras jurídicas, indicando as demandas da sociedade internacional, os valores que esta pretende ver resguardados, a *opinio juris* dos sujeitos de direito internacional etc.

[202] Cfr. FERNANDES Mário João, Uma nova ordem jurídica internacional? Novas do Sistema de Fontes. Contributos do Direito Internacional do Ambiente, *Nação e Defesa*, n.º 97, 2001, p. 188.

O direito das integrações regionais também possui suas próprias fontes, devendo ser destacados os seus tratados constitutivos, que embora sejam instrumentos de Direito Internacional Público, tendem a funcionar como se a Constituição de um Estado se tratasse[203]. Para além disso, devido ao fato de as integrações regionais possuírem órgãos aptos[204] para emitir e interpretar as normas que elaboram, o seu direito é composto não só pelos tratados, mas também por normas de direito derivado, princípios gerais de direito, jurisprudência e doutrina[205]. Mais adiante será feita uma breve abordagem das fontes de cada uma das integrações regionais objeto deste estudo, limitando-se, no entanto, àquelas relacionadas às normas jurídicas emadas das instituições e órgãos de uma integração regional, aos princípios gerais de direito de uma integração regional e às decisões judiciais proferidas pelo tribunal de uma integração regional (que constitui a sua jurisprudência).

Por fim, resta saber, consoante a já citada definição de ordenamento jurídico dada por Guy Isaac, se os ordenamentos jurídicos de integrações regionais possuem ou até mesmo precisam de meios para constatar e sancionar os incumprimentos e violações de suas normas. Issac retoma a conceção kelseniana segundo a qual um ordenamento jurídico pressupõe uma ordem de sanção, isto é, uma ciência do direito falharia na sua função primordial se enunciasse a norma fundamental

---

[203] Em sentido semelhante, veja-se: GOMES Eduardo Biacchi, Supranacionalidade e os blocos económicos, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 38, n.º 0, 2003, p. 165.

[204] A UE é composta pelas seguintes instituições previstas no artigo 13.º TUE: o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão, o Tribunal de Justiça, o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas. O Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão são assistidos por um Comité Económico e Social e pelo Comité das Regiões, com funções consultivas. A Comissão é a instituição que detém o monopólio da iniciativa legislativa. O processo de legislativo ordinário é o principal método utilizado para adotar atos legislativos na UE (artigos 289.º e 294.º TFUE). No que se refere ao controlo da aplicação de suas normas, o Tribunal de Justiça da União Europeia atua no âmbito das ações de incumprimento (artigo 258.º TFUE) e das decisões prejudiciais (artigo 267.º TFUE). Na CAN, existem vários órgãos responsáveis pela elaboração de suas normas, nomeadamente o Conselho Presidencial Andino, o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, a Comissão da Comunidade Andina, o Parlamento Andino, a Secretaria-Geral, a Corporação Andina de Fomento; o Organismo Andino de Saúde Convénio Hipólito UNANUE; o Conselho Consultivo Empresarial Andino; o Conselho Consultivo Laboral Andino; o Conselho Consultivo de Povos Indígenas; o Conselho Consultivo de Autoridades Municipais. É o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina de Nações que fiscaliza a aplicação correta e homogénea do direito andino (Sobre estes órgãos, veja-se: http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2016414171129FolletoSAI.pdf). No que tange ao MERCOSUL, o Protocolo de Ouro Preto definiu a sua estrutura institucional com os seguintes órgãos: o Conselho Mercado Comum (artigos 3 a 7 POP); o Grupo Mercado Comum (artigo 14.º, I a XIV POP); a Comissão de Comércio do MERCOSUL (artigo 19.º, I a XI POP); o Parlamento do MERCOSUL (CMC/Dec. 23/05 – Protocolo constitutivo do Parlamento do Mercosul), o Foro Consultivo Económico-Social e a Secretaria Administrativa (artigos 31 a 33 POP). O Tribunal Permanente de Revisão foi estabelecido pelo Protocolo de Olivos.

[205] De acordo com António José Fernandes, "[o] ordenamento jurídico das integrações regionais constitui um ramo novo do Direito Internacional geral, apresentando maior grau de coerência e possuindo mecanismos de controlo da legalidade e da validade dos atos bem mais evoluídos e eficazes do que os existentes na ordem jurídica internacional geral e convencional clássica". FERNANDES António José, *Direito Institucional Europeu – das Organizações Europeias*, Braga, Liv. Bertrand-Cruz, 1995, p. 380. Segundo Neil Walker, a doutrina representa um grande contributo para o desenvolvimento do direito da UE, na medida em que permite a compreensão e a formulação de conceitos teóricos que estimulam a análise crítica da integração jurídica europeia. Neste sentido, veja-se: WALKER Neil, Legal Theory and The European Union: A 25th Anniversary Essay, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n.º 4, 2005, p. 581-601.

(*Grundnorm*)[206] sem introduzir aí a noção de ato de sanção[207]. Em sentido jurídico, a sanção pode ser compreendida como a consequência jurídica decorrente do não cumprimento de uma obrigação ou de um dever estabelecido pelo direito[208].

Embora Norberto Bobbio também conceba uma norma jurídica como "[...] aquela cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada"[209], ao mesmo tempo aponta a possibilidade de existirem normas jurídicas desprovidas de sanção. Neste sentido, assevera que "[...] o argumento mais comum e também mais fácil contra a teoria que vê na sanção um dos elementos constitutivos de um ordenamento jurídico é o que se funda na presença, em todo ordenamento jurídico, de normas não garantidas por sanção. Não há dúvida de que existem, em todo ordenamento jurídico, normas que ninguém saberia indicar qual é a consequência desagradável imputada em caso de violação"[210]. Este é o caso, por exemplo, das normas constitucionais, que, segundo Bobbio, por serem estabelecidas por autoridade tão alta na hierarquia das normas, a aplicação de uma sanção se tornaria impossível, ou pelo menos pouco eficiente[211]. Em razão de as normas constitucionais serem consideradas as mais importantes do ordenamento jurídico "[...] uma força coercitiva não é absolutamente mais possível, pela contradição que não o consente, ou seja, porque se esta força existisse aquele poder não seria mais supremo"[212]. Mais adiante, Bobbio acrescenta que "[...] a presença de normas não sancionadas num ordenamento jurídico é um fato incontestável. A solução para esta dificuldade, por parte de quem considera a sanção como elemento constitutivo do direito, não é certamente a de negar o fato. O fato é o que é. Trata-se, quando muito, de ver o direito como conjunto de regras com sanção organizada"[213]. Ou seja, diz-se que, embora algumas normas não possuam sanção específica, o ordenamento tomado em seu conjunto é sancionado e, portanto, garantido.

Na esteira de Bobbio, outros autores sustentam que a sanção só constituiria um "dado não negligenciável" que permitiria motivar o Estado a respeitar o direito sem ser o único meio utilizável para este fim[214]. Por outras palavras, a sanção seria apenas um dos elementos que permitem assegurar a

---

[206] Segundo Kelsen, a norma fundamental constitui a fonte comum de validade de uma pluralidade de normas que pertencem a uma mesma unidade, sistema ou ordem. Neste sentido, veja-se: KELSEN Hans, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 21-22.

[207] KELSEN Hans, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 16 e ss.

[208] FRANCO MONTORO André, *Introdução à Ciência do Direito*, 26.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 538-539.

[209] BOBBIO Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, 5.ª ed., Tradução de Maria Celeste C. J. Santos, Brasília, Universidade de Brasília, 1994, p. 27.

[210] BOBBIO Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, 3.ª ed., Tradução de Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti, São Paulo, Edipro, 2005, p. 166.

[211] BOBBIO Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, cit., p. 167-168.

[212] BOBBIO Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, cit., p. 168.

[213] BOBBIO Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, cit., p. 166.

[214] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 46.

efetividade de uma norma, ou, ainda, um instrumento, de entre outros, utilizado para garantir o respeito dos valores comuns em uma determinada sociedade. Logo, a existência de sanção ou de um poder sancionatório capaz de assegurar o respeito das normas não é uma componente sem a qual um ordenamento jurídico deixa de existir[215]. É aqui partilhado este ponto de vista, que não condiciona o ordenamento jurídico à existência de um poder ou normas sancionatórias, pois, tal como afirma Norberto Bobbio, a sanção está relacionada com a eficácia da norma, não com a sua validade[216].

Assim como as normas constitucionais, os ordenamentos jurídicos internacionais também não comportam normas sancionatórias[217]. Existe ali um sistema de sanção-repressão, mas este não funciona tal como nos ordenamentos jurídicos estatais, onde existe uma entidade central e superior com a prerrogativa de impor o cumprimento da ordem jurídica e de aplicar uma sanção por sua violação. No direito internacional os Estados são juridicamente iguais (princípio da igualdade jurídica dos Estados) e, portanto, "é compreensível que não se subordinem senão ao direito que livremente reconheceram ou construíram"[218]. As normas são observadas pelos Estados em suas relações recíprocas em virtude de um consentimento (*pacta sunt servanda*) e não por temerem uma sanção[219]. Neste sentido, o artigo 26.º da Convenção de Viena de 1969 estabelece que "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé".

Em razão disso, consoante as lições de Rezek, "[n]ão deve o estudioso iludir-se à vista do uso contemporâneo de expressões como 'crimes de Estado', supondo que na sociedade internacional descentralizada em que vivemos possa existir um contencioso punitivo, onde Estados figurariam como réus. Os fatos que, na prática corrente, nos trazem ao espírito a ideia de aplicação ao Estado de um 'castigo' semelhante àqueles que, em direito interno, as normas penais impõem a indivíduos, quase sempre representam mera via de fato levada a cabo por outra soberania militarmente habilitada a tal exercício"[220].

Isto não significa, contudo, que não existam meios de solucionar pacificamente conflitos que surgem na seara do direito internacional. Hoje, no plano das vias jurisdicionais, a arbitragem figura ao lado dos tribunais permanentes (*e.g.* Tribunal Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional) vias possíveis de solução pacífica de pendências entre Estados. Além disso, fora do âmbito

---

[215] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 46

[216] BOBBIO Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, cit., p. 167.

[217] De acordo com Herbert Hart, que segue uma linha semelhante àquela traçada por Hans Kelsn, se as normas de direito internacional não são consideradas vinculativas, seria indefensável levar a sério sua classificação como direito (HART Herbert L. A, *O conceito de Direito*, cit., p. 280).

[218] Cfr. REZEK José Francisco, *Direito Internacional Público...*, cit., p. 27.

[219] Cfr. ACCIOLY Hildebrando; SILVA Geraldo Eulálio do Nascimento do, *Manual de Direito Internacional Público*, 14 ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 4.

[220] REZEK José Francisco, *Direito Internacional Público...*, cit., p. 332.

jurisdicional, as organizações internacionais, destacadamente àquelas de vocação política, são dotadas de órgãos e mecanismos de solução de conflitos internacionais[221]. Portanto, pese o ordenamento jurídico internacional não reúna normas sancionatórias em seu acervo, nada o impede, no entanto, de prever e instituir órgãos e procedimentos com a finalidade de constatar e repreender de alguma forma a violação de suas normas em geral.

Os ordenamentos jurídicos de integrações regionais de caráter supranacional, por sua vez, excederam as regras do direito internacional clássico para garantir a execução das obrigações dos Estados. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem como função primordial assegurar o cumprimento das normas de direito da UE, possuindo suas decisões natureza vinculativa. No âmbito da competência contenciosa da União Europeia, por exemplo, estão previstas sanções pecuniárias no âmbito das ações por incumprimento (artigos 258.º a 260.º TFUE). Para além disso, apesar de não haver qualquer previsão expressa, o TJUE desenvolveu o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito da União Europeia no exercício da sua função administrativa[222] e judicial[223], através do qual se pode pleitear uma indemnização pelos danos causados em razão de seu atos ou omissões[224]. Do mesmo modo, a Comunidade Andina de Nações prevê em seu Tratado de Criação do Tribunal de Justiça, a ação por incumprimento (artigos 23.º ao 31.º), a partir da qual os particulares podem inclusivamente requerer uma indemnização pelos danos eventualmente causados pela não (ou má) aplicação do direito andino pelos Estados-Membros (artigos 24.º, 25.º e 31.º). Diferentemente acontece com o MERCOSUL, já que em virtude de sua conformação intergovernamental, o incumprimento de suas normas enseja apenas a imposição de medidas compensatórias, como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes (artigo 31.º Protocolo de Olivos), sendo esta também a regra habitual no âmbito do direito internacional público. Estas questões serão abordadas de forma mais pormenorizada nas linhas que seguem.

2.2. O ordenamento jurídico da União Europeia

Os ordenamentos jurídicos que fazem parte do sistema internormativo da UE possuem, cada um deles, autonomia própria. Isto é valido inclusivamente para o próprio ordenamento jurídico

[221] REZEK José Francisco, *Direito Internacional Público*..., cit., p. 385.

[222] Veja-se o acórdão *Francovich*, processos apensos C-6/90 e C-9/90 do TJUE, 19 de novembro de 1991; acórdão *Factortame*, processo C-48/93 do TJUE, 5 de março de 1996; acórdão *Brasserie du Pêcheur*, processos apensos C-46/93 e C-48/93 do TJUE, de 5 de março de 1996.

[223] Veja-se o acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, 30 de setembro de 2003.

[224] Veja-se o acórdão *Ferreira da Silva e Brito*, processo C-160/14 do TJUE, 9 de setembro de 2015.

supranacional europeu. Com efeito, sua caracterização como ordenamento jurídico autónomo decorreu das primeiras decisões do TJUE[225], nomeadamente dos acórdãos *Van Gend & Loos*[226] e *Costa c. ENEL*[227]. Desde então o ordenamento jurídico da UE passou a ser considerado autónomo[228] não só internamente (*vis-à-vis* aos próprios Estados-Membros), mas também externamente (no que concerne a Estados terceiros e organizações internacionais). Isto propiciou o entendimento no sentido de que a UE seria uma "Comunidade de direito", servindo até mesmo para reforçar sua investidura como uma ordem jurídica própria. No acórdão *Os Verdes*[229], por exemplo, o TJUE estabeleceu que a então Comunidade Económica Europeia era uma Comunidade de direito, na medida em que nem seus Estados-Membros nem suas instituições estavam isentos da fiscalização da conformidade de seus atos jurídicos com os Tratados[230]. Isto significa que esta Comunidade de direito viria a funcionar como um limite à atuação das instituições e dos Estados-Membros e como garantia dos direitos dos particulares afetados pelas normas europeias. Nesta senda, tal como o exercício do poder público do Estado está submetido ao *rule of law*, ou seja, assim como a base jurídica de um Estado encontra-se na Constituição, a base jurídica da Comunidade de direito (leia-se União Europeia) encontra-se em seus Tratados constitutivos[231].

Como se pode perceber, ao equiparar a UE a uma Comunidade de direito, o acórdão *Os Verdes*[232] promoveu simultaneamente uma interpretação no sentido de que os Tratados constitutivos funcionam como a "Constituição da UE"[233]. Não se pretendia, no entanto, instaurar ali um processo constituinte. Até mesmo porque o projeto de Tratado Constitucional foi chumbado mais tarde pelos referendos francês e holandês[234]. Logo, como afirmava Lucas Pires, "[e]sta Constituição [seria] de outro

---

[225] Outras referências mais recentes podem ser encontradas no Parecer 1/91 do TJUE, *Acordo Espaço Económico Europeu,* de 14 de dezembro de 1991; Parecer 1/00 do TJUE, *Espaço de Aviação Comum Europeu*, de 18 de abril de 2002; Acórdão *Comissão c. Irlanda*, processo C-459/03 do TJUE, de 30 de maio de 2006; *Acórdão Kadi*, processos apensos C-402/05 e C-415/05 P do TJUE, de 3 de setembro de 2008.

[226] Acórdão *Van Gend & Loos*, processo C-26/62 do TJUE, de 5 de fevereiro de 1963.

[227] Acórdão *Costa contra E.N.E.L.*, processo 6/64 do TJUE, de 15 de Julho 1964.

[228] De acordo com Ingolf Pernice, "*the approach to supranational law is somewhat different, although it is admitted that the founding treaties of the European Community, though concluded as international law treaties, are founding an autonomous legal system* (PERNICE Ingolf, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration – German Constitution and Multilevel Constitutionalism, in *German Reports on*...., cit., p. 60). Ainda sobre a autonomia da ordem juridical europeia, veja-se: Cfr. DE WITTE Bruno, Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order, in CRAIG Paul e DE BÚRCA Grainne (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 177-183.

[229] Acórdão *Les Verts*, processo 294/83 do TJUE, de 23 de abril de 1986.

[230] Acórdão *Les Verts*, processo 294/83 do TJUE, de 23 de abril de 1986, considerando 23.

[231] Cfr. SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 28-29.

[232] Veja-se: Acórdão *Les Verts*, processo 294/83 do TJUE, de 23 de abril de 1986, considerando 23.

[233] Daí decorre o que ficou conhecido como o processo de constitucionalização dos tratados ou do direito da UE. Sobre o tema, veja-se: CHRISTIANSEN Thomas e REH Christine (eds.), *Constitutionalizing the European Union*, Gordonsville, Palgrave Macmillan, 2009.

[234] Sobre o falhanço dos referidos referendos, veja-se: DUARTE Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa,* Coimbra, Almedina, 2012, p. 11.

tipo"[235]. Trata-se de "[...] uma Constituição não apenas aberta, mas da sociedade aberta e do pluralismo"[236]. Desta forma, a "Constituição da UE" não ensombra as Constituições dos Estados-Membros[237]. Na medida em que a integração europeia provocou uma fragmentação dos processos políticos e sociais com a formação de espaços de tomada de decisões para além das fronteiras constitucionais dos Estados, verificou-se a passagem de uma "aplicação suprema a uma aplicação relacional de constituições"[238]. Não de outro modo que J. J. Gomes Canotilho afirma que as Constituições dos Estados-Membros "desceram do castelo para a rede" – é que embora os distintos ordenamentos constitucionais do sistema internormativo da UE sejam normativamente autónomos, encontram-se institucionalmente vinculados pela adesão de seus respetivos atores[239], ou seja, a UE é parte integrante de uma "rede constitucional"[240]. A utilização da metáfora das redes ajuda a ilustrar, portanto, a necessidade de as constituições abrirem-se a uma perspetiva inclusiva e dialogante, no sentido de se tornarem mais recetivas a outros espaços, a outras pessoas, a outras normas, bem como também a conflitos e consensos[241].

Note-se que o conceito de rede tem atraído a atenção de vários estudiosos ansiosos por encontrar novas ferramentas para descrever a transformação do direito (constitucional) em virtude dos processos de integração. De acordo com alguns juristas, o modelo de rede pode ser adotado para descrever e interpretar a evolução dos sistemas jurídicos. Neste sentido, François Ost e Michel van de Kerchove afirmam que a transformação do modelo jurídico atual pode ser percebida através da passagem da pirâmide jurídica de Kelsen – estruturada em sentido vertical e hierarquizada – para uma estrutura de natureza pluralista, horizontal e interativa[242]. O modelo de rede alinha-se com o conceito de

---

[235] LUCAS PIRES Francisco, *A revolução europeia por Francisco Lucas Pires: antologia de textos*, in SANDE Paulo de Almeida (dir.), TEIXEIRA Filipa Gomes (coord.), 2.ª ed., Lisboa, Sofia Empis, 2008, p. 156.

[236] LUCAS PIRES Francisco, *A revolução europeia*..., cit., p. 156.

[237] Cfr. LUCAS PIRES Francisco, *A revolução europeia*..., cit., p. 156.

[238] Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ Miguel, La función de la Constitución en el contexto contemporáneo, *Revista de Derecho Constitucional Europeu*, n.º 12, 2009, p. 171-189.

[239] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in AVBELJ Matej e KOMAREK Jan (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, p. 69-74. Nesta mesma esteira, Ingolf Pernice afirma que "*Constitutional law in Germany – and this equally applies to the other Member States – cannot, consequently, be read from the text of the Grundgesetz alone anymore, it must be construed in its context, formed by the constitution and legislation of the EU. Both legal orders, although autonomous regarding their origin, legitimacy and law-making procedures, are interlaced, interrelated and complementary, sometimes even intertwined, both, institutionally and in substance. They are, each, elements of a single constitutional system, obtaining their respective legitimacy from the same (European) citizens and giving the authority for legislation and public action applicable to the same people*" (PERNICE Ingolf, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration – German Constitution and Multilevel Constitutionalism, in *German Reports on*...., cit., p. 42-43.

[240] Cfr. GOMES CANOTILHO J. J., *Direito constitucional e teoria*..., cit., p. 1369 ss e 1426 ss.

[241] Cfr. GOMES CANOTILHO J. J., *Brancosos e Interconstitucionalidade*...cit., p. 197-269.

[242] Cfr. MAGRASSI Matia, Reti Guidiziarie ed Equilibrio Istituzionale nel Processo de Integrazione Europea, in TONIATTI Roberto e MAGRASSI Mattia (eds.), *Magistratura, Giurisdizione ed Equilibrio Istituzionale – Dinamiche e Confronti Europei e Comparati*, Milano, CEDAM, 2011, p. 393 e 404.

pluralismo na medida em que muda a conceção tradicional de fonte jurídica organizada hierarquicamente. Além do mais, o conceito de rede tem servido não só para o estudo das relações entre fontes de direito, mas também entre instâncias administrativas e jurisdicionais nacionais, supranacionais e internacionais [243]. Este é o caso, por exemplo, do relacionamento em "rede" estabelecido entre as ordens jurídicas e as instâncias administrativas e jurisdicionais nacionais e europeia que propiciou, ao longo dos anos, o desenvolvimento do "direito de integração" (no sentido da expressão utilizada por Pescatore, "*the law of integration*") [244] em direção ao clássico objetivo de uma "união cada vez mais estreita", também em termos legais[245].

Neste sentido, em virtude de as Constituições dos Estados-Membros estarem estabelecidas em rede com a "Constituição da UE", já não podem ser concebidas como fonte máxima no âmbito do sistema internormativo europeu. O conceito de constituição como fonte máxima foi substituído no processo de integração europeu por uma relação de interdependência, complementaridade e horizontalidade entre ordenamentos jurídicos, dando lugar a um plano normativo aberto ao pluralismo [246]. Em razão disso, Peter Häberle assevera que a Europa vive hoje um conjunto de Constituições materiais parciais. Na medida em que as Constituições nacionais oferecem apenas uma regulamentação parcial da realidade, já não são capazes de construir um ordenamento completo e auto-suficiente, pois dependem de uma relação recíproca de complementaridade com o direito (constitucional) da UE[247]. Por outras palavras, segundo Francisco Balaguer Callejón, dado o nível de desenvolvimento da integração europeia, não só o ordenamento jurídico da UE não é inteiramente original, mas os ordenamentos estaduais também o deixaram de ser, visto que "[...] os compromissos assumidos os colocam em uma situação de progressiva dependência jurídico-política da ordem comunitária" [248]. Nesta esteira, as constituições europeias atravessam um verdadeiro processo de mutação fruto da abertura dos ordenamentos estaduais a outros ordenamentos jurídicos (e vice-versa),

[243] Cfr. OLIVEIRA Francielle Vieira, Integração Jurídica e diálogo entre tribunais: o papel do reenvio prejudicial e da opinião consultiva respetivamente nos sistemas jurídicos da União Europeia e do MERCOSUL, *Revista Jurídica UNICURITIBA*, vol. 4, n.º 45, 2016, p. 715.

[244] PESCATORE Pierre, *The Law of Integration*, Leiden Sijthoff, 1974.

[245] Neste sentido, veja-se: BAQUERO CRUZ Julio, The Legacy of the Maastricht Urteil Decision and the Pluralist Movement, *EUI Working Paper*, n.º 2007/13, 2007, p. 1-26.

[246] Neste sentido, veja-se: PIZZORUSSO Alessandro, La produción normativa en tiempos de globalización, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 11, p. 242-243, 2009.

[247] HÄBERLE Peter, Métodos y princípios de la integración constitucional. Un catálogo de problemas, in MAC-GREGOR Eduardo Ferrer (coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo I, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 674.

[248] BALAGUER CALLEJÓN Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 248.

de modo que seus temas e instituições passam a estar necessariamente conectados numa relação de mútua cooperação[249].

No rastro destas transformações ocorridas no sistema jurídico-constitucional europeu, surge a teoria da interconstitucionalidade[250] com o intento de enquadrar esta relação de mútua cooperação e compreender o fenómeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes que convivem no mesmo espaço político. Por outras palavras, a teoria da interconstitucionalidade busca dar respostas ao intricado problema de articulação de poderes constituintes e legitimidades diversas. Nesta mesma esteira, a doutrina do "constitucionalismo plural" [251], bem como a do "*multilevel constitutionalism*[252] e a do *costituzionalismo interlivello*[253] / *intercostituzionale*[254], não obstante as particularidades de suas respetivas abordagens, todas reivindicam o mérito de terem contribuído para uma nova forma de compreensão do constitucionalismo, em especial do constitucionalismo da UE[255].

Importa desde já sublinhar que o constitucionalismo não se resume à noção de uma Constituição formal que serve simplesmente aos interesses de limitação e organização dos poderes estatais. O constitucionalismo está mais associado à compreensão da Constituição em seu sentido material, ou seja, aos valores que fundamentam suas comunidades políticas, tais como a igualdade, a liberdade, a democracia, o Estado de direito, a separação de poderes, a *accountability*, a boa

---

[249] Cfr. HÄBERLE Peter, Palabras clave para el constitucionalismo de hoy – una perspectiva alemana, *THÊMIS – Revista de Derecho*, n.° 67, 2015, p. 16.

[250] Sobre a teoria da interconstitucionalidade, veja-se: LUCAS PIRES, Francisco, 1997, *Introdução ao Direito*..., cit., p.17 e ss.; GOMES CANOTILHO J. J., *Brancosos e Interconstitucionalidade*..., cit., p. 261 ss.; GOMES CANOTILHO J. J., *Direito constitucional e teoria*..., cit., p. 1369 ss. e 1426 ss.; SILVEIRA Alessandra, Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*..., cit., p. 20-84.

[251] O constitucionalismo plural foi promovido inicialmente por MacCormick e Walker na tentativa de explicar a relação existente entre as jurisdições nacionais e o TJUE. A premissa básica desta teoria não tem como foco a questão de saber quem é a autoridade máxima, vez que todas as jurisdições (nacionais e europeia) coexistem e cooperam entre si na solução dos casos concretos. Neste sentido veja-se: MACCORMICK Neil, The Maastricht Urteil...cit., p. 259-266; MacCORMIC Neil, Beyond the sovereign State... cit., p. 1-18; MacCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty*..., cit.; WALKER Neil, The Idea of Constitutional Pluralism... cit., p. 317-359; WEILER Joseph H. H.; TRACHTMAN Joel P., *European Constitutionalism and its discontents...* cit., p. 354-397; WEILER Joseph H. H., Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts, in DE BÚRCA Gráinne e WEILER Joseph H. H., *The Worlds of European...* cit., p. 8-17.

[252] PERNICE Ingolf, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration – German Constitution and Multilevel Constitutionalism, in *German Reports on*...., cit., p.40-65; PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism...cit., p. 703-750; PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism in the European Union, *Walter Hallstein-Institut- WHI Paper*, n.° 5, 2002, p. 511 ss; PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n.° 3, 2015, p. 541-562.

[253] D'ANDREA Luigi, Diritto Costituzionale e processi interculturali, in RUGGERI C. Russo (coord.), *Studi in onore di Antonino Metro*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2010, p. 121 e 132; D'ANDREA Luigi, *Brevi riflessioni su governance* ... cit..

[254] RUGGERI Antonio, Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo intercostituzionale, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.° 2, 2001, p. 544-574; RUGGERI Antonio, Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento intercostituzionale, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, n.° 9, 2009, p. 1-30; RUGGERI Antonio, Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento intercostituzionale, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.° 4, 2013, p. 1-18.

[255] Cfr. JAKLIC Klemen, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 161.

governação, os direitos fundamentais, de entre outros[256]. É por isso que, ao longo do processo de constitucionalização da UE, até mesmo a noção de comunidade política foi reavaliada, pois, como faz notar Miguel Poiares Maduro, "[o]s ideais constitucionais não dependem nem são legitimados pelas fronteiras das comunidades políticas nacionais"[257].

Segundo Miguel Poiares Maduro uma comunidade política é formada através de um acordo político face a um conjunto de valores e uma determinada forma de organização política[258]. O fundamento da identidade europeia residiria, portanto, num acordo sobre valores comuns que expressam uma cultura política baseada em direitos iguais e na liberdade de ser diferente[259]. Daí decorre a ideia de patriotismo constitucional, desenvolvida por Jürgen Habermas. Segundo este filósofo, uma "nação de cidadãos" não deve ser confundida com uma comunidade que partilha uma mesma descendência, língua e história[260], uma vez que esta confusão impede seja captado o caráter voluntarista de uma "nação civil"[261].

Esta comunidade política formada por uma "nação civil" viria a ser reconhecida, mais tarde, através do estatuto de cidadania europeia – "[é] cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro" (artigo 20.º, n.º 1 TFUE). Assim sendo, a cidadania europeia representa um conjuto de identidades nacionais. De acordo com Joseph Weiler, a cidadania nacional tem uma identificação orgânico-cultural e a cidadania europeia resulta de uma partilha transnacional de valores comuns[262], os quais não apenas incluem um compromisso com os direitos humanos, com a solidariedade social e outros valores que se encontram em muitas Constituições liberais, mas também englobam o reconhecimento mútuo das decisões adotadas entre os concidadãos europeus[263].

Assim sendo, em termos práticos, quer a cidadania europeia quer a cidadania nacional podem ser compreendidas como um artifício jurídico que qualifica uma pessoa como sujeito de direitos e

---

[256] Cfr. WALKER Neil, Postnational Constitutionalism and the problem of translation, in WEILER Joseph H. H. e WIND Marlene (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, p.33.

[257] POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*..., cit., p. 259.

[258] POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*..., cit., p. 269.

[259] PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism..., cit., p. 721.

[260] Em sua obra "A origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens", Jean-Jacques Rousseau explicou que o Estado Moderno foi marcado pela ideia de "nação" quando a soberania passou a sua proveniência da realeza para o povo. De acordo com Michel Foucault, em sua obra "Em Defesa da Sociedade", o discurso monarquista de nação se referia ao corpo do rei em sua relação físico-jurídica com cada um de seus súbditos. No âmbito da Revolução Francesa, a alta burguesia passou a associar o conceito de nação a "povo", como uma forma estratégica de angariar força junto à baixa burguesa para atingir o seu objetivo de tomar o poder político do Estado. Cfr. ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2005; FOUCAULT Michel, *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*, Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

[261] HABERMAS Jürgen, Why Europe needs a Constitution?, *New Left Review*, n.º 11, 2001, p. 15.

[262] WEILER Joseph H. H., *The Constitution of Europe*..., cit., p. 346.

[263] WEILER Joseph H. H., *The Constitution of Europe*..., cit., p. 346.

obrigações, viabilizando desta forma sua participação nos foros de tomada de decisões. Como observa Poiares Maduro, "[a] participação nas democracias nacionais não é concedida a todos aqueles que são afetados pelas decisões dos processos políticos nacionais, mas apenas àqueles que são aceites como cidadãos das comunidades políticas nacionais"[264]. Logo, o direito de participação e de representação não decorrem de uma herança identitária étnica, histórica e cultural, mas sim do estatuto de cidadania nacional. Seguindo esta linha de raciocínio, a cidadania europeia simplesmente reforça esta inclusão das pessoas nos processos decisórios. Lembre-se que, consoante o disposto no número 1 do artigo 20.º do TFUE, a cidadania europeia acresce à cidadania nacional e não a substitui.

A propósito, Joseph Weiler afirma que a cidadania da UE não visa substituir as identidades políticas nacionais, mas antes se esforça para mantê-las intatas. Deste modo, a cidadania da UE não apenas visa reduzir os excessos de nacionalismo, mas ao mesmo tempo acresce às identidades nacionais (orgânicas/culturais) uma identidade cívica europeia orientada por valores[265]. E se as identidades nacionais fundamentam e legitimam as Constituições de seus Estados-Membros através de um *demos*, a identidade cívica europeia legitima a "Constituição" da UE através de um *demoi* que partilha um conjunto de valores em comum. E constituindo o *demos* a autoridade constitucional máxima de cada ordenamento jurídico nacional[266], o ordenamento jurídico europeu não poderia ter a pretensão de substituir as identidades constitucionais nacionais. Eis porque se verifica o respeito pelas Constituições dos Estados-Membros no artigo 6.º, n.º 3 do TUE, que remete para as "tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros". Também no n.º 2 do artigo 4.º do TUE, verifica-se que "[a] União respeita a igualdade entre os Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles".

Ante esta conformação pluralista que ressalta a máxima "unidos na diversidade", a cidadania europeia expressa e corresponde adequadamente à heterarquia[267] que caracteriza o constitucionalismo europeu. Com efeito, não seria possível conceber uma hierarquia entre a autoridade constitucional da UE e as autoridades constitucionais dos Estados-Membros, na medida em que um *demoi* não substitui o *demos*. Ambos coexistem e respeitam-se mutuamente no âmbito do que Joseph Weiler descreve

[264] POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*..., cit., p. 269.

[265] Cfr. WEILER Joseph H. H., Does Europe need a constitution? Demos, telos and the German Maastricht decision, *European Law Journal*, vol. 1, n.º 3, 1995, p. 244.

[266] Cfr. WEILER Joseph H. H., Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts, in *The Worlds of European*..., cit., p. 14.

[267] Expressão utilizada por HALBERSTAM Daniel, Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States, in DUNOFF Jeff e TRACHTMAN Joel (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 326-355.

como "tolerância constitucional". Trata-se de uma aceitação voluntária das ordens jurídicas dos Estados-Membros à disciplina constitucional do ordenamento jurídico europeu[268]. Esta fórmula decorre do princípio da cooperação leal (previsto no artigo 4.º do TUE), através do qual foram decompostos uma série de outros princípios (o primado, o efeito direto, a efetividade do direito da União, a interpretação conforme, a responsabilidade do Estado por violação das obrigações europeias e a tutela jurisdicional efetiva[269]) que permitiram o estabelecimento de um conjunto de regras concernentes à aplicação das normas europeias[270].

Assim, na eventualidade de um conflito de normas aplicáveis, este não há de ser resolvido hierarquicamente através de uma disputa pela última instância de autoridade[271]. A premissa heterárquica revela ser aquela que à partida melhor descreve a realidade jurídica de reivindicações conflituantes entre autoridades constitucionais de diferentes ordens jurídicas[272]. Acontece que, como explica Poiares Maduro, muito embora os Estados-Membros tenham acolhido o primado e o efeito direto das normas europeias, à luz dos ordenamentos jurídicos nacionais, a sua Constituição ainda continua a ser a *higher law* e o derradeiro poder de interpretação e aplicação do direito pertence aos Tribunais Constitucionais nacionais[273]. Por outro lado, de acordo com a conceção interna da ordem jurídica da UE, desenvolvida pelo TJUE, os Tratados constituem a *higher law* da UE, critério de validade de todas as normas de direito derivado, bem como também das normas nacionais incluídas no seu campo de aplicação. No âmbito desta conceção, o TJUE constitui-se na última autoridade responsável pela interpretação e aplicação do direito da UE[274]. Esta perspetiva em confronto com àquela adotada pelos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros levanta a questão de saber quem teria afinal a *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, em que medida o direito nacional compatibilizar-se-ia com a supranacionalidade das normas europeias[275].

Para Miguel Poiares Maduro, a reivindicação da última autoridade constitucional não é uma consequência dos poderes atribuídos à UE[276]. Geralmente o constitucionalismo é associado a uma forma de controlo de poderes, pois onde quer que haja poder, deve haver limites constitucionais. Na

---

[268] WEILER Joseph H. H., Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts, in *The Worlds of European*..., cit., p. 12-13.

[269] Cfr. SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 104-105.

[270] Cfr. MacCORMICK Neil, Beyond the sovereign State, cit., p. 1.

[271] Neste sentido, veja-se: CLAES Monica, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

[272] Cfr. KELEMEN Daniel R., On the Unsustainability of Constitutional Pluralism. European Supremacy and the Survival of the Eurozone, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 23, n.º1, 2016, p. 145.

[273] Cfr. POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*..., cit., p. 286.

[274] Cfr. POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*..., cit., p. 286.

[275] Cfr. PERDOMINICI Leonardo, The Theory of EU Constitutional Pluralism: a crisis in a crisis?, *Perspectives on Federalism*, vol. 9, n.º 2, 2017, p. 129.

[276] Cfr. POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*..., cit., p. 168.

esteira deste raciocínio, desde que a UE passou a desenvolver formas autónomas de poder, ela deveria estar sujeita a uma limitação constitucional. Isto demonstra uma certa coerência, mas não parece ser um argumento suficiente para dar suporte a uma reivindicação de última autoridade constitucional, pois implicaria que o poder reivindicado pela UE estivesse sujeito ao controlo constitucional e isto seria utilizado para justificar o seu poder reivindicado em oposição ao constitucionalismo nacional. A legitimidade do constitucionalismo europeu remonta de outra fonte, qual seja, do seu valor acrescido em relação ao constitucionalismo nacional[277].

Este referido valor acrescido decorre do fato de o constitucionalismo europeu promover uma extensão da lógica de inclusão – inerente ao constitucionalismo – ao permitir que as democracias nacionais recuperem coletivamente o controlo sobre os processos transnacionais. Para além disso, o constitucionalismo da UE impôs racionalidades disciplinares e, muitas vezes, reacende uma deliberação mais informada e genuinamente aberta no processo político nacional[278]. É, portanto, este valor constitucional, decorrente da correção mútua das deficiências constitucionais de cada um, que requer a manutenção do pluralismo entre as ordens constitucionais nacionais e europeia. Neste sentido, ainda segundo Miguel Poiares Maduro, o caráter pluralista do constitucionalismo europeu deve ser encarado como uma descoberta bem-vinda, ou seja, como a melhor representação dos ideais do constitucionalismo no atual contexto de desterritorialização do poder[279], e não como um problema que precisa de uma solução, nomeadamente no que se refere aos conflitos constitucionais de autoridade[280]. Nesta linha de raciocínio, o constitucionalismo plural (ou a interconstitucionalidade) nada mais faz do que "adaptar o constitucionalismo à natureza mutável da autoridade e do espaço político"[281].

De acordo com Miguel Poiares Maduro, o paradoxo que reside na pergunta "quem decide quem decide" é fruto de uma visão madisoniana da separação dos poderes, constituindo um produto contextual de certas práticas constitucionais e não uma característica sistémica do constitucionalismo[282]. As constituições fornecem uma plataforma comum, na base da qual os conflitos políticos assumem a natureza de argumentos racionais concorrentes na interpretação de valores compartilhados e não no caráter de conflitos de poder. Assim sendo, estes conflitos são substituídos

---

[277] Cfr. POAIRES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in *Constitutional Pluralism*..., cit., p. 67-84.

[278] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in *Constitutional Pluralism*..., cit., p. 67-84.

279 "*There is much to be gained from a pluralist legal conception of the EU legal order. In a world where problems and interests have no boundaries, it is a mistake to concentrate the ultimate authority and normative monopoly in a single source. Legal pluralism constitutes a form of cecks and balances in the organization of power in both the European and national polities*". POIARES MADURO Miguel, The Heteronyms of European Law, *European Law Journal*, vol. 5, n.º 2, 1999, p. 168.

280 Cfr. POIARES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in *Constitutional Pluralism*..., cit., p. 67-84.

[281] POIARES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in *Constitutional Pluralism*..., cit., p. 67-84.

[282] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in *Constitutional Pluralism*..., cit., p. 67-84.

por interpretações concorrentes. Mas para que o constitucionalismo desempenhe esse papel, este pluralismo de interpretações deve apoiar-se no pluralismo institucional: diferentes instituições que assumem o compromisso de garantir que nenhum interesse adquira um papel dominante e que qualquer definição de bem comum possa ser, a qualquer momento, reavaliada e contestada. Este pluralismo de interpretações e de instituições assegura a expressão simultânea e a acomodação do pluralismo político em uma comunidade política particular tal como a UE[283]. O pluralismo constitucional requer, deste modo, não só "tolerância constitucional", mas também comunicação e acomodação. Por isso a natureza da organização do poder inerente ao constitucionalismo plural requer que "a questão 'quem decide quem decide' seja aberta e periodicamente reavaliada"[284].

Sob este diapasão, as decisões dos tribunais ganham um lugar de destaque no âmbito do direito da UE, pois permitem a construção de consensos em detrimento de disputas pela última autoridade decisória. Para além disso, as decisões judiciais constituem ferramentas jurídicas capazes de se adaptar ao tempo e às necessidades, tal como em um sistema "autopoiético"[285], através do qual se pode imaginar um sistema jurídico como uma grande máquina, que ao se mover no tempo perde algumas peças, porém incorpora outras novas. Isto acontece porque, como explica Paul Scholten, as decisões judiciais incluem elementos novos que conferem significados distintos consoante as interpretações que vão sendo feitas[286]. Assim, ao considerar o direito como um processo dinâmico, as lacunas do sistema são colmatadas pelas interpretações que refletem o contexto que lhes é apresentado[287].

As interpretações requerem, no entanto, coerência. Segundo Ronald Dworkin os juízes assumem o papel de autores que escrevem seu próprio capítulo na história em curso do direito. Contudo, ao escrever o seu próprio capítulo, cada juiz/escritor deve assegurar a coerência de toda a história como um todo[288]. É por isso que a cooperação, a comunicação e o diálogo afiguram-se ferramentas importantes neste "processo de redação da história do direito", pois ajudam a reduzir eventuais conflitos entre ordens jurídicas que poderiam colocar em causa a harmonização das interpretações[289]. Para além disso, o "agir comunicativo" (habermasiano) empregado no âmbito das

[283] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in *Constitutional Pluralism*..., cit., p. 67-84.

[284] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in *Constitutional Pluralism*..., cit., p. 67-84.

[285] LUHMANN Niklas, *Law as a Social System*, Tradução de Klaus A. Ziegert e Fatima Kastner, Oxford e New York, Oxford University Press, 2004, p. 91.

[286] Cfr. SCHOLTEN Paul, *General Method of Private Law, Chapter 1 of Volume I (General Part) of Mr. C. Asser's Manual for the Practice of Dutch Civil Law,* Preprint, 1.ª ed., Amsterdam, Digital Paul Scholten Project, 2014, p. 42.

[287] Cfr. HIGGINS Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 10.

[288] Cfr. DWORKIN Ronald, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, p. 228-239.

[289] Cfr. WALKER Neil, Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe, in DE BÚRCA Grainne e SCOTT Joanne (eds.), *Constitutional Change in the EU: from uniformity to flexibility?*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, p. 26-29.

distintas jurisdições (nacionais e supranacional) tem permitido o que se tem chamado de "compatibilidade sistémica"[290] – isto é, a construção de uma identidade discursiva e consensual quanto aos valores essenciais de um sistema jurídico plural.

Assim sendo, na eventualidade de um conflito entre várias normas aplicáveis a um caso em concreto, não será o critério hierárquico – que prevê uma disputa pela última instância de autoridade – a deslindar a questão em causa, pois é por meio de uma prática discursiva realizada entre o TJUE e os tribunais nacionais que se chega a um consenso. Neste sentido, importa lembrar que a União Europeia se baseia em um sistema descentralizado de execução de suas normas, o que significa dizer que as normas de direito da UE são aplicadas pelos tribunais nacionais. E, por não existir, como já foi dito, uma hierarquia formal entre as fontes das ordens jurídicas europeia e nacionais, a aplicação das normas de direito da UE de forma coerente e harmonizada depende, em grande medida, da cooperação e da aquiescência dos órgãos administrativos e jurisdicionais nacionais. Portanto, quando os juízes nacionais se deparam com normas europeias aplicáveis aos casos concretos, estão desde logo desabilitados a interpretá-las e aplicá-las conforme o direito nacional, devendo inclusive reenviar prejudicialmente ao TJUE, nos termos previstos do artigo 267.º do TFUE, caso subsistam dúvidas interpretativas tendentes a deslindar uma eventual incompatibilidade entre normas nacionais e europeias. Desta forma haveria de ser, pois um sistema jurídico integrado e aceito por todos pressupõe como condição de reciprocidade o respeito pela integridade de cada ordenamento, não comportando, por conseguinte, medidas unilaterais que atentem contra a ordem comum.

Acontece que nem sempre os juízes nacionais estão muito bem familiarizados com o seu duplo papel enquanto juízes nacionais e europeus ao mesmo tempo[291]. Não obstante a União Europeia tenha envidado esforços no sentido de converter gradualmente os tribunais nacionais em verdadeiros tribunais europeus, esta tarefa não se tem realizado de forma fácil e uniforme[292]. Acrescido a isso, existem ainda tensões contínuas entre o TJUE e alguns tribunais nacionais (principalmente os Tribunais

---

[290] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 2, 2007, p. 17.

[291] O conceito de desdobramento funcional tem por base o fato de os tribunais nacionais terem aceitado o mandato para serem tribunais descentralizados da UE, sem deixarem de permanecer estreitamente vinculados às estruturas constitucionais dos respetivos Estados-Membros. Cfr. PIÇARRA Nuno, As incidências do Direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos Estados-Membros, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, 2010, p. 213.

292 Neste sentido, veja-se: WIND Marlene, The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review, *Journal of Common Market Studies*, vol. 48, issue 4, 2010, p. 1039 e ss; BOBEK Michal, Learning to talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice, *Common Market Law* Review, vol. 45, issue 6, 2008, p. 1611 e ss.

Constitucionais) que desafiam a aplicação homogénea do direito da UE[293]. Diante deste quadro, interessa saber se a UE continuará a ter condições de funcionar como uma União de direito. Note-se que a formulação de políticas europeias já ultrapassou a sua capacidade de execução administrativa – os Estados-Membros transferiram muitas competências à União Europeia, que, por sua vez, passou a adotar uma legislação secundária sempre mais crescente, porém desacompanhada de um aumento de autoridade por parte da Comissão em proporções suficientes que lhe desse condições de supervisionar efetivamente esse acréscimo legislativo. Como resultado, a garantia do direito da UE resta praticamente nas mãos dos tribunais nacionais, que assumem uma grande responsabilidade no sentido de promover uma interpretação coerente e homogénea do direito da UE no âmbito do sistema internormativo europeu.

2.2.1. As fontes de direito da União Europeia

No item anterior, verificou-se que a UE faz parte de uma nova realidade jurídico-política[294], que a dotou de uma ordem jurídica autónoma com fontes próprias. Far-se-á aqui uma breve abordagem apenas das seguintes fontes: as normas jurídicas que resultam dos processos de tomada de decisões da UE, os princípios gerais do direito da UE e as decisões judiciais do TJUE (ou seja, a sua jurisprudência). As normas jurídicas compreendem tanto as normas de direito primário (ou originário) quanto as normas de direito secundário (ou derivado).

Relativamente ao direito primário, a UE teve por base os tratados da CECA (1951) e mais tarde os Tratados de Roma, que instituíram a CEE (Comunidade Económica Europeia) e a CEEA (Comunidade Europeia da Energia Atómica) em 1957. Desde então, os mesmos foram sucessivamente alterados, tendo o tratado da CECA caducado por transcurso do prazo de vigência de 50 anos. Seguiram-se cumulativamente, o Tratado de Fusão (1965), o Ato Único Europeu (1986), o Tratado de Maastricht (1992), o Tratado de Amesterdão (1997) e o Tratado de Nice (2001). Atualmente vigoram as versões consolidadas do Tratado da UE e do Tratado sobre o Funcionamento da UE com a redação dada pelo Tratado de Lisboa (2009), que, juntamente com a Carta de Direitos Fundamentais (CDFUE),

293 Neste sentido, veja-se: DYEVRE Arthur, The German Federal Constitution Court and European Judicial Politics, *West European Politics*, vol. 34, n.° 2, 2011, p. 346; DYEVRE Arthur, Judicial Non-Compliance in a non Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?, *Max Planck Institute for International and Comparative Law*, Working Paper, 2012; JONES Erik; KELEMEN R. Daniel, The Euro Goes to Court, *Survival: Global Politics and Strategy*, vol. 56, 2014, p.15; BROBERG Morten, National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom, *European Public Law*, n.° 2, vol. 22, 2016, p. 243-256.

294 Cfr. ARCHER Clive, *International Organizations*, 3.ª ed., London, Routledge, 2001, p. 44-45.

integram os Tratados que regem a UE. Os mesmos constituem a base do direito primário da UE e não apenas regulam as relações entre os Estados-Membros, mas igualmente afetam o ordenamento jurídico de cada um deles, conferindo direitos e impondo obrigações aos particulares[295]. Contudo, para que entrem em vigor e tornem-se juridicamente vinculativos, cada Estado-Membro deve ratificar os Tratados de acordo com o procedimento previsto em suas respetivas Constituições[296].

Fazem ainda parte do direito primário os princípios gerais do direito da UE, os quais também podem ser chamados de "normas de meta-harmonização"[297], pois além de assumirem um papel do maior relevo na interpretação das normas existentes, integrando suas insuficiências, servem ainda para limitar a autonomia dos Estados-Membros, funcionando, deste modo, como uma ferramenta essencial ao processo de integração jurídica. Os princípios gerais do direito da UE revestem-se, portanto, de grande significado prático, na medida em que regem, de forma vinculativa, a atividade das instituições e dos órgãos da UE e dos Estados-Membros quando aplicam o direito da União. A maior parte dos princípios gerais do direito da UE decorrem da jurisprudência do TJUE, tendo sido alguns deles incorporados aos textos dos Tratados ao longo do processo de integração europeu[298].

De entre os princípios gerais do direito da UE, destaca-se o da cooperação leal, a partir do qual foram deduzidos uma série de outros princípios que estruturam o direito da UE. Há quem diga que tal princípio remonta ao *pacta sunt servanda*[299] – contido no artigo 26.º da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados –, porém possui contornos mais bem sofisticados, uma vez que também bebe da fonte dos sistemas federativos, mormente no que tange à lealdade federal (*Bundestreue*). De acordo com Alessandra Silveira, a lealdade traduz um "compromisso constitucional de cooperação", que prescreve um dever de resposta às medidas que exigem uma atuação conjunta, ou seja, impõe aos atores envolvidos no processo de integração uma "obrigação de fidelidade ao conjunto" a partir de uma noção de "complementariedade de dois níveis" que se suportam e se apoiam mutuamente[300]. Em razão disso, a cooperação leal não se reveste de um caráter voluntarista, tal como aquele previsto na técnica da cooperação intergovernamental. Não seria coerente que uma obrigação dependesse da

---

[295] Cfr. CRAIG Paul; DE BÚRCA Grainne, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 3.ª ed., Oxford, 2003, p. 178 e ss.

[296] Cfr. CAPETA Tamara, Harmonisation of national legislation with the acquis communautaire, *Unidem Campus Trieste Seminar: The Quality of Law*, Trieste, European Commission for democracy through law, 2010, p. 3

[297] BACKER Larry Catà, Harmonization, Subsidiarity and Cultural Difference: An Essay on the Dynamics of Opposition within Federative and International Legal Systems, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 4, n.º 2, 2007, p. 203.

[298] Sobre os princípios gerais do direito da União Europeia, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito...*, cit.; OLIVEIRA Sofia Pais (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.

[299] Cfr. CASOLARI Federico, EU Loyalty after Lisbon: an expectation gap to be filled?, in ROSSI Lucia Serena e CASOLARI Federico (eds.), *The EU after Lisbon: Amending or Coping with the existing treaties?*, London, Springer, 2014, p. 95.

[300] Cfr. SILVEIRA Alessandra, *Cooperação e Compromisso...*, cit., p. 106 e 453.

vontade ou da discricionariedade dos distintos partícipes, visto que isto equivaleria a negar a existência do dever de cooperar[301]. A cooperação leal constitui-se, portanto, num dever que vincula todas as partes envolvidas, podendo manifestar-se tanto numa dimensão passiva quanto ativa[302]. A dimensão passiva implica numa obrigação de abstenção do exercício de poderes, quando isto eventualmente coloca em causa o sucesso da atividade empreendida em conjunto[303]. Por sua vez, a dimensão ativa requer sejam reconhecidos os interesses comuns para cuja prossecução se devam engendrar esforços conjuntos no mesmo sentido[304].

O n.º 3 do artigo 4.º do TUE, que estabelece o princípio da cooperação leal, prescreve que "a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. 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 UE. 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". Note-se neste dispositivo a presença de um dever tanto de abstenção, através do qual os Estados-Membros não devem cometer nenhuma "medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União", quanto um dever ativo no sentido de tomar "todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União". Em síntese, pode afirmar-se que da cooperação leal decorre um dever para os Estados-Membros, nomeadamente no que se refere a dar efetividade ao direito da União[305].

Sob este diapasão, o princípio do primado do direito da UE assume uma posição de relevo, afinal, não seria possível garantir o efeito útil das disposições europeias se não existissem princípios que propiciassem uma integração jurídica coerente e homogénea. Portanto, desde o acórdão *Costa c. ENEL*[306], na esteira da cooperação leal, o princípio do primado vem determinando que em virtude da homogeneidade do direito da UE o conteúdo de suas normas não pode variar de um Estado-Membro para outro, sem que isto comprometa a realização dos objetivos previstos no Tratado.

Convém notar que o primado do direito da UE diferencia-se daquele concebido no âmbito do direito internacional. Em 1930, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional já considerava o primado como um princípio geral do direito internacional, que rege as relações entre poderes das

[301] SILVEIRA Alessandra, *Cooperação e Compromisso*..., cit., p.446.

[302] SILVEIRA Alessandra, *Cooperação e Compromisso*..., cit., p.446

[303] SILVEIRA Alessandra, *Cooperação e Compromisso*..., cit., p.451.

[304] Em sentido semelhante, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Cooperação e Compromisso*..., cit., p.452.

[305] Veja-se o acórdão *Comissão c. República Italiana*, Processo 48-71, do TJUE, de 13 de Julho de 1972.

[306] Acórdão *Costa c. E.N.E.L.*, processo 6-64, do TJUE, de 15 de Julho de 1964.

partes contratantes de um tratado[307]. Neste sentido, as disposições de uma norma nacional não podem prevalecer sobre as do tratado. Todavia, esta determinação limita-se às relações entre poderes no plano internacional[308], uma vez que não se aplica ao funcionamento interno dos ordenamentos jurídicos nacionais, em relação aos quais o direito internacional não parece poder reivindicar uma prioridade sobre as normas nacionais conflituantes[309]. O primado do direito da UE tampouco confunde-se com o primado das normas constitucionais dos Estados-Membros, em que quando existe a fiscalização da constitucionalidade declara-se a invalidade da norma hierarquicamente inferior. No âmbito do direito da UE, não existe propriamente um controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, mas há um controlo de conformidade dos atos jurídicos europeus e das normas nacionais com os Tratados Constitutivos, sendo o primado utilizado para dirimir conflitos eventualmente existentes entre ordenamentos jurídicos distintos. Frise-se, neste caso, que o primado do direito da UE não se fundamenta na hierarquia, apenas conduz uma preempção que não invalida o direito nacional contrário – isto é, "indica uma preferência aplicativa sobre outras normas de distinta fonte, sendo todas em princípio válidas"[310]. Este também parece ser o posicionamento adotado pelo TJUE, já que em suas decisões não se verifica referência à hierarquia ou à invalidade de uma norma nacional contrária à do direito da UE, apenas indicações no sentido da inaplicabilidade daquela norma ao caso concreto. Como ensina Alessandra Silveira, "[a] hierarquia só se dá entre normas procedentes do mesmo sujeito – e não numa relação entre dois ordenamentos"[311].

Assim sendo, face a um caso concreto, os juízes nacionais devem estar atentos a dois procedimentos: 1) desaplicar as normas nacionais contrárias ao direito da União[312]; e 2) interpretar o direito nacional em conformidade com o direito da União[313]. Sublinhe-se que, em caso de necessidade de desaplicação da norma nacional em desconformidade com o direito da UE, aquela continuará válida no âmbito do seu ordenamento jurídico nacional – isto é, a norma nacional contrária ao direito da União não fica prejudicada na sua validade, mas apenas na sua aplicação. Por outras palavras, trata-se de uma questão de eficácia e não de validade normativa[314]. Isto porque o primado só se aplica na

[307] Cfr. DE WITTE Bruno, The European Union as an international legal experiment, in DE BÚRCA Gráinne e WEILER Joseph H. H. (eds.), *The worlds of European constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 43.

[308] Cfr. DE WITTE Bruno, Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order, in DE BÚRCA Grainne e CRAIG Paul (eds), *The Evolution of EU Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 324.

[309] Cfr. DE WITTE Bruno, The European Union as an international legal experiment, in *The worlds of European*..., cit., p. 43.

[310] SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 133.

[311] Cfr. SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 133.

[312] Veja-se o acórdão *Simmenthal*, processo 106/77, do TJUE, de 9 de março de 1978.

[313] Veja-se o acórdão *M. H. Marshall*, processo n.º C-152/84, do TJUE, de 26 de fevereiro de 1986.

[314] Cfr. BALAGUER CALLEJÓN Francisco, A relação dialética.., cit., p. 14.

ocorrência de conflitos entre normas de ordenamentos jurídicos distintos em benefício da homogeneidade e da coerência sistémica. Logo, não há que se falar em superioridade hierárquica em relação às normas nacionais, pois isto implicaria rejeitar a ideia de internormatividade (e de interconstitucionalidade) que se fundamenta na heterarquia entre normas de distintos ordenamentos jurídicos. Como ressalta Verhoeven, a supremacia do direito da União Europeia inscrita no primado só é válida na medida em que é necessário garantir a eficácia do direito da UE[315], ou, por outras palavras, o primado só é válido na medida em que os Estados-Membros estão atrelados a uma obrigação de cooperar lealmente entre si.

Tendo por base o princípio da cooperação leal, o TJUE encontrou no primado uma forma de limitar na prática os direitos soberanos dos Estados-Membros. Ao atribuírem poderes à UE sobre determinadas matérias, os Estados-Membros tiveram que abandonar o protagonismo que assumiam enquanto "mestres dos Tratados", limitando seu campo de atuação em determinados domínios, inclusivamente no que tange à esfera das decisões de seus órgãos jurisdicionais. Deste modo, a leitura do primado à luz da cooperação leal permitiu o estabelecimento de um equilíbrio importante para o processo de integração jurídica, pois tanto os Estados-Membros quanto a União Europeia passaram a "agir comunicativamente" (no sentido habermasiano) na prossecução de seus objetivos em comum. Assim sendo, o primado tornou-se particularmente importante na medida em que passou a prevenir a generalização de interpretações díspares do direito da UE no seio dos Estados-Membros.

A partir do momento em que os Estados-Membros atribuíram ao TJUE a competência para interpretar e dizer da validade do direito da UE, pressupõe-se ter havido um consenso no sentido de que o primado do direito da UE não haveria de ser contestado. Para além disso, os juízes nacionais não haveriam de disputar com o TJUE a última palavra em matéria de direito da UE, mas ao invés disso teriam em consideração nas suas decisões a jurisprudência do tribunal supranacional, mas não só. Em virtude do princípio da interpretação conforme, o juiz nacional fica obrigado, por meio da cooperação leal, mesmo quando deva aplicar o direito nacional, a atribuir a este uma interpretação que se apresente conforme o sentido, a economia e os termos das normas europeias. E, na eventualidade de dúvidas de como o fazer, não se deve esquivar em nenhum momento da necessidade de reenviar prejudicialmente, nos termos do artigo 19.º n.º 3, alínea b) do TUE e do artigo 267.º do TFUE e em conformidade com a doutrina CILFIT[316]. Qualquer recusa por parte de um Estado-Membro neste sentido poderia motivar não apenas uma violação ao princípio da boa fé nas relações internacionais, mas

[315] VERHOEVEN Amaryllis, *The European Union in search...*, cit., 2002.

[316] Acórdão *CILFIT*, processo C-283/81 do TJUE, de 6 de outubro de 1982.

sobretudo uma violação ao princípio da cooperação leal; e porque também não dizer um caso de incumprimento do direito da UE, acionável por via do artigo 258.º TFUE; para além disso, poderia até mesmo representar uma violação do princípio do juiz legal e do direito a um julgamento justo, assegurado pelo artigo 47.º da CDFUE[317]. A cooperação leal e o primado, aliados ao reenvio prejudicial, encontram-se, portanto, na base do estabelecimento de uma União de Direito e representam ao mesmo tempo uma característica essencial do direito da UE[318].

O princípio da União de Direito busca estabelecer num cenário de pluralidade normativa uma constante coerência entre as fontes provenientes de distintos ordenamentos jurídicos com a carta constitucional de base na qual a UE se funda. Conforme observa Bensson, coerência não significa unidade e é precisamente por isso que é usada num contexto de pluralidade de ordens jurídicas coexistentes[319]. Assim, quando se fala em União de Direito, não se pretende com isso referir-se a uma única parte que representa ou se sobrepõe ao todo, mas antes expressa uma internormatividade através da qual uma variedade de normas estabelece um diálogo coerente no âmbito de dinâmicas discursivas de harmonização jurídica. Uma das dinâmicas de harmonização jurídica que promove o estabelecimento coerente entre normas de distintas fontes é aquela empregada através do já mencionado instrumento de reenvio prejudicial, que por sua vez está a serviço do princípio da cooperação leal. O reenvio prejudicial viabiliza o diálogo entre o TJUE e os tribunais nacionais com o objetivo de assegurar a efetividade do direito da UE, estabelecendo, deste modo, um sistema de equilíbrio e cooperação no processo de acomodação entre diversas normas[320]. Frise-se que, embora seja da competência do TJUE garantir o cumprimento da efetividade do direito da UE, na medida em que a União não mantém um aparelho administrativo e judicial difuso nos Estados-Membros, são os tribunais nacionais que, ao fazerem parte integrante deste processo, assumem uma função constitucional decorrente do princípio da cooperação leal. Sob esta perspetiva, a relação entre os tribunais nacionais com a ordem jurídica europeia e o TJUE deve ser concebida como um sistema de equilíbrio e cooperação.

O compromisso levado a cabo entre os tribunais nacionais e o TJUE, através do reenvio prejudicial, permitiu ao mesmo tempo o desenvolvimento de uma jurisprudência relacionada aos

---

[317] Neste sentido veja-se OLIVEIRA Francielle Vieira, "Cooperação entre tribunais nacionais e europeu por via do mecanismo de reenvio prejudicial: da interpretação e aplicação homogénea do direito da União Europeia à tutela jurisdicional efetiva dos seus cidadãos (ou dos danos causados aos particulares em decorrência da omissão do reenvio prejudicial obrigatório)", in RODRIGUES Noronha José (ed.), *Global to Local Law News*, n.º 25, ano III, março/2016, p. 8-22.

[318] Cfr. CASOLARI Federico, EU Loyalty after Lisbon: an expectation gap to be filled?, *The EU after Lisbon*..., cit., p. 95.

[319] Cfr. BENSSON Samantha, How international is..., cit., 2008, p. 50-70.

[320] Cfr. KIRCHHOF Paul, The balance of powers between national and European institutions, *European Law Journal*, vol. 5, n.º 3, 1999, p. 225-242.

direitos fundamentais na UE. Lembre-se que inicialmente a UE revestia-se de um cariz fundamentalmente económico, sem qualquer referência específica aos direitos fundamentais. Embora os Tratados constitutivos contemplassem, ainda que de forma muito limitada, as chamadas liberdades económicas, nomeadamente a livre circulação de bens e pessoas[321], a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços[322], o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade[323] e a não discriminação salarial com base no sexo[324], não se pode dizer que tais direitos inseriam-se propriamente no conceito tradicional de direitos fundamentais, tais como aqueles outros relacionados aos direitos pessoais, civis ou políticos, que identificam e legitimam uma comunidade ou uma união política.

Após a decisão no caso Solange I[325] – no qual o Tribunal Constitucional Alemão lançou uma advertência no sentido de que enquanto o processo de integração europeu não atingisse um estádio que garantisse a proteção dos direitos fundamentais em termos equivalentes àqueles previstos em sua Constituição nacional, continuaria a controlar os então chamados atos comunitários –, verificou-se uma preocupação maior por parte do TJUE em consagrar um conjunto de direitos fundamentais. Além dos acórdãos *Stauder*[326], e *Internationale Handelsgesellschaft*[327] – nos quais o TJUE já havia considerado que os direitos fundamentais, inspirado nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, fazem parte dos princípios gerais do direito da UE –, destaca-se o acórdão *Nold*, no qual o TJUE reafirmou que "[o]s direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito, cuja observância lhe incumbe garantir"[328], buscando sua fundamentação não só nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, mas também na Convenção Europeia dos Direitos do Homem – isto viria a ser reafirmado posteriormente no acórdão *Rutili*[329]. Ressalte-se que esta abertura do TJUE aos direitos fundamentais também foi acompanhada de outras iniciativas, nomeadamente a Declaração sobre a identidade europeia (de dezembro de 1973) e o Relatório Tindemans sobre a União

[321] Limitada, no entanto, aos "economicamente ativos" – cfr. - artigo 39.º do então TCEE.

[322] Artigo 43.º e 50.º do então TCEE.

[323] Artigo 12.º do então TCEE.

[324] Artigo 141.º do então TCEE.

[325] Processo 2 BvL 52/71 do *Bundesverfassungsgericht* (*Solange I*), de 29 de maio de 1974; No caso *Solange II* (Processo 2 BvR 197/83 do *Bundesverfassungsgericht* (Solange II), de 22 de outubro de 1986) o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que, apesar de na época não existir um catálogo de direitos fundamentais na UE, o nível de proteção fixado pelo TJUE era substancialmente coincidente com o concedido pela Constituição Alemã, pelo que o Tribunal Constitucional Alemão dava ao então direito comunitário o benefício da dúvida, e não iria fiscalizar a conformidade de tal direito com a Lei Fundamental Alemã.

[326] Acórdão *Stauder*, processo C-29/69 do TJUE, de 12 de novembro de 1969.

[327] Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, processo C-11/70 do TJUE, de 17 de dezembro de 1970.

[328] Acórdão *Nold*, processo 4/73, do TJUE, de 14 de maio de 1974, n.º 13.

[329] Acórdão *Rutili*, processo 36/75 do TJUE, de 28 de outubro de 1975, n.º 32.

Europeia (de 1975), que já defendia a criação de meios processuais através dos quais os particulares pudessem impugnar atos comunitários violadores de direitos fundamentais. Outras manifestações políticas revelaram igualmente a intenção de intensificar o respeito pelos direitos do homem, o que se pode notar através da Declaração Comum do Parlamento, Conselho e Comissão de 5 de abril de 1977 e da Declaração sobre a Democracia de 8 de abril de 1978[330].

Hoje os direitos fundamentais encontram-se assegurados no artigo 6.º do TUE, bem como também na CDFUE, a qual passou a ter efeito jurídico vinculativo a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Isto foi um passo importante ao processo de constitucionalização do direito da UE, pois reforçou o que já havia sido estabelecido no sentido de que a atuação das instituições, dos órgãos e dos organismos da UE, bem como das autoridades dos Estados-Membros não pode ser contrária à legalidade relativamente ao direito da União[331]. Portanto, nas situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da UE, a proteção dos direitos fundamentais não pode variar de um Estado-Membro para outro.

Ao estabelecer um catálogo de direitos fundamentais que deve ser igualmente respeitado em todos os Estados-Membros, isto também passou a assegurar uma maior legitimidade democrática à UE. Afinal, conforme afirma Jürgen Habermas, a génese lógica dos direitos fundamentais constitui um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo dirigido a constituir direito legítimo, ou seja, o princípio democrático, se constituem co-originariamente[332]. Assim, na visão habermasiana, uma sociedade democrática pressupõe a existência de liberdade de discurso com garantia de direitos fundamentais. Não de outro modo que, numa União de Direito Democrática, para a qual releva a garantia dos direitos fundamentais, a cidadania ganha um lugar de destaque. A partir do momento em que a cidadania europeia é reconhecida como "o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros"[333], isto equivale a dizer que ser cidadão da UE é ser titular de um conjunto de direitos protegidos pela ordem jurídica europeia, inclusive direitos fundamentais. Assim sendo, a cidadania europeia salta de uma cidadania limitada aos atores que circulam para uma cidadania social (associada ao exercício de liberdades económicas), até assumir finalmente a condição de uma

[330] Cfr. PACHECO Maria de Fátima de C. T. M., O Sistema de Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia – Entre a Autonomia e o Compromisso, *Revista Julgar*, n.º 14, 2011, p. 14.

[331] Acórdão *Byankiv*, processo C-249/11 do TJUE, de 4 de outubro de 2012, n.º 77.

[332] Neste sentido, veja-se: HABERMAS Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Tradução de Flávio Beno Siebeneichier, 2.ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 158.

[333] Cfr. Acórdão *Grzelczyk*, processo C-184/99 do TJUE, de 20 de setembro de 2001, n.º 31.

cidadania republicana, que tem por base o exercício de direitos fundamentais e a sua participação ativa nos processos de tomada de decisões[334] (n.º 3 do artigo 10.º do TUE).

Sob esta perspetiva, a cidadania europeia guarda em seu bojo uma importante ferramenta de construção do processo democrático, que tem a ver com o exercício de direitos (fundamentais) tutelados pela ordem jurídica da UE. Neste sentido, segundo Peter Häberle, "*[s]i non son tutelados los derechos fundamentales, no existe para la minoria alguna possibilidad de convertir-se en mayoria. Justamente esto es una característica esencial de la democracia [...] Sólo quien está tutelado por los derechos fundamentales puede reclamar responsabilidad a los gobernantes. El derecho de voto presuponen derechos fundamentales como las libertades de conciencia, de opinión, de reunión y de asociación, porque de outro modo el titular de los derechos de sufragio y voto no podria decidir librémente sobre como ejercitar su derecho político [...] A través del ejercicio individual de los derechos fundamentales, se realiza un proceso de libertad que constitye un elemento esencial de la democracia*"[335].

O princípio democrático ínsito na UE tem suas raízes, portanto, no âmago do constitucionalismo moderno, que não mais se limita à organização do poder político, mas prende-se também com uma nova função, nomeadamente aquela de resguardar os valores de uma comunidade. Como assevera Giacinto della Cananea, "*[a]lthough the task of limiting power certainly lies at the heart of constitutionalism, modern constitutions fulfill other tasks, too, notably that of expressing values*"[336]. É assim que a democracia na UE desenvolve a partir da cidadania europeia a noção de uma "cidadania de direitos" – daí que, tão importante quanto à escolha de quem está autorizado a legislar e tomar decisões, ganha relevo a garantia de certos valores, tais como os direitos fundamentais. Isto acarreta uma importante tarefa a cargo dos tribunais nacionais, consistente em manter a ordem constitucional da UE, sobretudo no que se refere à proteção democrática que decorre da defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus.

Acontece que nem sempre é fácil para os tribunais nacionais decidirem diante de uma pluralidade de normas de distintas fontes, designadamente aquelas de proveniência europeia (que inclui a CDFUE), de proveniência nacional (as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros)

---

[334] Cfr. SILVEIRA Alessandra, Da jurisprudência do TJUE pós-Brexit sobre cidadania europeia. A recuperação do fio de Ariadne identitário?, in *UNIO EU Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 50.

[335] HÄBERLE Peter*, La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Tradução de Carlos Ramos, San Miguel, Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 71.

[336] Embora a tarefa de limitar o poder certamente esteja no coração do constitucionalismo, as constituições modernas também cumprem outras tarefas, notadamente a de expressar valores (tradução livre da autora). DELLA CANANEA Giacinto, Is European Constitutionalism Really Multilevel?, *ZaöRV-Max Planck-Institute*, n.º 70, 2010, p. 285

e de proveniência internacional (com destaque para a CEDH). Isto porque todas estas normas não estão reunidas em um único catálogo, mas apenas incute um certo sentido de coerência intersistémica, em particular a partir das regras interpretativas fixadas nos artigos 52.º e 53.º da CDFUE, que consagram o princípio do nível de proteção mais elevado. Este princípio do nível de proteção mais elevado permite estabelecer uma coerência intersistémica no âmbito da abertura do ordenamento jurídico da UE a outras fontes de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que a acomodação das normas jusfundamentais de distintas fontes obedece a um critério internormativo – isto é, num contexto de pluralidade de normas jusfundamentais, os juízes dos Estados-Membros devem assimilar que não basta solucionar o problema de direitos fundamentais à luz da Constituição nacional, pois também integram o ordenamento jurídico da UE fontes de outros distintos ordenamentos jurídicos. Portanto, decorre do princípio da cooperação leal que, os Estados-Membros, ao aceitarem a pluralidade de fontes do sistema jurídico da UE, devem aplicá-las consoante o nível de proteção mais elevado[337].

Todavia, importa sublinhar que de nada valeria construir um acervo estruturado em direitos (fundamentais) se os particulares não pudessem reivindicá-los em benefício próprio perante os tribunais. Não de outro modo que, na esteira da cooperação leal, o TJUE estabeleceu o princípio do efeito direto, que representa uma condição funcionalmente adequada à realização dos objetivos definidos no Tratado, nomeadamente no que concerne ao próprio processo de integração, à efetividade e à aplicação homogénea de suas normas. É que de acordo com Bruno de Witte, o princípio do efeito direto está associado à aplicabilidade imediata permitindo que juízes nacionais apliquem o direito da UE como se normas nacionais se tratassem[338]. Isto acontece em virtude de não serem necessárias medidas nacionais de transposição ou incorporação do direito da UE aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros – esta ausência de qualquer condição interna para sua entrada em vigor transparece desde logo nos n.ºs 1 e 3 do artigo 8.º da Constituição Portuguesa. Contudo, não se trata do monismo propriamente dito. As relações entre as ordens jurídicas (nacionais e europeias) operam-se de forma coordenada, porém cada qual se rege autonomamente. É por isso que quando o acórdão *Van Gend & Loos*[339] determinou que a então CEE criava "uma nova ordem jurídica [...] cujos sujeitos são não só os Estados-Membros, mas também os seus nacionais", ficou estabelecido que os tratados instituem direitos que produzem efeitos diretos nas relações jurídicas entre os Estados-Membros e seus

[337] Sobre o príncípio do nível de proteção mais elevado, veja-se: CANOTILHO Mariana Rodrigues, O princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais, Dissertação de Mestrado (Prémio Jacques Delors – menção honrosa), Coimbra, Universidade de Coimbra, 2008, diponível em «https://infoeuropa.eurocid.pt/registo/000047387/», última visualização em 03-06-2019.

[338] Cfr. DE WITTE Bruno, Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order, in *The Evolution of EU Law*, cit., p. 332.

[339] Acórdão Van Gend & Loos, processo C-26/62, do TJUE, de 5 de fevereiro de 1963.

nacionais. Isto significa que os particulares podem invocar as normas dos tratados contra os Estados-Membros, ou seja, o princípio do efeito direto assegura a posição jurídica dos particulares perante os Estados-Membros, sendo que aqueles podem exigir destes o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado que a cooperação leal lhes impõe[340]. Contudo, tendo em conta que os particulares não têm uma via de acesso direta ao TJUE, a invocação das normas de direito da UE contra os Estados-Membros há de ser feita perante os tribunais nacionais. Em razão disso, também, por força do princípio da cooperação leal, os órgãos jurisdicionais nacionais devem assegurar o princípio da proteção jurisdicional efetiva dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da UE[341]. A proteção jurisdicional efetiva está consagrada no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 19.º do TUE e assegura a capacidade de todos irem a tribunal para exercer um direito ou exigir uma conduta/abstenção de outro[342]. Além do mais, constatando-se uma violação do direito da UE por parte dos Estados-Membros, existe inclusive a possibilidade de se requerer uma reparação dos danos eventualmente causados aos particulares[343].

Como se pode perceber, o princípio da cooperação leal permite fundamentar uma série de princípios gerais do direito da UE, nomeadamente o primado, o efeito direto, a interpretação conforme, a efetividade do direito da União, a responsabilidade do Estado por violação das obrigações europeias e a tutela jurisdicional efetiva[344]. Para além destes princípios, o entendimento subjacente à ideia do ordenamento europeu como uma ordem jurídica autónoma, ou como uma União de Direito, deu também mote a uma leitura do direito da UE fundamentada no princípio do respeito aos direitos fundamentais, no princípio democrático e no princípio da separação dos poderes (ou equilíbrio constitucional) [345].

O princípio da separação dos poderes sempre acompanhou o processo de integração europeu, porém este não reflete o modelo tripartido próprio dos sistemas estaduais, equiparando-se mais a um sistema de freios e contrapesos[346]. É que desde os Tratados de Roma (1957) passou-se a verificar o desenvolvimento de um sistema de divisão funcional de competências entre a então CEE e os seus Estados-Membros. Nos termos deste sistema, os tratados anunciavam os fins da CEE bem como os meios que esta dispunha para alcançá-los, ou seja, a atuação da CEE deveria balizar-se dentro dos

[340] Cfr. SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 110.

[341] Veja-se o acórdão *Factortame*, processo C-213/89 do TJUE, de 19 de junho de 1990.

[342] ARNULL Anthony, The principle of an effective judicial protection in EU law: an unruly horse?", *European Law Review*, vol. 36, n.º 1, 2011, p. 51.

[343] Veja-se o acórdão *Francovich* processos apensos C-6/90 e C-9/90 do TJUE, de 19 de novembro de 1991.

[344] Cfr. SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 104-105.

[345] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Interpreting European Law..., cit., p. 140.

[346] Neste sentido, veja-se: SILVEIRA Alessandra, Constituição, Ordenamento e Aplicação..., cit., p.72-73.

limites definidos por estas duas cláusulas: meios e fins[347]. É possível melhor visualizar esta divisão funcional de competências ao retomar o exemplo do primado do direito da UE. No acórdão *Costa c. ENEL*[348], o TJUE, ao estabelecer o princípio do primado, sustentou que o direito da UE goza de primazia sobre o direito nacional, não por lhe ser superior, mas porque é materialmente competente[349], isto é, porque dispõe dos meios e dos fins para regular o caso em concreto. De seguida, no acórdão *AETR*[350], o TJUE reforçou o seu entendimento no sentido de que o primado deve ser enquadrado no âmbito de uma questão de competência. Sob este diapasão, a relação entre a UE e os seus Estados-Membros não depende de qualquer disputa de autoridade hierárquica em relação à aplicação de suas normas, já que a solução encontra-se no âmbito das competências atribuídas a cada qual. É por isso que, na eventualidade de um conflito entre normas de distintas fontes, a solução deve pautar-se na análise do âmbito das competências jurisdicionais concorrentes no caso em concreto – ou, como diria Ingolf Pernice, deve-se procurar uma solução funcional e não hierárquica[351]. Em razão disso, ao longo deste estudo, há de ter-se em mente que os processos de harmonização jurídica não se resumem a um procedimento técnico baseado em métodos hierárquicos de acomodação entre normas de distintas fontes, mas envolvem questões profundamente relacionadas às esferas de competência e legitimidade entre todas as partes envolvidas nos processos de tomada de decisão no sistema jurídico-político plural da UE[352].

É por isso que ao invés do princípio da separação de poderes, que na concepção de Montesquieu servia para proteger os indivíduos contra eventuais abusos de poder[353], na UE prevalece o princípio do equilíbrio institucional, visto que melhor explica as posições de poderes (competências) entre as instituições da UE e os seus Estados-Membros. O princípio do equilíbrio institucional, tal como referido pelo TJUE pela primeira vez no acórdão *Meroni*[354], implica que cada instituição está obrigada a agir dentro de sua própria esfera de competências. Trata-se de assegurar, deste modo, o mútuo respeito inter-institucional dos poderes conferidos pelos Tratados. Sob este diapasão, as instituições da

---

[347] Cfr. SOARES António Goucha, A Divisão de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, *Revista de Relações Internacionais*, vol. 1, 2004, p. 55.

[348] Acórdão *Costa contra E.N.E.L.*, processo C-6/64, do TJUE, de 15 de julho de 1964.

[349] Em sentido semelhante, veja-se: SILVEIRA Alessandra, Constituição, ordenamento e aplicação..., cit., p. 73-80.

[350] Acórdão *Comissão c. Conselho*, processo C-22/70 do TJUE, de 31 de março de 1971.

[351] PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism in the..., cit., p. 8.

[352] Cfr. WEATHERILL Stephen, Why harmonise?, in TRIDIMAS Takis e NEBBIA Padisa (eds.), *EU Law for the XXI Century*, vol. 2, London, Blomsburry Publishing, 2004, p. 31.

[353] Cfr. JACQUÉ Jean Paul, The Principle of Institutional Balance, *Common Market Law Review,* vol. 41, n°2, 2004, p. 384.

[354] Acórdão *Meroni*, processo 9/56, do TJUE, de 13 de junho de 1958, p. 44.

UE devem reservar o seu campo de atuação limitando-se às suas respetivas competências[355]. No que diz respeito à função legislativa, por exemplo, importa sublinhar mais uma vez que o sistema de divisão de competências na UE não reflete propriamente o modelo tripartido de separação dos poderes próprio dos sistemas estaduais. Isto porque na UE a função legislativa é exercida por várias instituições europeias, consoante o processo decisório previsto nos tratados para as mais variadas situações. É por isso que, como assevera Alessandra Silveira, "o sistema de freios e contrapesos, indispensável ao saudável funcionamento das instituições políticas, afigura ser mais evidente na UE, na medida em que tudo é exaustivamente debatido e nenhuma decisão é tomada sem que se tenha atingido um amplo consenso sobre a matéria entre todos os envolvidos nos processos de tomada de decisões"[356]. O princípio do equilíbrio constitucional possibilita, desta forma, a ocorrência de uma maior transparência no que concerne às responsabilidades entre as mais diversas autoridades que coexistem no sistema internormativo da UE.

Frise-se, no entanto, que as questões relacionadas à definição de competências entre a UE e os seus Estados-Membros só passaram a ser melhor individuadas a partir do Tratado de Lisboa, através da introdução do artigo 5.º no TUE e dos artigos 2.º,3.º,4.º,5.º e 6.º no TFUE. Antes, a repartição de competências era sempre vista como um problema a se resolver no âmbito das cimeiras europeias, tendo em conta a coexistência de diferentes autoridades dentro de uma política maior a qual estão todos vinculados. É por isso que, desde as alterações institucionais introduzidas pelo Ato Único Europeu (1986), as preocupações relacionadas com a questão da repartição de competências tomaram proporções cada vez maiores. O alargamento do voto por maioria qualificada e a consequente redução do direito de veto dos Estados sobre as decisões "comunitárias" aumentavam a insegurança dos governos nacionais sobre os resultados do processo de decisão da então Comunidade Europeia. Na medida em que a divisão de competências entre a então Comunidade Europeia e os Estados-Membros se processava segundo um mecanismo funcional de atribuição de competências, isto suscitava dúvidas sobre os limites efetivos da ação da Comunidade em confronto com as prerrogativas dos Estados[357]. Eis porque os governos nacionais colocaram de modo crescente o problema da divisão de competências como temática central do constitucionalismo europeu – ou seja, os tratados

[355] Cfr. JACQUÉ Jean Paul, The Principle of Institutional..., cit., p. 383-391.

[356] Cfr. SILVEIRA Alessandra, Constituição, Ordenamento e Aplicação..., cit., p. 73.

[357] Neste sentido, Cruz Vilaça e Alessandra Silveira afirmam que *"[t]he risk of this functional focus is precesely the dilution of responsibilities, since it creates difficulties in identifying what belongs to each level or political entity. However, it is this originality, organized in terms of a 'multilevel governance model', which forms the basis of the EU's genetic code*". CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in KOCHENOV Dimitry (ed.), *EU Citizenship and Federalism – The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 125.

constitutivos haveriam de conferir maior atenção à matéria da divisão vertical de competências, para que assim se pudesse assegurar aos Estados-Membros uma devida proteção contra as tendências centrípetas. Não de outro modo que o tema da repartição de competências adquiriu destacado protagonismo aquando da Conferência Intergovernamental, que conduziu à assinatura do Tratado de Maastricht[358].

A União Europeia, criada pelo Tratado de Maastricht, foi investida de determinadas competências, classificadas em três pilares: o primeiro pilar era aquele no âmbito do qual as instituições europeias exerciam as competências que eram objeto de transferência de soberania pelos Estados-Membros (comunidade europeia); o segundo pilar era constituído pela política externa e de segurança comum; e o terceiro pilar era constituído pela cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos. Com esta divisão, o Tratado de Maastricht pôs termo aos desgastes que advinham das competências de atribuição. Porém, sob uma perspectiva política, o problema da repartição de competências continuou a colocar-se mesmo depois desta tentativa de solução. Isto se deu em virtude de o Tratado de Maastricht ter conferido um novo conjunto de atribuições à UE, muitas delas em áreas que até então pertenciam à esfera tradicional de atuação dos Estados. Daí que, para além das competências de natureza exclusiva e de natureza partilhada, o Tratado de Maastricht introduziu as competências complementares e o princípio da subsidiariedade. No âmbito das competências complementares, a UE se limitaria a complementar ou apoiar ações nos domínios de responsabilidade dos Estados-Membros, tais como a saúde, a cultura, o turismo, o desporto etc. Relativamente ao princípio da subsidiariedade, pode dizer-se que se trata de um instrumento através do qual se procura aprofundar os valores comuns partilhados entre as instituições centrais e locais, ou seja, entre a União Europeia e os Estados-Membros. É por isso que o princípio da subsidiariedade só tem relevância no âmbito das competências partilhadas, já que não teria nenhum efeito no foro das competências exclusivas da UE[359].

Acontece que a natureza do princípio da subsidiariedade é eminentemente política, dificultando ou até mesmo impedindo o controlo pelo TJUE[360]. Deste modo, pese o Tratado de Maastricht tivesse

[358] Sobre o problema da repartição das competências na UE, veja-se: CRUZ VILAÇA José Luís; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 133-145.

[359] Em sentido diverso, Alessandra Silveira defende que a subsidiariedade não se cinge apenas ao exercício das competências partilhadas. Neste sentido, veja-se: SILVEIRA Alessandra, Sull'esercizio delle competenze dell'Unione europea: il Parlamento portoghese e il giudizio di conformità al principio di sussidiarietà, in BILANCIA Paola (coord.), *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Milano, CEDAM/Wolters Kluwer, 2011, p. 284-285.

[360] Com efeito, o TJUE nunca reconheceu a invalidade de atos jurídicos europeus com fundamento na violação do princípio da subsidiariedade. Neste sentido, veja-se: POCAR Fausto, BARUFFI Maria Caterina (coord.), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, 2.ª ed., CEDAM, 2014, p.33. De acordo com Alessandra Silveira, apesar de a subsidiariedade ser um princípio jurídico, a decisão sobre a necessidade e a intensidade de uma concreta

sido capaz de dotar a UE dos antídotos jurídicos adequados para conter as tendências centrípetas na repartição de competências, não conseguiu, no entanto, resolver definitivamente as inquietações políticas que esta temática suscitava[361]. Daí porque não é de se estranhar que na Declaração de Laeken (em 2001) tivesse sido levantada a necessidade de se estabelecer uma delimitação mais precisa das competências entre a União Europeia e os Estados-Membros. Tanto que, na sequência, no âmbito do projeto no qual se pensava em elaborar uma Constituição Europeia, Franz Mayer já afirmava no sentido de que a questão da competência havia se tornado a palavra-chave para o futuro da integração europeia[362].

Atento a estas questões e a despeito de outras decisões já anteriormente tomadas em relação à matéria da competência, o TJUE, no caso sobre a publicidade e o patrocínio dos produtos do tabaco – Processo C-376/98, República Federal da Alemanha contra o Parlamento Europeu e o Conselho –, aproveitou o ensejo para ali estabelecer, pela primeira vez, os limites da competência da União na adoção de um ato jurídico. Estava em causa o pedido de anulação da Diretiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco. Ao interpretar o artigo 100.º-A, bem como os artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado na época em vigor, o TJUE estabeleceu que as medidas previstas naquelas disposições destinavam a melhorar as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno, mas isto não atribuía ao legislador da União uma competência geral para regulamentar o mercado interno, pois isto seria incompatível com o princípio da atribuição, segundo o qual as competências da União são competências de atribuição. À partida, o TJUE verificou que o legislador da União poderia fundar-se nas referidas bases jurídicas para proibir certas formas de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco, porém, dado o caráter geral da proibição da publicidade e do patrocínio dos produtos do tabaco prevista naquela diretiva, isto extrapolava os limites de atribuição da competência. Esta decisão tomada pelo TJUE, no sentido de anular a Diretiva 98/43/CE, propiciou

---

atuação legislativa é sempre subordinada a uma valoração de natureza sobretudo política. Não de outro modo que o TJUE tem revelado a existência de uma ampla margem de discricionariedade para a atuação das instituições europeias, na medida em que o juiz europeu não se pode substituir às escolhas políticas adotadas com base em valorações complexas. Daí que isto corresponde, na prática, a uma certa autolimitação do TJUE no exercício do controlo jurisdicional da subsidiariedade. Cfr. SILVEIRA Alessandra, Sull'esercizio delle competenze dell'Unione europea: il Parlamento portoghese e il giudizio di conformità al principio di sussidiarietà, in *Il ruolo dei parlamenti nazionali*..., cit., p. 285-286.

[361] Cfr. SOARES António Goucha, A Divisão de Competências..., cit., p. 59.

[362] MAYER Franz C., Competences – Reloaded? The vertical division of powers in the EU and the new European Constitution, *Humboldt-Universität zu Berlin WHI – Paper 19/04*, 2004.

uma reflexão aprofundada sobre quais seriam exatamente os limites de atribuição da competência à União, bem como quais consequências poderiam dali advir na determinação do futuro da União.

Conforme já referido, o Tratado de Lisboa veio arrefecer as preocupações concernentes a tais questões ao introduzir um catálogo de competências mais bem definido entre a União Europeia e os Estados-Membros. Verifique-se desde logo no artigo 1.º do TUE, que "[a]s Altas Partes Contratantes instituem entre si uma União Europeia [...] à qual os Estados-Membros atribuem competências para atingirem seus objetivos comuns". Na sequência, o TUE em seu artigo 4.º, n.º 1 e artigo 5.º, n.º 2 estabelece que as competências não transferidas à UE restam com os Estados-Membros. Nesta mesma senda sublinhe-se o estabelecimento do Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, que, além de reforçar o desejo político de limitar os poderes da UE, ao mesmo tempo esclarece que são os Estados-Membros a única fonte de competências atribuídas à UE. Todavia, interessa frisar que o Tratado de Lisboa, ao introduzir o artigo 352.º no TFUE, estabeleceu uma cláusula de flexibilidade, o que significa dizer que o quadro de competências não ficou engessado, permitindo ainda qualquer margem de manobra, ainda que qualquer deliberação neste sentido requeira a unanimidade. Sob este diapasão, o TJUE continua a desempenhar um importante papel de controlo no exercício das competências, interpretando e estabelecendo os limites dos princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade[363].

Este controlo de competências pode ser exercido de entre outras formas através da tutela contenciosa prevista no artigo 263.º do TFUE, que estabelece o recurso de anulação[364] – ilustrado no caso sobre a publicidade e o patrocínio dos produtos do tabaco (Processo C-376/98). Trata-se de um meio processual de controlo da legalidade das normas de direito secundário, nomeadamente atos legislativos, que vestem a forma de regulamentos, diretivas e decisões adotados nos termos de um processo legislativo ordinário (n.º 1 do artigo 289.º do TFUE) ou de um processo legislativo especial

[363] Em 30 de junho de 2009, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) anunciou sua decisão sobre a compatibilidade do Tratado de Lisboa com a Constituição alemã. Por unanimidade os juízes decidiram a favor da constitucionalidade do Tratado. Apesar do resultado positivo, o TCFA, na referida decisão, seguindo a jurisprudência fixada no acórdão *Maastricht* de 1993 (BVerfG 89/155, de 11 de agosto de 1993, n.º 210), reafirmou os limites constitucionais da transferência de direitos de soberania à UE. Um desses limites prende-se com a cláusula de flexibilidade (artigo 352.º do TFUE). De acordo com o TCFA, as cláusulas de flexibilidade não são propriamente contrárias à soberania estatal, pois as instituições da UE não podem independentemente alterar as fundações da UE e seus Tratados. Porém, o exercício desta clásula exige uma lei de acordo com o artigo 23.º I 2 e 3 LF ou a aprovação do Parlamento alemão, além do consentimento do Conselho Federal, se este for necessário segundo a legislação nacional. Com isso, o TCFA exclui a possibilidade de a UE ampliar suas competências por conta própria. Qualquer passo significativo em direção à extensão das competências da UE por recurso à cláusula de flexibilidade do artigo 352.º do TFUE deverá ser antes submetido à aprovação do Parlamento e do Conselho Federal na Alemanha, uma vez que apenas o consentimento do governo não cumpre as exigências da legitimidade democrática. Cfr. Acórdão *Lisboa*, processo BVerfG, 2 BvE 2/08 do Tribunal Constitucional Alemão, de 30 de junho de 2009, n.º. 327.

[364] Sobre o recurso de anulação, veja-se: GOUVEIA E MELO Pedro de, Recurso de Anulação, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 366-369.

(n.º 2 do artigo 289.º do TFUE). De acordo como o segundo parágrafo do artigo 263.º do TFUE, a anulação de um destes atos legislativos pode dar-se, de entre outros motivos, em virtude da constatação de uma incompetência (quer pela ausência de uma competência atribuída à União quer porque se encontra atribuída a outra instituição da União) ou desvio de poder. Lembrando que as instituições da UE só podem adotar quaisquer normas de direito secundário se estiverem habilitadas para tanto, consoante os limites impostos pelo princípio da atribuição, consagrado no n.º 1 do artigo 5.º do TUE. Importa também mencionar que as normas de direito secundário devem sua validade às normas de direito primário, ou seja, precisam de estar em conformidade com os Tratados da UE[365].

No que tange mais especificamente sobre a adoção de normas de direito secundário, como se pôde perceber, a função legislativa é exercida por várias instituições europeias consoante as competências que lhes são atribuídas pelos Estados-Membros. Em razão disso, embora o Tratado de Lisboa tenha introduzido uma distinção entre atos legislativos e não legislativos, não existe propriamente uma hierarquia entre eles[366]. Assim, tanto os regulamentos, as diretivas e as decisões adotados por atos legislativos quanto os regulamentos, as diretivas e as decisões adotados por atos não legislativos são equivalentes. Os atos não legislativos, no entanto, podem assumir a forma tanto de atos delegados (artigo 290.º do TFUE) quanto de atos de execução (artigo 291.º do TFUE). Os atos delegados completam ou alteram certos elementos essenciais do ato legislativo[367]. São adotados por uma instituição mediante concessão de competência de um ato legislativo, ou seja, quando um regulamento, uma diretiva ou decisão confere à Comissão ou ao Conselho competência para vir desenvolver, concretizar e executar as opções fixadas pelo ato legislativo[368]. Os atos de execução, por sua vez, fazem alusão ao postulado de que os Estados devem tomar todas as medidas necessárias à consecução dos objetivos da União, decorrendo esta obrigação do princípio da cooperação leal e seus corolários, especialmente os princípios do primado e do efeito direto. Deste modo, os atos de execução conferem poderes normativos e de decisão à Comissão, ou, em sede de política externa e de segurança comum, ao Conselho[369].

[365] Cfr. CAPETA Tamara, Harmonisation of national legislation..., cit., p. 2-3.

[366] Cfr. CAPETA Tamara, Harmonisation of national legislation..., cit., p. 5.

[367] Cfr. DUARTE Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado*..., cit., p. 77.

[368] Cfr. PATRÃO Afonso, O Direito Derivado da União Europeia à Luz do Tratado de Lisboa, *Revista "Temas de Integração"*, n.º 26, 2008, p. 150-151.

[369] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p.196-197.

Diante do exposto, resta saber então o que são regulamentos, diretivas e decisões[370]. De um modo geral, enquanto os regulamentos e as diretivas possuem caráter geral e abstrato[371], as decisões são dotadas de natureza individual e concreta – embora também possam apresentar algumas características de generalidade e abstração. Isto significa que as decisões são geralmente direcionadas a destinatários específicos, tornando-se obrigatória apenas para estes[372].

Sendo os regulamentos de caráter geral e abstrato, geram direitos e obrigações aos Estados-Membros e aos particulares[373]. Desta forma, diz-se que os regulamentos possuem efeito direto, o que significa que podem ser invocados pelos seus destinatários tanto nas relações entre particulares e Estados-Membros quanto nas relações de paridade jurídica entre particulares. Ainda consoante o disposto no §2.º do artigo 288.º do TFUE, os regulamentos são obrigatórios em todos os seus elementos e têm aplicabilidade direta e imediata. Ao determinar que os regulamentos são obrigatórios em todos os seus elementos, isto quer dizer que ao vincular não só os Estados-Membros, mas também os particulares, não podem ter o conteúdo e o sentido de suas prescrições alterados no ordenamento jurídico interno, sob pena de colocar em causa o princípio da União de direito. Deste modo, a partir do momento em que os regulamentos são publicados no JOUE e entram em vigor, devem integrar imediatamente o direito interno conforme suas prescrições, sem necessidade de qualquer mecanismo de receção no ordenamento jurídico nacional[374] – daí porque se diz que a sua aplicabilidade é direta e imediata. Entende-se por aplicabilidade direta e imediata o efeito das normas de direito da UE que entram em vigor nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, independentemente de qualquer ato de receção ou transposição. Neste sentido, o TJUE estabeleceu que "*[l]a aplicabilidad directa de un Reglamento exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor o en contra de los sujetos de Derecho se produzcan sin necesidad de ninguna medida de incorporación al Derecho nacional*"[375]. A aplicabilidade direta e imediata é, portanto, um princípio por força do qual o direito da UE aplica-se na ordem interna sem que se torne necessário assegurar a transposição para o direito nacional. Importa ressaltar, contudo, que, ao vigorarem no ordenamento jurídico dos Estados-Membros, os regulamentos

[370] A distinção entre as normas de direito da UE como formas específicas de harmonização jurídica justifica-se na medida em que permite verificar de que modo a UE se relaciona com os seus Estados-Membros. Neste sentido, veja-se: VAN DEN BRINK Ton, The Impact of EU Legislation on National Legal Systems: Towards a New Approach to EU-Member State Relations, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, 2017, p. 233.

[371] Neste sentido, veja-se o acórdão *Calpak c. Comissão*, processos apensos 789 e 790/79 do TJUE, de 17 junho de 1980.

[372] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p.208-209.

[373] Cfr. CAMPOS João da Mota, *Manual de direito comunitário*, 3.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 303.

[374] Cfr. GORJÃO-HENRIQUES Miguel, Regulamento, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 377-378.

[375] Acórdão *Variola*, processo do TJUE 34/73, de 10 de outubro de 1973, n.º 10.

não deixam de perder a sua qualidade de atos legislativos e normativos da UE[376]. Com efeito, em virtude dos princípios da cooperação leal e do primado, os regulamentos prevalecem sobre o direito nacional que lhe é desconforme. Assim, em caso de colisão entre o direito nacional e um regulamento da UE, os tribunais nacionais devem aplicar o regulamento e desaplicar aquele[377].

As diretivas, por sua vez, conforme o §3.º do artigo 288.º do TFUE, vinculam os Estados-Membros quanto aos objetivos a serem alcançados dentro de um prazo determinado, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios que considerarem mais adequado[378]. Entende-se por forma, um ato legislativo ou um ato regulamentar, por exemplo; e, por meios, a aprovação de um quadro normativo específico ou revisão e adaptação de um quadro normativo avulso previgente, por exemplo[379]. Neste sentido, a diretiva é considerada meio de produção ontologicamente incompleta pelo fato de apenas determinar resultados, sem especificar os meios[380]. Ficam sujeitas, por isso, à transposição de acordo com o direito interno de cada Estado-Membro[381], o que desde já requer o estabelecimento de uma cooperação leal entre a UE e os Estados-Membros para que os resultados pretendidos sejam alcançados[382]. De qualquer modo, os Estados-Membros possuem uma certa discricionariedade para decidir a forma e os meios de transposição das diretivas para seus respetivos ordenamentos jurídicos. Em razão disso, as diretivas são muito das vezes preteridas no âmbito dos processos de harmonização jurídica, já que os Estados-Membros gozam de alguma liberdade na sua implementação[383]. Por outras palavras, os Estados podem introduzir suas preferências e sensibilidades nacionais quando da implementação da diretiva no ordenamento jurídico interno[384].

Note-se que a opção pela diretiva em detrimento do regulamento justifica-se em virtude da menor importância dada à harmonização jurídica em todos os Estados-Membros em relação à matéria disciplinada[385]. Com efeito, as diretivas são vistas como instrumentos de harmonização jurídica pelo fato de a realização dos objetivos atribuídos à UE implicar que ela tenha que legislar nos temas que

---

[376] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 200.

[377] Neste sentido, veja-se o acórdão *Simmenthal*, processo do TJUE 106/77, de 9 de março de 1978.

[378] Neste sentido, veja-se: KENT Penelope, *Law of the European Union*, 2.ª ed., London, M&E Pitman Publishing, 1996, p. 26-27.

[379] Neste sentido, veja-se: DUARTE Maria Luísa, O tempo e a transposição de diretivas no direito da união europeia, in *ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2012, p. 423-439.

[380] Cfr. LEAL Rosemiro Pereira, *Curso de direito económico comunitário*, Porto Alegre, Síntese, 2002, p. 57.

[381] No ordenamento jurídico português a transposição de diretivas da UE só pode ser feita, nos termos do artigo 112.º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa, por lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional. Sobre a transposição de diretivas ao ordenamento jurídico dos Estados-Membros, veja-se: SILVA Maria Manuela Magalhães, A aplicabilidade direta do direito da União Europeia no direito interno, *Revista de Valença*, 2012, p.189.

[382] Cfr. SILVA Maria Manuela Magalhães, A aplicabilidade direta do direito..., cit., p.189.

[383] Cfr. GORJÃO-HENRIQUES Miguel, Regulamento, in *Enciclopédia da União Europeia*, cit., 1, p. 157.

[384] Cfr. KLAMERT Marcus, What we talk about when we talk about harmonization, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 17, 2015, p. 363.

[385] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 201.

considera indispensáveis. Acontece que, quando a matéria a ser legislada exige uma maior uniformidade, dá-se preferência aos regulamentos. Nos demais casos, no entanto, quer por limitação explícita imposta pelo Tratado, quer em respeito ao princípio da proporcionalidade, a UE atua por meio das diretivas. Assim sendo, as diretivas proporcionam às instituições da UE uma maior flexibilidade, ao permitir uma maior adaptação às particularidades nacionais, vez que deixam aos Estados-Membros uma certa margem de manobra quanto à sua implementação, pelo fato de referirem-se a objetivos menos ambiciosos de harmonização jurídica[386].

Não obstante esta maior flexibilidade conferida aos Estados-Membros, não se pode deixar de destacar que a transposição das diretivas deve ser correta, completa e com a especificidade, exatidão e clareza requeridas para que seja satisfeita a exigência da segurança jurídica e assegurado o seu efeito útil[387]. Do mesmo modo, os Estados-Membros devem observar o prazo de transposição fixado aquando da adoção da diretiva (regra geral dentro de dois anos, embora este prazo possa ser estendido – eis o caso *e.g.*: da Diretiva 2006/123/CE, sobre serviços no mercado interno, que entrou em vigor em 28-12-2006 e teve um prazo de transposição de 3 anos, até 28-12-2009)[388]. Caso o Estado-Membro não faça a transposição da diretiva dentro do prazo fixado, ou caso seus órgãos não cumpram o disposto na diretiva, ou mesmo nos casos de errada e insuficiente transposição, o Estado-Membro coloca-se numa situação de incumprimento, sancionável contenciosamente (artigo 258.º TFUE), pois a transposição têm caráter imperativo[389].

Acontece que nem sempre o recurso a este mecanismo – no qual a Comissão detém a legitimidade ativa para demandar contra o Estado-Membro faltoso perante o TJUE – assegura suficientemente a defesa dos interesses dos particulares. É por isso que a) quando a violação imputável ao Estado-Membro decorrente da não transposição da diretiva (ou da sua transposição incorreta) for suficientemente caracterizada; b) quando a diretiva conferir direitos aos particulares; e c) quando existir um nexo de causalidade entre a mesma e o dano alegadamente sofrido pelo particular, o incumprimento também dá ensejo a um direito de reparação através da ação de responsabilidade civil extracontratual a ser proposta pelo particular lesado contra o Estado-Membro faltoso. Eis o que decorre do princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do direito da União, que

[386] Cfr. CAMPOS João Luiz Mota, *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010. p. 325.

[387] Neste sentido, veja-se o acórdão *Comissão c. França*, processo C-225/97 do TJUE, de 19 de maio de 1999.

[388] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 202.

[389] Neste sentido, veja-se o acórdão *Grad c. Finanzamt Traunstein*, processo C-9/70 do TJUE, de 06 de outubro de 1970.

conheceu seu momento inaugural com o acórdão *Francovich*[390], seguido do acórdão *Brasserie du Pêcheur*[391].

Logo, pode afirmar-se que ainda que a vigência interna das diretivas seja limitada, não está totalmente dependente da sua transposição, visto que os particulares podem invocar os direitos delas emanados. Por outras palavras, embora as diretivas não gozem de aplicabilidade direta – pois precisam de ser transpostas para o ordenamento jurídico do Estado-Membro –, podem (eventualmente) gozar de efeito direto[392]. Neste sentido, se o Estado-Membro estava obrigado a transpor a diretiva e não o faz (no prazo por esta fixado), não pode prevalecer beneficiando perante os particulares do seu próprio incumprimento[393]. Nos acórdãos *Van Duyn*[394] e *Ratti*[395], por exemplo, o TJUE determinou que expirado o prazo de transposição da diretiva e não tendo o Estado-Membro cumprido essa obrigação de transposição, os particulares podem invocar, num tribunal nacional, as disposições da diretiva contra o Estado infrator.

Ressalte-se que até mesmo quando o prazo para a transposição da diretiva não se tenha esgotado, de acordo com a jurisprudência do TJUE, "[i]ncumbe aos Estados-Membros, durante o prazo de transposição, tomar as medidas necessárias para garantir que o resultado imposto pela diretiva seja atingido quando o prazo expirar"[396]. Isto não significa que os Estados-Membros devam adotar as disposições da diretiva antes de findo o prazo para a sua transposição, mas implica um impedimento no sentido de, por exemplo, aprovar legislação com conteúdo contrário ao programa de harmonização que resulta do texto da diretiva. Nesta senda, decorre para os Estados-Membros uma obrigação de abster-se – que também se estende aos seus tribunais[397], no sentido de não aplicar uma norma nacional, antes de findo o prazo de transposição da diretiva, que possa comprometer o resultado nela

[390] Veja-se: Acórdão *Francovich*, processos apensos C-6/90 e C-9/90 do TJUE, de 19 de novembro de 1991.

[391] Veja-se: Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, processos apensos C-46/93 e C-48/93 do TJUE, de 5 de março de 1996.

[392] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, Coordenadas de vertebração de uma metódica da interconstitucionalidade a partir de um caso de estudo sobre a responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União, in AMARAL Maria Lúcia (org.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 15.

[393] Cfr. GORJÃO-HENRIQUES Miguel, Regulamento, in *Enciclopédia da União Europeia*, cit., 1, p. 158.

[394] Acórdão *Van Duyn*, processo C-41/74 do TJUE, de 4 de dezembro de 1974.

[395] Acórdão *Ratti*, processo C-148/78 do TJUE, de 5 de abril de 1979.

[396] Acórdão *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, processo TJUE C-129/96 do TJUE, de 18 de dezembro de 1997, n.º 44.

[397] Neste sentido, veja-se: Acórdão *Von Colson e Kamann*, processo C-14/83 do TJUE, de 10 de abril de 1984; Acórdão *Marleasing*, processo C-106/89 do TJUE, de 13 de novembro de 1990; Acórdão *Carbonari*, processo C-131/97 do TJUE, de 25 de fevereiro de 1999.

previsto[398]. De qualquer modo, a não aplicação de uma disposição nacional só se coloca se a sua interpretação conforme não for possível[399].

Como se pôde perceber, não obstante as diretivas não tenham efeito direto, os particulares podem invocar os direitos por ela conferidos. Eis o que ficou patente a partir do acórdão *Franz Grad*, no qual o TJUE foi chamado a pronunciar-se em sede de um pedido de decisão prejudicial formulado pelo *Finanzamt Traunstein* de München. Estava em causa saber, em suma, se as disposições contidas tanto numa decisão quanto numa diretiva (designadamente o artigo 4.º da Decisão 65/-271/CEE do Conselho, de 13 de Maio de 1965, e o artigo 1.º da Diretiva 67/-227/CEE do Conselho, de 11 de Abril de 1967), produziam efeitos diretos nas relações entre Estados-Membros e particulares. Em resposta ao reenvio, o TJUE estabeleceu que se os regulamentos são diretamente aplicáveis e, consequentemente, por natureza, sucetíveis de produzir efeitos diretos, isso não impede que outras categorias de atos jurídicos possam vir a produzir efeitos análogos[400]. Todavia, importa observar que enquanto o efeito direto é inerente à natureza dos regulamentos, nas diretivas o efeito direto é excecional, ou seja, só existe nos casos de incumprimento ou cumprimento defeituoso da diretiva pelo Estado-Membro. Assim sendo, o TJUE tem reiteradamente entendido que os cidadãos só podem invocar diretamente uma diretiva desde que preenchidas algumas condições. No acórdão *Ursula Becker*[401], por exemplo, o TJUE reconheceu o efeito direto das diretivas somente nos casos em que suas disposições determinem direitos aos cidadãos da União de forma incondicional e suficientemente precisa. E, no já citado acórdão *Ratti*, o TJUE reforçou a necessidade de já se ter expirado o prazo de transposição da diretiva para que se possa efetivamente invocá-las.

Embora o TJUE tenha reconhecido a possibilidade de as diretivas gozarem de efeito direto, na maioria dos casos têm-se entendido haver a possibilidade de invocá-las apenas verticalmente (nas relações jurídicas entre particulares e o Estado), e não horizontalmente (nas relações jurídicas entre particulares). Isto porque, consoante o disposto no artigo 288.º do TFUE, as diretivas só têm como destinatários os Estados e não possuem o mesmo alcance geral dos regulamentos. Ainda segundo a jurisprudência do TJUE, a invocabilidade das diretivas contra o Estado ao domínio das relações entre particulares "levaria a reconhecer à Comunidade o poder de criar, com efeito imediato, deveres na esfera jurídica dos particulares, quando ela só tem competência nas áreas em que lhe é atribuído o

[398] Cfr. OLIVEIRA PAIS Sofia, Princípio da Interpretação Conforme, in *Princípios Fundamentais de Direito*..., cit., p. 93-107.

[399] Neste sentido, veja-se: Acórdão *Maribel Dominguez*, processo C-282/10 do TJUE, de 24 de janeiro de 2012, n.º 23. A obrigação da interpretação conforme só passa a existir, no entanto, a partir do termo do respetivo prazo de transposição da diretiva. Neste sentido, veja-se: Acórdão *Adeneler*, processo do TJUE C-212/04, de 4 de julho de 2006, n.º 115.

[400] Cfr. Acórdão *Franz Grad*, processo 9/70 do TJUE, de 6 de outubro de 1970, n.º 5.

[401] Acórdão *Becker*, processo C-8/81 do TJUE, de 19 de janeiro de 1982, n.º 25.

poder de adotar regulamentos"[402]. Neste mesmo sentido, de acordo com Chalmers, quando a UE tem competências para adotar apenas diretivas, não tem autoridade constitucional para elaborar normas que podem ser diretamente aplicadas a particulares; para essas normas poderem ser aplicadas é necessária a participação (através de medidas de transposição) dos Estados-Membros[403].

Assim sendo, em grande parte dos casos, as diretivas não transpostas (ou incorretamente transpostas) para o direito nacional só poderão operar entre particulares pela aplicação do princípio da interpretação conforme[404]. De acordo com o TJUE, para efeito da interpretação conforme, "[q]uando ao órgão jurisdicional nacional seja submetido um litígio que envolva exclusivamente particulares, o mesmo é obrigado, ao aplicar as disposições de direito interno adotadas para transpor as obrigações previstas numa diretiva, a tomar em consideração todo o direito nacional e a interpretá-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade dessa diretiva, para alcançar uma solução conforme ao resultado por ela pretendido"[405]. Neste sentido, os tribunais dos Estados-Membros devem interpretar as normas nacionais de acordo com as diretivas e ainda em conformidade com a interpretação dada às mesmas pelo TJUE[406]. Enquanto na hipótese da eficácia vertical, o conflito normativo é assumido com o consequente afastamento da norma nacional e a aplicação do preceito da diretiva, no domínio da interpretação conforme procura-se evitar o conflito e assegurar por via interpretativa a concordância entre normas de distintas fontes[407].

Ainda consoante o disposto no artigo 288.º do TFUE, além dos regulamentos e das diretivas, o §4.º também inclui as decisões como atos jurídicos que integram o direito secundário da UE. Como já foi mencionado, as decisões são dotadas de natureza individual e concreta, embora possam ser gerais. Com efeito, o Tratado de Lisboa consagrou a possibilidade de a decisão ter, em alguns casos, conteúdo genérico, cuja realização passa pela adoção de medidas de concretização, nomeadamente quando tem

---

[402] Acórdão *Faccini Dori*, processo do TJUE C-91/92, de 14 de junho de 1994, n.º 24.

[403] CHALMERS Damian; DAVIES Gareth; MONTI Giorgio, *European Union Law: Text and Materials*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 376-377.

[404] Cfr. OLIVEIRA PAIS Sofia, Incumprimento das diretivas comunitárias (do efeito directo à responsabilidade do Estado), *Dois temas de direito do trabalho*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2000, p. 20 e ss.

[405] Acórdão *Pfeiffer*, processos apensos C-397/01 a C-403/01 do TJUE, de 5 de outubro de 2004, n.º 120.

[406] Neste sentido, veja-se: Acórdão *Haaga*, processo TJUE 32/74 do TJUE, de 12 de novembro de 1974; Acórdão *Mazzalai*, processo TJUE 111/75 do TJUE, de 20 de maio de 1976; Acórdão *Harz*, processo 79/83 do TJUE, de 10 de abril de 1984; Acórdão *Kolpinghnis Nijmegen*, processo 80/86 do TJUE, de 8 de outubro de 1987; Acórdão *Marleasing*, processo C-106/89 do TJUE, de 13 de novembro de 1990.

[407] Ainda sobre o efeito direto e a interpretação conforme das diretivas, veja-se: SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, Coordenadas de vertebração de uma metódica da interconstitucionalidade a partir de um caso de estudo sobre a responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União, in *Estudos em Homenagem...*, cit., p. 11-37.

como destinatários os Estados-Membros[408]. Contudo, em geral, as decisões são direcionadas a destinatários específicos (por exemplo, a Estados-Membros ou pessoas singulares ou coletivas), tornando-se obrigatória apenas para estes. No caso em que são dirigidas a Estados-Membros, as decisões assemelham-se à diretiva, nomeadamente no que se refere ao efeito direito excecional. Lembre-se que, no acórdão *Franz Grad*, o TJUE reconheceu tanto às diretivas quanto às decisões a suscetibilidade de produção de efeito direto vertical. A possibilidade de produção de efeito direito foi reiterada no acórdão *Hansa Fleish*[409], em que se estabeleceu que, quando uma decisão dirigida aos Estados-Membros estabelece um prazo para a aplicação de disposições precisas e incondicionais, o respetivo efeito direto apenas pode ser invocado se o Estado-Membro destinatário deixar esgotar o prazo sem cumprir as suas obrigações ou cumprindo-as de forma incorreta. Note-se, contudo, que as decisões se diferenciam das diretivas em razão de poder ter outros destinatários que não os Estados-Membros, podendo igualmente não ter destinatários. As decisões dirigidas a um ou vários destinatários têm aplicação direta relativamente a estes, estabelecendo direitos e obrigações, de forma direta e imediata. Já as decisões sem destinatários gozam de aplicabilidade direta dentro do seu âmbito de aplicação e na medida em que o seu conteúdo normativo o justifique[410].

O artigo 288.º do TFUE igualmente prevê as recomendações e os pareceres, que, por serem atos jurídicos não vinculativos, integram o conjunto de *soft law* da UE[411]. Trata-se de instrumentos que, embora não sejam de cumprimentos obrigatório, não estão totalmente desprovidos de efeitos jurídicos[412]. Resulta da jurisprudência do TJUE que mesmo que as recomendações e os pareceres não se destinem a produzir efeitos vinculativos, nem estejam em condições de criar direitos que os particulares possam invocar perante um tribunal nacional, não estão, no entanto, desprovidos de todo e qualquer efeito jurídico. Com efeito, os juízes nacionais são obrigados a tê-los em consideração na resolução dos litígios que lhe são submetidos, nomeadamente quando esclarecem a interpretação de disposições nacionais adotadas com o fim de garantir a sua aplicação ou quando têm por objeto complementar atos jurídicos com carácter vinculativo[413]. Em razão disso, pode dizer-se que as recomendações e os pareceres constituem ferramentas importantes no sentido de aproximar os seus

[408] Cfr. LANCEIRO Rui Tavares, Decisão, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 137.

[409] Acórdão *Hansa Fleish*, processo C-156/91 do TJUE, de 10 de novembro de 1992, n.º 19.

[410] GORJÃO-HENRIQUES Miguel, Regulamento, in *Enciclopédia da União Europeia*, cit., 1, p. 158.

[411] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p.188 e 210.

[412] Cfr. CHALMERS Damian; DAVIES Gareth; MONTI Giorgio, *European Union Law*..., cit., p. 101.

[413] Neste sentido, veja-se o Acórdão *Altair Chimica*, processo C-207/01 do TJUE, de 11 de setembro de 2003, n.º 41.

destinatários (normalmente instituições e órgãos da União, mas também Estados-Membros) ao quadro de propósitos da UE.

Além dos atos jurídicos elencados no artigo 288.º do TFUE, as instituições da UE ainda podem adotar acordos internacionais com Estados-terceiros e organizações internacionais. Esta constitui uma das principais dimensões da ação externa da UE, fundamentada pelo artigo 47.º do TUE, que lhe atribuiu personalidade jurídica. Contudo, antes mesmo da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o TJUE já havia reconhecido a competência da UE para celebrar acordos internacionais, podendo citar neste sentido o emblemático acórdão *AETR* (acordo europeu relativo ao trabalho das tripulações de veículos que efetuam transportes internacionais rodoviários)[414]. Atualmente, a competência da UE para adotar acordos internacionais decorre do n.º 1 do artigo 216.º do TFUE, tendo lugar quando os Tratados os prevejam, ou quando sejam necessários para alcançar, no âmbito das políticas da UE, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados ou quando tal celebração esteja prevista num ato juridicamente vinculativo da União ou seja suscetível de afetar normas comuns ou alterar o seu alcance. O procedimento geral de conclusão de acordos internacionais está previsto no artigo 218.º do TFUE. Note-se que após a sua assinatura, os Estados-Membros, o Parlamento Europeu, o Conselho ou a Comissão podem requerer ao TJUE que se pronuncie sobre a compatibilidade do projeto de acordo com os Tratados, sendo que seu parecer negativo condiciona a aprovação do acordo[415]. Uma vez aprovados, os acordos tomam a forma de decisão, ou em casos mais raros, de regulamentos[416]. Embora os Tratados não regulamentem expressamente sobre a posição hierárquica dos acordos internacionais no ordenamento jurídico da UE, pode afirmar-se que se subordinam ao direito primário, mas não ao direito secundário[417]. E, tendo em vista que os acordos internacionais vinculam as instituições da UE e os Estados-Membros (n.º 2 do artigo 216.º do TFUE), suas normas integram o ordenamento jurídico da UE, primando, por isso, sobre as normas nacionais[418].

---

[414] Acórdão *Comissão c. Conselho*, processo C-22/70 do TJUE, de 31 de março de 1971.

[415] Sobre o parecer 2/13 emitido pelo TJUE em relação ao projeto de acordo internacional com vista à adesão da UE à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), veja-se: OLIVEIRA Francielle Vieira, Direitos Fundamentais: que futuro após o parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia? Breves comentários, in GONÇALVES Rubén Miranda (coord.), *Derechos Humanos y Juventud*, Santiago de Compostela, Xunta de Galícia, 2015, p. 299-324.

[416] Cfr. COUTINHO Francisco Pereira, Acordos Internacionais, Supranacionalismo in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 124-126; DUARTE Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado...*, cit., p. 11.

[417] Cfr. ROSAS Allan, The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, n.º 5, 2011, p. 1310.

[418] Cfr. COUTINHO Francisco Pereira, Acordos Internacionais, in *Enciclopédia da União Europeia*, cit., p. 124-126; DUARTE Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado...*, cit., p. 12.

Por fim, importa destacar a jurisprudência do TJUE, que, como assevera Vlad Constantinesco, trata-se de uma norma de direito constitucional da UE[419]. Com efeito, é através das decisões judiciais que se define a vontade do legislador (constituinte)[420] – sem o juiz esta vontade careceria de realidade, já que é somente pela ação do juiz que ela se torna viva[421]. De fato, o TJUE tem superado o silêncio e as insuficiências dos Tratados por meio de acórdãos sucessivos que não só orientaram o desenvolvimento do direito da UE por meio da obediência aos princípios gerais do direito, mas igualmente moldaram um conjunto de princípios e regras, inclusive dotando-os de normatividade, mesmo quando não expressamente prevista[422]. Maria Luísa Duarte ressalta este papel fulcral desempenhado pelo TJUE, que só foi possível em virtude de os juízes terem dado prioridade a uma interpretação mais empenhada ao espírito do que à própria letra dos Tratados[423]. Segundo Lecourt, os Tratados da UE depositaram na terra a semente de um direito que tende para um determinado objetivo, portanto não se deve fazer uma interpretação árida que retira a seiva que susta os próprios Tratados[424]. Neste sentido, o juiz deve dotar as disposições de direito da UE de todo o seu sentido e consequências úteis, explícitas ou implícitas que a letra e o espírito do texto exigem.

Daiga Rezevska acredita que a jurisprudência do TJUE deve ser inserida num grupo de fontes jurídicas independentes, juntamente com outras fontes jurídicas não escritas vinculativas[425]. De acordo com este jurista, a vinculatividade da jurisprudência do TJUE foi reafirmada após a entrada em vigor da "Declaração sobre o primado do direito comunitário" anexada à ata final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa. Esta Declaração estabelece que os princípios gerais de direito e sua concretização na jurisprudência do TJUE são disposições jurídicas vinculativas, independentemente de estarem ou não escritas nas normas de direito da UE, incluindo os Tratados constitutivos. Assim sendo, pode dizer-se que os Estados-Membros reconheceram os princípios gerais

---

[419] CONSTANTINESCO Vlad, The ECJ as a Law Maker: Praeter aut Contra Legem? in O'KEEFFE David e BAVASSO Antonio (eds.), *Judicial Review in European Union Law*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 74.

[420] Considerando as normas de direito da UE como "compromissos temporários" entre os interesses divergentes e conflitantes dos Estados-Membros e da Comissão, tentar encontrar as "intenções" dos órgãos legislativos no momento da elaboração das normas pode ir contra a lógica da integração. Daí porque o papel do TJUE não é retomar a vontade do legislador, mas sim definir a sua vontade de modo mais favorável à integração. Neste sentido, veja-se: JOUTSAMO Kari, *The Role of Preliminary Rulings in the European Communities*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1979, p. 73-74.

[421] CONSTANTINESCO Vlad, The ECJ as a Law Maker: Praeter aut Contra Legem? in *Judicial Review in European*..., cit., p. 73-74.

[422] Cfr. CAMPOS João da Mota, *Direito Comunitário*, vol. 2, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 181.

[423] DUARTE Maria Luísa, *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica Eurocomunitária*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 242.

[424] LECOURT Robert, *Le juge devant le marché commun*, Genève, Etudes at Travaux de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1970, p. 62-63.

[425] Neste sentido, veja-se os *slides* da Conferência Internacional dedicada ao 15.º aniversário de funcionamento do Senado e Câmaras do Supremo Tribunal da Letónia, *The Case Law of the Supreme Court and its Role in the Development of Legal Thought in Latvia*, disponível em «http://www.at.gov.lv/lv/about/conferences/judic», última visualização em 03-06-2019.

de direito e a sua concretização na jurisprudência do TJUE como disposições jurídicas vinculativas. Há, no entanto, quem argumente que as declarações anexadas aos Tratados constitutivos não têm valor jurídico vinculativo, mas apenas expressam uma vontade de caráter eminentemente político[426]. Todavia, isto não retira a força vinculativa à jurisprudência do TJUE, pois considerando que a unidade e a coerência do direito da UE só podem ser asseguradas na condição de que a interpretação das disposições feita pelo TJUE tenha efeito *erga omnes*, então sua obrigatoriedade não se restringe a um caso específico no qual tenha sido levantada uma questão prejudicial, mas estende-se a todos os casos de todos os Estados-Membros em que o direito da UE deva ser aplicado. Neste sentido, o artigo 260.º do TFUE até mesmo prevê uma sanção pecuniária compulsória aos Estados-Membros que não tomam as medidas necessárias à execução do acórdão do TJUE. Por fim, isto significa que a jurisprudência do TJUE é uma fonte de direito da UE, assim como quaisquer outras disposições normativas que decorrem do ordenamento jurídico europeu.

Feito este estudo sobre as fontes de direito da UE, pode dizer-se sinteticamente que o ordenamento jurídico europeu é composto por um conjunto de normas primárias representadas pelos seus Tratados constitutivos e pela CDFUE, bem como por normas secundárias previstas designadamente no artigo 288.º do TFUE, quais sejam, regulamentos, diretivas, decisões (que são atos jurídicos vinculativos), recomendações e pareceres (que integram o conjunto de *soft law* da UE). Além disso, o ordenamento jurídico europeu é formado por uma série de princípios gerais do direito da UE – a maior parte deriva da jurisprudência do TJUE –, que integram o rol das normas primárias de direito da UE. De entre os princípios gerais do direito da UE, foram destacados o princípio da cooperação leal, o princípio do primado, o princípio da efetividade do direito da UE, os princípios da aplicação imediata e do efeito direto, o princípio da interpretação conforme, o princípio da União de direito, o princípio democrático, o princípio do respeito aos direitos fundamentais, o princípio do nível de proteção mais elevado, o princípio da proteção jurisdicional efetiva, o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito da UE, o princípio do equilíbrio institucional, o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade. A jurisprudência do TJUE também foi mencionada como uma das fontes normativas do ordenamento jurídico europeu.

Na sequência, será feita uma breve abordagem a respeito dos ordenamentos jurídicos e das fontes de direito das integrações regionais da CAN e do MERCOSUL. A ideia consiste em montar um quadro geral de todos os ordenamentos jurídicos das integrações regionais em estudo nesta tese, a

[426] Neste sentido, veja-se: HARTLEY Trevor C., *The Foundations of European Community Law*, 6.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 87.

partir do qual serão recolhidos elementos que ajudam a compreender as dinâmicas interativas, inter-relacionais e dialéticas que estabelecem com os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

2.3. O ordenamento jurídico da Comunidade Andina de Nações

Assim como é possível verificar no sistema internormativo europeu uma influência recíproca entre o ordenamento jurídico da UE e os ordenamentos jurídicos nacionais, no que diz respeito à Comunidade Andina de Nações pode igualmente constatar-se uma certa interpenetração entre os ordenamentos jurídicos que compõem o seu sistema internormativo, decorrendo daí uma interdependência entre eles. Neste sentido, observe-se a abertura das Constituições nacionais (especialmente as da Bolívia e da Colômbia) à supranacionalidade (primado e efeito direto) das normas de direito da CAN. Não se encontra entretanto nos tratados constitutivos da CAN uma cláusula que estabelece expressamente o respeito pela identidade nacional dos Estados-Membros (tal como aquela prevista no n.º 2 do artigo 4.º do Tratado da União Europeia), pelo que o mesmo deve ser equacionado e metodologicamente colocado em prática à luz da cooperação leal (por sua vez prevista no artigo 4.º do Tratado Constitutivo do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina).

Acontece que nem sempre as instituições andinas atuam em conjunto, de modo a permitir uma melhor projeção ao futuro do processo de integração. Verifica-se, portanto, desde já, que lhes falta o amadurecimento de um "compromisso constitucional de cooperação", no sentido de unirem-se para buscar soluções aos problemas que afetam a todos simultaneamente. A implementação do direito andino, por exemplo, sempre fica frustado quando políticas conjunturais são estabelecidas individualmente pelos Estados-Membros. Isto se deve, em grande medida, devido ao fato de a CAN funcionar repetidamente como uma organização intergovernamental, apesar da sua tentativa formal em estabelecer-se como uma organização supranacional, isto é, como um processo de integração regional semelhante ao europeu, como foi a sua intenção expressa no Acordo de Cartagena.

Não só o Acordo de Cartagena buscou emular o modelo de integração europeia, mas também o TJCA teve sua trajetória marcada por seguir os passos do TJUE, especialmente no que concerne ao estabelecimento de um conjunto de princípios "comunitários" que serviriam para fundamentar o ordenamento jurídico andino. Em sua primeira decisão prejudicial, em 1987, o TJCA aproveitou a oportunidade para explicar desde já o funcionamento do ordenamento jurídico andino, enfatizando que os Estados-Membros haviam declarado a "validade total" dos seguintes princípios, nomeadamente a) a identidade e a autonomia própria do ordenamento jurídico andino, que por sua vez

constitui um direito comum e faz parte dos ordenamentos jurídicos nacionais; b) a prevalência das normas de direito andino, no âmbito de suas competências, sobre as normas nacionais; e c) a aplicabilidade imediata e o efeito direto das normas andinas, que são juridicamente vinculativas[427]. Assim sendo, o TJCA determinava que o transplante do modelo europeu abrangia os princípios da autonomia, do primado, da aplicabilidade imediata e do efeito direto, todos anteriormente desenvolvidos pela jurisprudência do TJUE. Importa ainda sublinhar que, no âmbito deste referido acórdão, o TJCA também estabeleceu uma divisão funcional, através da qual haveria de ter competência exclusiva para interpretar e dizer da validade do direito andino, restando aos tribunais nacionais a tarefa de aplicar as normas de direito andino aos casos concretos[428]. Assim como na UE, a CAN optou por um modelo de aplicação descentralizado de suas normas, tranquilizando deste modo os juízes nacionais no sentido de que suas respetivas esferas de competência não seriam diminuídas, pelo contrário, seus poderes de atuação seriam reforçados ao poderem aceder ao TJCA através do instrumento de reenvio prejudicial (previsto nos artigos 32.º a 36.º do TCTJCA).

Em sua segunda decisão prejudicial, no processo 2-IP-88, o TJCA reiterou a primazia das normas andinas sobre as normas nacionais que lhes fossem desconformes e, numa espécie de "fertilização cruzada", adotou a doutrina Simmenthal do TJUE, que determina que os juízes nacionais devem dar preferência ao direito da UE, desaplicando, quando necessário, a norma nacional. Neste sentido, o TJCA estabeleceu que: "*En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitária [...] Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior – que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho – es precisamente la norma comunitária*"[429].

Ambas as decisões do TJCA acima mencionadas pretenderam robustecer o processo de integração jurídica da CAN, destacando ao mesmo tempo a responsabilidade que recai sobre os tribunais nacionais em assegurar a efetividade do direito andino. Lembrando que o TJCA não nasceu propriamente com o Acordo de Cartagena, mas foi criado exatamente para garantir um maior controlo no sentido da aplicação homogénea do direito andino. Nesta senda, Salgado Espinoza afirma que:

[427] Cfr. Processo 1-IP-87 do TJCA, de 3 de dezembro de 1987, n.º 2.

[428] Cfr. Processo 1-IP-87 do TJCA, de 3 de dezembro de 1987, n.º 2.

[429] Processo 2-IP-88 do TJCA, de 25 de maio de 1988, n.º 2.

"*Inicialmente el Acordo de Cartagena no contempló la Creación de un Tribunal Jurisdiccional Comunitario, empero, a medida que el proceso de integración fue evolucionando, surgió la necesidad de contar con uno, a efectos de otorgar la estabilidad y consolidación del PIA y por la seguridad en acatamiento de su normativa originaria y derivada del Acordo de Cartagena [...] que generan derechos y obligaciones que de ellas se derivan y deben ser salvaguardadas por un órgano jurisdiccional, independiente de los gobiernos de los países miembros y de los otros órganos del PIA*"[430].

Acontece que, se num primeiro momento as referidas decisões pareciam preparar o terreno para uma nova fase da CAN, note-se que a incorporação dos princípios da autonomia, do primado, da aplicabilidade imediata e do efeito direto não foi exatamente consequência de uma exigência inerente ao próprio processo de integração andino, mas tratou-se apenas de uma tendência até então estabelecida no sentido de imitar o modelo europeu. De acordo com César Montaño, "*Al hablar de la experiencia de integración andina en lo tocante a la reflexión jurídica [...] debemos señalar que el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena viene siguiendo en buena parte los pasos de su homólogo europeo, incluso diríamos que en ocasiones lo ha hecho de manera inercial, sin evaluar la inconveniencia de extrapolar a la Comunidad Andina reflexiones y soluciones jurídicas creadas para un contexto diferente de integración, como lo es el europeo*"[431]. O resultado disso vê-se na falta de coesão do sistema jurídico andino, pois, limitando-se a fazer cópia de um modelo alhures, não conseguiu assimilar a importância e os benefícios de uma ordem jurídica harmonizada num contexto de integração. Assim, se por um lado é possível falar-se hoje em uma "União de Direito" no que tange à UE, por outro lado a consolidação do *rule of law* vem dando passos mancos ao longo do processo de integração andina.

No acórdão *Os Verdes*, por exemplo, o TJUE considerou os Tratados como a carta constitucional de base da então Comunidade Europeia, logo isto justificaria o fato de o direito da UE prevalecer sobre qualquer norma nacional anterior ou posterior (como havia sido estabelecido no acórdão *Costa c. ENEL*), bem como também dava sentido ao efeito direto das normas de direito da UE (consoante decisão tomada no acórdão *Van Gend & Loos*). Em todas as referidas decisões, o TJUE considerou a sua interpretação como sendo necessária à realização dos objetivos gerais previstos na ordem jurídica (constitucional) da UE. Neste sentido, o TJUE tomou para si a retórica de um Tribunal Constitucional, invocando inclusivamente alguns princípios encontrados em muitas constituições nacionais, que também viriam a ser os princípios gerais do direito da UE.

---

[430] SALGADO ESPINOZA Oswaldo, *El ABC del Derecho para la integración*, Cuenca, Ed. Edislat, 2010, p. 233.

[431] GALARAZA MONTAÑO César, *Problemas constitucionales de la integración*, México, Ed. Porrúa, 2013, p. 205.

Em contrapartida, ao analisar a jurisprudência do TJCA, verifica-se que seu intento no sentido de transplantar o modelo europeu não foi tão bem sucedido no que tange à estratégia de tornar o Acordo de Cartagena a carta constitucional de base da CAN. Antes de mais, convém sublinhar que a constitucionalização dos Tratados da UE resulta de um longo processo de reflexão e amadurecimento, não podendo deixar de destacar o importante papel desempenhado pelo TJUE nesta trajetória. O TJCA, por seu turno, não obstante tenha reconhecido que os Tratados e os Protocolos Modificatórios aprovados pelos Estados-Membros da CAN constituem a base do "direito constitucional comunitário" andino[432], adotou em suas decisões posteriores um posicionamento que parece ter colocado em causa o efeito constitucionalizante de seus Tratados fundadores. Mais uma vez isto demonstra o desejo do TJCA em adotar o modelo europeu, porém desacompanhado de uma atitude coerente com este posicionamento.

Isto pode ser melhor ilustrado através do processo 1-IP-90[433]. Estava ali em causa saber se o Acordo de Cartagena impunha restrições imediatas aos Estados-Membros no que concernia especialmente à proibição de imposição de novos impostos sobre os produtos provenientes de outro Estado-Membro. A dúvida decorria da adoção de um programa de liberalização comercial, o qual concedia amplas isenções relativamente às normas andinas de livre comércio. Nesta senda, o TJCA foi chamado a interpretar o Acordo de Cartagena (especialmente os artigos 45.º e 54.º, na época em vigor), para que se pudesse deslindar a questão de saber se os Estados-Membros da CAN estavam ou não impedidos de alterar as tarifas alfandegárias/direitos aduaneiros, aumentando-os em relação aos produtos provenientes de um Estado-Membro, quando tais produtos não estavam incluídos no programa de liberalização comercial.

Os demandantes nos processos principais (Aluminio Reynolds Santo Domingo e Sociedad Aluminio Nacional S.A) alegavam que, de acordo com o artigo 54.º do Acordo de Cartagena, os Estados-Membros estavam expressa e claramente proibidos de alterar as tarifas alfandegárias/direitos aduaneiros previstos quando da entrada em vigor do Acordo de Cartagena. Acrescentavam ainda que o referido acordo não dizia se os produtos excetuados da lista do programa de liberalização comercial podiam ser objeto de restrições. Coube, portanto, ao TJCA determinar o âmbito e os efeitos do programa de liberalização comercial a que se referia o artigo 45.º do Acordo de Cartagena, em especial o regime de exceção por ele instituído. Importava verificar se as tarifas alfandegárias/direitos aduaneiros sobre os produtos excetuados pelo programa de liberalização comercial podiam sofrer

[432] Neste sentido, veja-se, por exemplo, o Processo 1-IP-90 do TJCA, de 18 de setembro de 1990, n.º 1, p. 5.

[433] Neste sentido, veja-se, por exemplo, o Processo 1-IP-90 do TJCA, de 18 de setembro de 1990.

aumentos ou se estavam "congelados" nos termos do artigo 54.º do Acordo de Cartagena. A parte demandada no processo principal (Governo da Colombia, *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*) sustentava, por sua vez, que os Estados-Membros não estavam constrangidos a uma obrigação de não aumentar as tarifas alfandegárias/direitos aduaneiros sobre os produtos excluídos da lista do programa de liberalização comercial.

Tendo em consideração as alegações feitas pelas partes no processo principal, o TJCA pronunciou-se no sentido de que a redação dada ao artigo 45.º do Acordo de Cartagena resultava das modificações introduzidas pelo Protocolo de Quito, aprovado pelos Plenipotenciários em 12 de Maio de 1987, ou seja, tratava-se de uma norma de direito primário, porque contava com a aprovação dos Estados-Membros da CAN. O Protocolo de Quito havia introduzido no artigo 45.º do Acordo de Cartagena um novo elemento normativo, qual seja: "[...] *salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo*", sendo que tais disposições de exceção referiam-se ao programa de liberalização comercial. De acordo com o TJCA, esta reforma feita pelo "legislador constituinte" representava a solução definitiva para o caso em concreto. Isto porque o referido programa era um dos principais mecanismos previstos pelo Acordo de Cartagena para alcançar os objetivos do processo de integração e, em particular, para obter a formação gradual de um mercado comum. Com efeito, este programa visava eliminar as tarifas e quaisquer outras restrições que afetavam a importação de produtos provenientes de qualquer Estado-Membro. Desta forma, salvo as exceções previstas, qualquer produto devia estar totalmente livre de ónus e/ou quaisquer restrições. Assim sendo, os Estados-Membros não estavam obrigados a manter, tampouco eliminar as tarifas alfandegárias/direitos aduaneiros que afetavam os produtos referidos no regime de exclusão. No que tange ao artigo 54.º do Acordo de Cartagena, o TJCA o interpretou no sentido de que proibia os Estados-Membros de modificar e introduzir novas restrições menos favoráveis à existente quando da entrada em vigor do Acordo de Cartagena. Em relação aos produtos excetuados, os Estados-Membros teriam autonomia para decidir sobre as restrições e o valor das taxas, por isso o Acordo de Cartagena não os proibia de impor novas tarifas alfandegárias/direitos aduaneiros ou conceder tratamento mais favorável a esses produtos. Em consequência disso, o TJCA determinou que os Estados-Membros poderiam aumentar as tarifas alfandegárias/direitos aduaneiros sobre os produtos importados de qualquer Estado-Membros, desde que tais produtos estivessem incluídos na lista de exceção do programa de liberalização comercial[434].

De entre algumas questões que poderiam ser suscitadas no âmbito da mencionada decisão do TJCA, destaca-se o problema que recai, sobretudo, sobre o fato de o Protocolo de Quito ter

[434] Cfr. Processo 1-IP-90 do TJCA, de 18 de setembro de 1990, conclusão, p. 9.

introduzido modificações à redação original do Acordo de Cartagena. De acordo com a decisão do TJCA supra referida, o Protocolo de Quito seria uma noma de direito primário, assim não haveria propriamente uma incoerência como parte da doutrina afirma ao entender que o dito protocolo faria parte do direito secundário da CAN, pelo que não teria o condão de modificar a "carta constitucional de base", qual seja, o Acordo de Cartagena[435]. Assim, diferentemente do TJUE, onde no acórdão *os Verdes* os Tratados constitutivos foram considerados a carta constitucional de base da UE, a decisão do TJCA no processo 1-IP-90 parece sugerir que o Acordo de Cartagena não seria propriamente uma carta constitucional, mas apenas um ponto de partida para o processo de integração andino, vez que os Estados-Membros poderiam alterá-lo através da adoção de outras normas de direito, nomeadamente os protocolos.

Contudo, no Processo 14-AN-2001, o TJCA afirmou expressamente que "*el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios junto con el Tratado que establece el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina constituyen el Derecho Primário Comunitário que crea una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones próprias y de poderes derivados de una limitación de competências o de una transferência de atribuiciones de los Países Membros de la Comunidade en matérias específicas*"[436]. Como se pode perceber, nesta decisão o TJCA reforçou o seu entendimento externado no processo 1-IP-90, no sentido de que os protocolos integram o rol de direito primário da CAN, assim como igualmente dispõe o artigo 1.º do TCTJCA. Deste modo não haveria propriamente uma contradição na jurisprudência do TJCA ao estabelecer que não só os tratados constitutivos, mas também os protocolos constituem a base do direito constitucional andino. Acontece que a adoção de um protocolo é relativamente simples, pois apenas depende de uma reunião de plenipotenciários e posterior ratificação do mesmo pelos Estados-Membros. Considerando que a CAN é composta apenas por quatro Estados-Membros, um protocolo não encontra maiores dificuldades para ser aprovado. Portanto, esta manobra de cunho eminentemente intergovernamental pode colocar em risco os interesses do projeto de integração andino, especialmente no que tange ao seu objetivo de estabelecer gradualmente um mercado comum, tal como previsto no artigo 1.º do Acordo de Cartagena.

Sob este diapasão, o respeito às disposições contidas nos tratados constitutivos parece estar sob uma constante ameaça, pese o TJCA tenha afirmado que a CAN constitui-se numa "Comunidade de Direito". No âmbito do Processo n.º 1-AN-96, o TJCA estabeleceu que "*[e]l ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria y que debe ser respetado y cumplido*

[435] Neste sentido, veja-se: ALTER Karen J.; HELFER Laurence R., Legal Integration in the Andes: Law-making by the Andean Tribunal of Justice, *European Law Journal*, vol. 17, n.º 5, 2011, p. 9.

[436] Processo 14-AN-2001 do TJCA, 1 de fevereiro de 2002, p. 3.

por todos ellos y por supuesto tanto por los Organos del mismo como por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituída en el Pacto andino"[437] (o grifo em negrito é da autora). Note-se que o TJCA faz menção à expressão "Comunidade de Direito" numa tentativa de forjar mais uma vez o transplante de conceitos formulados a partir do modelo de integração europeu. Contudo, trata-se de uma medida desprovida de uma reflexão mais acurada sobre a aplicação e os efeitos do *rule of law* às vicissitudes do projeto de integração andino.

Com efeito, segundo Stone Sweet, o princípio do *rule of law* (ou, neste caso, o princípio da "Comunidade de Direito", em alusão ao "Estado de Direito") tem a pretensão de sublinhar o papel do direito e a participação ativa dos cidadãos no projeto de integração, sendo que esta referida participação pode dar-se, de entre outras formas, através do estabelecimento de um conjunto de diálogos constitucionais estabelecidos entre os juízes dos tribunais nacionais e os dos tribunais supranacionais[438]. Este diálogo, contudo, não se desenvolve sozinho, na medida em que depende não só dos litígios, mas também das normas a partir das quais as questões prejudiciais são formuladas e respondidas[439]. Neste sentido, para que a CAN possa ser verdadeiramente reconhecida como uma "Comunidade de Direito", é preciso que se desenvolva uma estratégia que impulsione o trabalho dos tribunais nacionais no sentido de promover um diálogo mais profícuo com o TJCA, pois só assim pode tentar-se romper com a barreira que reside na tendência de os Estados-Membros fazerem prevalecer a sua vontade individual sobre os interesses da integração andina. A CAN, entendida como uma "Comunidade de Direito", deve atentar-se para o fato de que não lhe basta inspirar-se nos princípios que foram encetados ao longo do processo de integração europeu, mas é de fundamental importância o desenvolvimento de uma cooperação jurisdicional, para que as normas que integram o seu ordenamento jurídico sejam interpretadas consoante os objetivos delineados em seus tratados fundadores[440].

Note-se que a construção de uma "União de Direito" na UE decorreu fundamentalmente do estabelecimento de um diálogo entre os tribunais nacionais e o TJUE, o qual foi facilitado, por sua vez,

---

[437] Processo 1-AN-96 do TJCA, de 16 de abril de 1997, n.º 2, p. 6.

[438] SWEET Stone Alec, Constitutional Dialogues in European Community, in SLAUGHTER Anne-Marie, SWEET Stone Alec, WEILER Joseph H. H. (eds.), *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, Hart, 1998, p. 305.

[439] SWEET Stone Alec, Constitutional Dialogues in European Community, in *The European Court*..., cit., p. 305.

[440] Na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, exemplificativo é o acórdão *Schwarze*, no qual é ressaltado que, no marco da cooperação jurisdicional, instituída pelo atual artigo 267.º do TUE, o órgão jurisdicional nacional e o TJUE "devem cooperar direta e reciprocamente, dentro do âmbito de suas próprias competências, à elaboração de uma resolução com o fim de garantir a aplicação uniforme do [direito da UE] em todos os Estados-Membros". Acórdão *Schwarze contra Einfuhr*, processo 16/65 do TJUE, de 1 de dezembro de 1965, p. 269.

pelas vias do reenvio prejudicial, previsto no n.º 3 do artigo 267.º do TFUE. Trata-se de um instrumento que garante a devida internormatividade/interconstitucionalidade da UE, na medida em que viabiliza tanto uma interpretação atenta aos objetivos da integração quanto busca preservar a identidade nacional/constitucional dos Estados-Membros. Ao encetar um diálogo voltado à ponderação de interesses plurais, o reenvio prejudicial coloca em prática o exercício prescrito na fórmula de um "compromisso constitucional de cooperação", através do qual os juízes nacionais e os de Luxemburgo caminham juntos em busca de um consenso. Importa destacar que o reenvio prejudicial somente é cabível nos casos em que a interpretação de uma norma é de interesse geral no âmbito da aplicação homogénea do direito da UE[441]. Desta forma, a decisão prejudicial serve não só para aprofundar o direito da UE, mas também desempenha um papel primordial no sentido de assegurar os direitos que para os particulares decorrem do ordenamento jurídico europeu[442] – eis a dimensão material/subjetiva do reenvio prejudicial. Embora o reenvio prejudicial não seja um direito colocado à disposição das partes, é inegável que constitui um instrumento importante para a salvaguarda da tutela jurisdicional efetiva, permitindo ultrapassar os obstáculos convencionais que limitam o acesso direto dos particulares ao TJUE perante incumprimentos estaduais de normas que decorrem da ordem jurídica europeia ou face a atos normativos inválidos das instituições da UE[443].

Na CAN, a adoção do mecanismo de reenvio prejudicial pretendeu igualmente estar a serviço do diálogo jurisdicional entre os juízes nacionais e os juízes do TJCA. O Tratado de Criação do TJCA, bem como o Estatuto do TJCA (Decisão 500), prevêem, respetivamente, em seus artigos 32.º a 36.º e 121.º a 128.º, os casos em que se pode pedir a decisão prejudicial. Com base nestes instrumentos normativos, note-se que a consulta prejudicial pode ser tanto facultativa quanto também obrigatória. A consulta facultativa tem lugar sempre que o processo seja suscetível a recursos no âmbito do direito interno dos Estados-Membros. Assim sendo, quando um juiz nacional se depara com a aplicação de uma norma de direito andino num caso em concreto poderá solicitar, diretamente ou mediante simples ofício, a interpretação do TJCA sobre a norma em causa, sempre que o processo

[441] Cfr. Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, Jornal Oficial da União Europeia, 6 de November de 2012, C 338/01, n.º 12.

[442] Cfr. Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, Jornal Oficial da União Europeia, 6 de November de 2012, C 338/01, n.º 13.

[443] Pese os particulares não tenham acesso direto ao TJUE, existe uma limitada exceção contida no n.º 4 do artigo 263.º do TFUE, que foi introduzido pelo Tratado de Lisboa. Portanto, para além dos atos de que sejam destinatários ou que lhes digam direta e individualmente respeito, os particulares podem interpor recurso contra os atos regulamentares que lhes digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução – ou seja, os particulares não necessitam de demonstrar que estes atos regulamentares lhes dizem individualmente respeito. Cfr. SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 247 e ss.

seja passível de recurso[444]. Este foi o entendimento do TJCA no processo 091-1P-2008, no qual ficou estabelecido que "*[u]nicamente la existência de un recurso en el derecho interno que permita revisar la interpretación de las normas aplicables convierte en facultativa la solicitud de interpretación prejudicial la que, en principio, resulta obligatoria*"[445]. Importa sublinhar que, consoante o disposto no artigo 122.º do Estatuto do TJCA (Decisão 500), "*[s]i llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deverá decidir el proceso*". Isto significa que ao fazer o reenvio prejudicial, o processo principal segue seu trâmite normal, sem a necessidade de ser suspenso. Deste modo, se no momento de prolatar a sentença o juiz nacional ainda não tiver obtido resposta do TJCA, poderá decidir o caso sem ter em conta a interpretação prejudicial – eis o que consta da redação do primeiro parágrafo do artigo 33.º do TCTJCA. Importa sublinhar que isto não provoca quaisquer vícios ou nulidades no processo principal, conforme entendimento manifestado pelo TJCA no Processo n.º 157-IP-04, no qual determinou que "*[s]e existe ulterior recurso en el ordenamiento interno el juez puede o no suspender al proceso doméstico, ya que el hecho de no consultar al Tribunal o no aplicar la interpretación prejudicial no vicia de nulidad el proceso interno*"[446]. Contudo, obtida a resposta do TJCA antes da prolação da setença no processo principal, o juiz nacional fica vinculado à interpretação dada pelo tribunal supranacional – neste sentido, veja-se o artigo 35.º do TCTJCA.

Do que foi exposto, depreende-se que o reenvio prejudicial só será obrigatório nos casos em que a sentença não for suscetível de recurso no direito interno – eis o que prevê o artigo 33.º do Tratado de Criação do TJCA. Logo, sempre que um juiz nacional se depara com a aplicação de uma norma de direito andino no âmbito de um processo cuja sentença é irrecorrível, deve obrigatoriamente fazer o pedido de decisão prejudicial ao TJCA. Disto resulta que o juiz nacional deve suspender o processo, fazer o reenvio prejudicial e aguardar a resposta do TJCA antes de emitir qualquer decisão definitiva sobre o caso *sub judice*. O sentido que se busca para tal obrigatoriedade prende-se, à partida, com a interpretação homogénea e conforme do direito andino.

Assim sendo, diferentemente do que prescreve as teorias do ato claro e do ato aclarado desenvolvidas pelo pelo TJUE no acórdão *CILFIT*[447], no âmbito da CAN os juízes nacionais não podem

---

[444] Cfr. Secretaria General de la Comunidad Andina, *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, Lima, 2008, p. 26.

[445] Processo do TJCA n.º 091-IP-2008, de 28 de outubro de 2008, n.º 2, p. 7.

[446] Processo 157-IP-2004 do TJCA, de 2 de fevereiro de 2005, n.º 1, p. 6.

[447] De acordo com a doutrina *CILFIT*, a obrigação de reenviar desaparece todas a vezes em que não são detetadas dúvidas sobre o sentido que se deve dar à norma de direito andino (teoria do ato claro). Do mesmo modo, havendo já sido interpretada a norma pelo Tribunal de Justiça, o juiz nacional está dispensado da obrigação de reenviar prejudicialmente, a menos que sua decisão seja irrecorrível (teoria do ato aclarado). Sobre o tema, veja-se: PEROTTI Alejandro Daniel, Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino, *Díkaion*, vol. 16, n.º 11, 2002, p. 127-153.

se esquivar do dever de reenviar, estendendo-se esta regra até mesmo nas situações em que não se verificam dúvidas quanto ao significado da norma de direito andino a ser aplicada, bem como também aos casos em que já existem interpretações do TJCA sobre a matéria em causa[448]. Esta orientação foi dada pela primeira vez no Processo 1-IP-87, no qual ficou estabelecido que, mesmo quando o TJCA tenha se pronunciado sobre a matéria em casos semelhantes, os tribunais nacionais, cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso posterior, estão obrigados a reenviar prejudicialmente em todos os processos em que uma norma de direito andino deva ser aplicada[449]. O TJCA reiterou este seu posicionamento no Processo 3-IP-93, determinando que: "*[l]a existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida de un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de requerir la interpretación. Asimismo, bien podría el Tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo.*"[450]

Se, por um lado, o abandono às teorias do ato claro e aclarado justifica-se pela necessidade de criar-se um hábito de cooperação entre os juízes nacionais e aqueles de Quito[451], por outro lado, a obrigatoriedade do reenvio prejudicial em processos irrecorríveis, mesmo nos casos em que a norma é clara ou em casos semelhantes já apreciados, não favorece o aprimoramento da interpretação das normas andinas, vez que os juízes nacionais simplesmente reproduzem as perguntas de sempre e o TJCA contenta-se a dar as mesmas respostas. Assim sendo, o reenvio prejudicial pode até cumprir como o seu escopo de assegurar a aplicação homogénea do direito andino[452], porém não tem o condão de fortalecer os laços de cooperação entre os tribunais nacionais e o TJCA.

Considerando, contudo, que, a pedido das partes, os juízes nacionais podem aferir da necessidade e remeter a questão prejudicial sugerida ao TJCA[453], isto parece ensejar um modo alternativo para alavancar o processo de integração da CAN e fomentar igualmente o exercício de cidadania andina. Sabe-se que a cidadania supranacional é um elemento muito importante no âmbito

---

[448] Cfr. Secretaria General de la Comunidad Andina, *Manual de Procedimientos*..., cit., p. 27.

[449] Cfr. Processo 1-1P-87 do TJCA, de 3 de dezembro de 1987.

[450] Processo 3-IP-93 do TJUCA, de 13 de julho de 1993, n.º 1, p. 5.

[451] Em sentido semelhante, veja-se: TOLEDO Ricardo Vigil, El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos, in RAMOS Mario Hernandez; ARNÁIZ Alejandro Sáiz; PÉRES TORRES Aida; GARAGARZA Maite Zelaia (dirs.), *Tribunales en organizaciones de integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2012, p. 233.

[452] Importa sublinhar que, sendo o reenvio prejudicial obrigatório apenas em processos irrecorríveis, nos casos em que as partes decidem não recorrer, a aplicação homogénea do direito andino pode ficar ali prejudicada, pois fica a cargo do juiz nacional. Isto pode implicar em consequências negativas aos particulares no que tange à sua igualdade de tratamento no âmbito da CAN.

[453] Neste sentido, veja-se: VIEIRA Luciane Klein, *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho a la Integración – Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Buenos Aires, Bdef, 2011, p. 58.

de um processo de integração, pois permite o estabelecimento de laços de pertença e a construção de uma identidade cívica comum. Como observa Morejón, a construção de uma identidade coletiva "*[...] elimina muchas de las barreras que diferencian a uno del otro generando un proceso de internalización en el que se empieza a ver al otro como parte del mismo grupo, generando la noción de un nosotros*"[454]. Esta noção de consciência coletiva poderia mudar positivamente o cenário da integração andina.

Observe-se que atualmente muitos processos de integração enfrentam crises de legitimidade devido à falta de estabelecimento de um vínculo mais próximo com as instituições supranacionais, o que gera ameças no sentido de um retorno às políticas de isolacionismo nacional[455]. A garantia de espaços na integração regional andina através de instituições como o Parlamento Andino e o TJCA auxiliam no fortalecimento do contato e da interlocução da sociedade civil no contexto de integração regional andino[456]. Merecem destaque, portanto, todas as iniciativas que promovem a participação democrática e a formação de uma identidade coletiva. A propósito, o Acordo de Cartagena reconhece desde logo na alínea "b" de seu artigo 129.º a necessidade de afirmação de uma identidade cultural e do estabelecimento de um conjunto de valores de cidadania ao longo do processo de integração andino.

Note-se que a cidadania andina deu seus primeiros passos com o Protocolo Constitutivo do Parlamento Andino (Parlandino) em 1979, o qual introduziu as eleições diretas em seu artigo 2.º, da forma seguinte: "*El Parlamento Andino estará constituido por Representantes de los pueblos de cada una de las Partes Contratantes elegidos por sufragio universal y directo, según procedimiento que los Estados Miembros adoptarán mediante Protocolo Adicional que incluirá los adecuados criterios de representación nacional que acuerden las Partes*". O referido Protocolo Adicional só foi estabelecido na década de 1990, porém finalmente regulamentou a partir de então a obrigatoriedade de realização de eleições diretas para os representantes do Parlandino – a primeira eleição decorreu em 1996. Sublinhe-se que nos últimos anos todos os Estados-Membros da CAN, com exceção da Colômbia (que

[454] MOREJÓN Bernardo Gortaire, *La identidad como sustento para la integración regional: teoría de la integración identitaria*, Quito, Universidad de las Americas, 2016, p. 27.

[455] Cfr. MOREJÓN Bernardo Gortaire, La Comunidad Andina: un proceso sin ciudadanía real, *Revista Del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n.º 16, 2016, p. 90-91.

[456] Neste sentido, veja-se: PINTO María Elena, Seguridad democrática e integración en los países andinos: ¿consolidación o fragmentación? Comentario Internacional, *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, Quito, 2001, p. 30-43.

voltou a escolher seus representantes indiretamente, dentro de seu Congresso Nacional), realizaram eleições diretas para elegerem seus representantes no Parlandino[457].

Cabe ainda acrescentar que, além da capacidade de participação na vida política ao votar nos representantes do Parlandino, os cidadãos andinos estão potencialmente habilitados a exercer um conjunto de direitos (fundamentais) previstos em vários documentos da CAN. Nesta senda, importa mencionar a Carta Social Andina, a Carta Andina para a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos e a Declaração de Macchu Pichu, que, apesar de não terem efeito jurídico vinculativo, constituem instrumentos que reconhecem a imprescindibilidade da democracia e dos direitos fundamentais no processo de integração andino, destacam a natureza multicultural e pluriétnica das sociedades andinas, bem como dão ênfase à necessidade de se traçar um plano de luta contra a pobreza[458]. Sublinhe-se ainda que estes instrumentos, principalmente a Carta Andina para a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos, dialogam (interconstitucionalmente) com outros instrumentos internacionais de direitos humanos. Logo no preambulo da Carta Andina para a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos encontra-se, por exemplo, menção expressa, nomeadamente, à Carta das Nações Unidas, à Carta da Organização dos Estados Americanos, à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), à Carta Democrática Interamericana, de entre outros instrumentos de direitos humanos que os Estados-Membros da CAN fazem parte. Todos estes documentos enformam, de um modo geral, os direitos de cidadania andina.

Pese o TJCA não esteja vinculado às normas previstas nestes referidos instrumentos andinos de proteção aos direitos humanos – aliás, o TJCA não é competente para apreciar normas não vinculativas – isto não o impede de decidir os casos que são submetidos à sua apreciação conforme as recomendações estabelecidas nestes documentos. Observe-se que os tribunais nacionais andinos vinculam-se a instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, pelo que o TJCA haveria de adotar uma postura semelhante àquela do TJUE quando a CDFUE ainda não possuía efeito jurídico vinculativo. Inspirando-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, o TJUE

[457] Cfr. CERA Silvana, Las elecciones directas en el Parlamento Andino: un camino para fortalecer su papel como institución promotora de la integración, *Revista de Derecho*, n.º 32, Barranquilla, 2009, p.306-333.

[458] A ausência de carater vinculante dos instrumentos andinos de proteção dos direitos fundamentais não significa que não possam adquiri-lo no futuro, haja vista que o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores pode vir a decidir pela sua obrigatoriedade em momento oportuno. Neste sentido, veja-se: OLMOS GIUPPONI María Belén, El Tratamiento de los Derechos Humanos en el Espacio Andino de Integración, *Revista Derecho & Sociedad Asociación Civil*, n.º 24, 2005, p. 330-331.

considerou que o respeito pelos direitos fundamentais faz parte dos princípios gerais de direito protegidos pela UE. Isto se verifica a partir do acórdão *Stauder*[459], quando o TJUE afirmou que os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais do direito da UE, cujo respeito deve assegurar[460], funcionando como parâmetros de validade das normas de direito da UE. Em seguida, no acórdão *Nold* o TJUE estabeleceu que "[...] ao garantir a proteção dos direitos, deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas Constituições destes Estados. Os instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do homem, em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram, podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário"[461]. Mais tarde, nos acórdãos *Wachauf*[462] e *ERT*[463], o TJUE reforçou o seu posicionamento no sentido de que a então Comunidade Europeia não podia aceitar medidas nacionais incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas tradições contitucionais comuns aos Estados-Membros e pelos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos dos quais os Estados-Membros fazem parte. Além disso, em outros acórdãos tais como *Grant c. South-West Trains*[464], *Kadi*[465] e *Rombi*[466] foi

[459] Acórdão *Stauder*, processo C-29/69 do TJUE, de 12 de novembro de 1969, n.º 7.

[460] Cfr. Acórdão *Herbert Karner*, processo C-71/02 do TJUE, de 25 de março de 2004, p. 49.

[461] Acórdão *Nold*, processo 4/73 do TJUE, de 14 de maio de 1974, n.º 13.

[462] "Por força de uma juriprudência constante, fixada, designadamente, pelo acórdão *Hauer* (processo 44/79 do TJUE, de 13 de dezembro de 1979, Recueil, p. 3727), os direitos fundamentais integram os princípios gerais de direito, cujo respeito o Tribunal garante. Ao garantir a salvaguarda desses direitos, o Tribunal tem de se inspirar nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, de tal forma que não possam existir, na Comunidade, medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições desses estados. Os acordos internacionais relativos à proteção dos direitos do homem, em cuja celebração os Estados-Membros participaram, ou aos que aderiram, também podem fornecer indicações que convém ter em consideração no âmbito do direito comunitário" (Acórdão *Wachauf*, processo 5/88 do TJUE, de 13 de Julho de 1989, n.º 17).

[463] "Deve recordar-se, liminarmente, que segundo jurisprudência constante os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Para este efeito, o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais para a protecção dos direitos do homem com os quais os Estados-membros cooperam ou a que aderem [...] De acordo com a sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça não pode apreciar uma regulamentação nacional que não se situe no quadro do direito comunitário face à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em contrapartida, a partir do momento em que uma regulamentação deste tipo entre no campo de aplicação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido dirigido um pedido de decisão a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça, tal como resultam, em particular, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem" (Acórdão *ERT/DEP*, processo C-260/89 do TJUE, de 18 de junho de 1991, n.º 41 e 42).

[464] "Embora o respeito dos direitos fundamentais que fazem parte integrante destes princípios gerais constitua uma condição de legalidade dos atos comunitários, estes direitos não podem por si próprios ter por efeito alargar o âmbito de aplicação das disposições do Tratado para além das competências da Comunidade". Acórdão *Grant c. South-West* , processo C-249 do TJUE, de 17 de fevereiro de 1998, n.º 45.

[465] "As jurisdições comunitárias devem, em conformidade com as competências de que estão investidas ao abrigo do Tratado CE, assegurar a fiscalização, em princípio, integral, da legalidade de todos os actos comunitários, à luz dos direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário, incluindo dos actos comunitários que, como o regulamento controvertido, se destinam a implementar resoluções adoptadas pelo

reconhecido que o respeito pelos direitos fundamentais é uma condição da legalidade dos atos da UE, incluindo as medidas nacionais que implementam o direito da UE.

O TJCA tem buscado dar um lugar de destaque aos direitos humanos/fundamentais em algumas de suas decisões, nomeadamente em casos nos quais a interpretação de dispositivos normativos andinos parecia colocar em risco certos valores protegidos pela CAN. De entre os seus acórdãos, cite-se o Processo 37-IP-2003[467], no qual o Conselho de Estado da Colômbia havia solicitado ao TJCA uma decisão prejudicial sobre as provisões contidas nos artigos 78.º e 79.º da Decisão 344, que trata sobre propriedade industrial. Estavam em causa os supostos direitos de segredo industrial da PFIZER, relativamente ao produto VIAGRA, na sequência da apresentação de um estudo a partir do qual havia sido demonstrado a segurança e a eficácia do seu princípio ativo, nomeadamente o Sildenafil Citrato. Este estudo, por conter um conteúdo alegadamente protegido por um direito de segredo industrial, não poderia ter sido disponibilizado a terceiros durante um determinado prazo pré-estabelecido. Acontece que o INVIMA – *Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamento* (da Colômbia) havia concendido à ROEMMERS Colombia S.A os registos sanitários para que pudesse importar e vender o produto VINTIX, o qual coincidentemente continha o mesmo princípio ativo do VIAGRA. Importava saber, portanto, quais seriam os limites relativos aos segredos industriais estabelecidos designdamente nos artigos 78.º e 79.º da Decisão 344. Em reposta ao reenvio, o TJCA afirmou que "*[v]ista la obligación de proteger la salud de los consumidores de este tipo de productos que utilizan nuevos componentes químicos y, en consecuencia, la necesidad de verificar su seguridad y eficacia, la norma comunitaria atribuye potestad a los Países Miembros para exigir o no, a los efectos de aprobar la comercialización de tales productos, la presentación de datos experimentales o de otro tipo que no se hayan publicado y que sean necesarios para llevar a cabo aquella verificación. Se trata por tanto de una norma cuyo propósito no es atribuir derechos sobre el compuesto químico en cuestión, sino garantizar a los consumidores la seguridad y eficacia de los productos que lo utilizan*"[468]. Como se pode

---

Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas". Acórdão *Kadi*, processos apensos C-402/05 e C-415/05 do TJUE, de 3 de setembro de 2008, n.º 326.

[466] "Constitui jurisprudência constante que as exigências que decorrem da protecção dos princípios gerais reconhecidos no ordenamento jurídico comunitário, entre os quais figura o princípio da protecção da confiança legítima, vinculam também os Estados-Membros aquando da implementação das regulamentações comunitárias e que, por conseguinte, estes são obrigados a, na medida do possível, aplicar estas regulamentações em condições que respeitem as referidas exigências. A partir do momento em que uma regulamentação nacional entre no campo de aplicação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido dirigido um pedido de decisão a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os princípios gerais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça". Acórdão *Rombi e Arkopharma*, processo C-107/97 do TJUE, de 18 de maio de 2000, n.º 65.

[467] Processo 37-IP-2003 do TJCA, de 18 de junho de 2003.

[468] Processo 37-IP-2003 do TJCA, de 18 de junho de 2003, p. 12.

perceber, a decisão do TJCA no âmbito deste reenvio prejudicial não favoreceu os direitos de propriedade industrial reivindicados por empresas farmacêuticas, na medida em que colocavam em causa algumas medidas imprescindíveis ao bom interesse da saúde pública. Isto serve para demonstrar a ponderação cautelosa e a preocupação do TJCA em assegurar e fazer respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos da integração regional andina.

Na sequência, no âmbito do Processo 114-AI-2004[469], o TJCA foi defrontado com uma ação por incumprimento proposta pela ASINFAR – *Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas*, na qual se pedia a declaração do incumprimento da Colômbia em virtude da promulgação do Decreto 2085, de 2002. Este decreto havia estabelecido um procedimento de registo sanitário de medicamentos, que por sua vez teria supostamente desrespeitado algumas disposições da Decisão 486 da Comissão do Acordo de Cartagena. Ao analisar o caso, o TJCA entendeu que "*[d]esde el punto de vista de la salud pública, previsto como límite primero en el artículo 266 de la Decisión 486, cabe poner de relieve que, en tratándose de consumidores de productos farmacéuticos, en países en desarrollo como los de la Comunidad Andina, la concesión de derechos exclusivos, por períodos de tiempo determinados, puede entrar en conflicto con derechos humanos fundamentales como la salud y la vida, toda vez que el consumo de los medicamentos está relacionado con su precio, y el precio de monopolio puede hacer imposible el acceso al medicamento, pudiendo llevar a la enfermedad y a la muerte a sus potenciales consumidores. En el caso de los datos de prueba, su protección por un período de tiempo determinado surte el efecto de extender indebidamente el monopolio de la patente, prolongando de esta manera, visto el diferimiento de la libre competencia en el mercado, la dificultad de acceso al medicamento*"[470]. Note-se que, pese embora não seja feita referência expressa aos instrumentos de proteção aos direitos humanos da CAN, o TJCA aprecia a ação por incumprimento de forma atenta aos direitos fundamentais dos cidadãos andinos, poderando mais uma vez a favor da saúde pública em detrimento aos apelos da industria farmacêutica, especificamente no que diz respeito ao monopólio das patentes de medicamentos.

Nesta mesma esteira, interessa ainda mencionar o Processo 90-IP-2008[471], no qual o TJCA analisou uma questão prejudicial proposta pela *Corte Suprema de Justicia* do Peru, relativamente à interpretação de dispositivos da Decisão 197 da Comissão do Acordo de Cartagena, que consagra normas e programas subregionais sobre tecnologia, higiene e inspeção sanitária do comércio de gado bovino para benefício, matadouro e comércio de carne bovina. Estava em causa uma demanda

[469] Processo 114-AI-2004 do TJCA, de 8 de dezembro de 2005.

[470] Processo 114-AI-2004 do TJCA, de 8 de dezembro de 2005, p. 46.

[471] Processo 90-IP-2008 do TJCA, de 22 de agosto de 2008.

proposta pela empresa MAFINGESA – *Empresa Matadero Frigorífico Industrial Santa Genoveva Inversiones S.A.C*, que argumentava haver obtido autorização de abertura e funcionamento, em virtude de a autoridade administrativa responsável não ter manifestado sobre a sua solicitação no tempo previsto e regulamentado por uma lei local. Os efeitos da aplicação do silêncio administrativo positivo, previsto no artigo 59.º da Constituição do Peru, conflitava, no entanto, neste caso em específico, com algumas disposições da Decisão 197 da Comissão do Acordo de Cartagena, que regulamenta matérias relacionadas à localização e à atividade dos matadouros. Por outras palavras, a empresa MAFINGESA parecia não atender aos requisitos previstos para a sua abertura e funcionamento, consoante os termos da Decisão 197 da Comissão do Acordo de Cartagena.

Ao apreciar a questão prejudicial, o TJCA entendeu que a disposição andina objeto de interpretação, não obstante tivesse como objetivo geral promover o desenvolvimento da pecuária e da agroindústria de carne bovina da região, também consagrava em seu artigo 3.º um conjunto de objetivos específicos tendentes a assegurar a higiene da carne bovina e diminuir os riscos de dispersão de enfermidades contagiosas, estabelecendo, para tanto, procedimentos de inspeção sanitária no comércio de gado, nos matadouros e no comércio de carne. Segundo o TJCA, [e]*ste objetivo específico es de una gran importancia, ya que se encuentra relacionado con bienes superiores como la salud y la vida de las personas, así como con la protección del derecho a un ambiente sano y el cuidado de los derechos colectivos de seguridad y salubridad pública. Más allá de los fines meramente empresariales, de eficiencia y productividad, la normativa comunitaria en esta materia debe interpretarse siempre teniendo en cuenta los derechos de primer orden enunciados, ya que la libertad empresarial debe desarrollarse dentro del marco de los derechos humanos y los derechos fundamentales y, por lo tanto, no es un derecho absoluto que no tenga límites. Es por lo anterior, que todos los artículos que componen la Decisión 197 deben observarse a la luz de este principio en conjunción con el objetivo principal del desarrollo de la ganadería y la agroindustria en la región*"[472].

Como se pode perceber, o TJCA, no âmbito das suas competências de interpretar e aplicar de forma correta e homogénea o direito andino, estabeleceu nesta decisão prejudicial que, não obstante o ato jurídico adino objeto de apreciação visasse promover o desenvolvimento da agroindustria, também previa a proteção dos direitos à vida e à saúde, bem como também o direito a um ambiente sadio, pelo que a liberdade empresarial encontrava limites no respeito aos referidos direitos humanos/fundamentais. A interpretação do TJCA neste caso demonstra a importância dada aos direitos humanos/fundamentais na integração regional andina, revelando desde já a sua dimensão

[472] Processo 90-IP-2008 do TJCA, de 22 de agosto de 2008, p. 9.

jurídico-constitucional. Além do mais, a defesa do TJCA aos direitos humanos/fundamentais serve para projetar a imagem a CAN como uma integração regional segura e confiável, atenta a eventuais tentativas de abusos por parte de operadores económicos.

Esta interpretação reiterada das normas andinas à luz dos direitos humanos/fundamentais consiste numa estratégia inteligente adotada pelo TJCA no sentido de estabelecer progressivamente uma cidadania de direitos na integração regional andina. Embora os cidadãos andinos já gozem do direito de livre circulação entre os Estados-Membros da CAN[473], bem como também participam da escolha dos representantes do Parladino, de resto continuam praticamente alheios aos benefícios de uma integração regional que também tem como escopo a proteção dos direitos humanos/fundamentais[474]. Um passo importante para o aprofundamento das dimensões jurídico-constitucionais da integração andina prende-se, portanto, com a vinculatividade dos direitos fundamentais previstos na Carta Social Andina, na Carta Andina para a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos e na Declaração de Macchu Pichu. Isto viria a promever não só o fortalecimento de uma cidadania de direitos, mas também impulsionaria o estabelecimento de um diálogo mais profícuo entre os tribunais nacionais e o TJCA, fomentando deste modo uma maior internormatividade, interconstitucionalidade e interjurisdicionalidade na integração regional andina.

De qualquer modo, não se pode deixar de mencionar a inovação trazida pelo sistema jurisdicional andino, que, diferentemente do europeu, permite aos particulares um acesso direto ao TJCA. Trata-se dos casos onde são cabíveis uma ação de nulidade, um recurso por omissão ou uma ação por incumprimento (previstos respetivamente nos artigos 19.º, 25.º e 37.º do TCTJCA). Enquanto a ação de nulidade busca a declaração de incompatibilidade da norma de direito andino derivado com as normas de direito andino primário, o recurso por omissão tem lugar quando o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, a Comissão da Comunidade Andina ou a Secretaria-Geral abstém-se

---

[473] De acordo com a *Decisión 503 "Reconocimiento de Documentos Nacionales de Identificación"*, *Decisión 504 "Creación del Pasaporte Andino"* e a *Decisión 603 "Participación de la República Bolivariana de Venezuela en la Decisón 503"*, a livre circulação de pessoas é reconhecida como uma das condições requeridas para a constituição gradual do mercado comum andino.

[474] O artigo 1.º do Acordo de Cartagena menciona expressamente o direito dos cidadãos andinos ao desenvolvimento social: "*Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión*". Na alínea "a" do artigo 87.º tem-se de forma mais específica o propósito da integração andina no que diz respeito ao "*mejoramiento del nível de vida de la población rural*". Por fim, de um modo geral, o Capítulo XVI do Acordo de Cartagena deixa claro que a cooperação social e económica só é possível através do respeito aos princípios de direitos humanos. Em razão disso, elenca uma série de objetivos (programáticos) a serem alcançados ao longo do processo de integração andino, designandamente: alcançar a justiça social; fortalecer a não discriminação, participar e formar valores de cidadania; promover sistemas de apoio social e adotar programas sobre educação, proteção e bem-estar da população ativa, incluindo as mulheres; dar atenção às necessidades dos grupos étnicos e outros grupos minoritários. Desta forma, a Carta de integração andina coneta os processos regionais com a promoção e a proteção dos direitos humanos. Sobre o tema, veja-se: MOLANO-CRUZ Giovanni; KINGAH Stephen, Addressing Human Rights in the Court of Justice of the Andean Community and the Tribunal of the Southern African Development Community, *Columbia International*, n.º 81, 2014, p. 109-110.

de cumprir uma atividade a que estão obrigados expressamente pelo ordenamento jurídico da Comunidade Andina. Por seu turno, a ação por incumprimento é proposta contra o Estado-Membro que age de maneira contrária ao ordenamento jurídico andino[475]. Nestes casos, os particulares podem inclusivamente requerer uma indemnização pelos danos eventualmente causados pela não (ou má) aplicação do direito andino pelos Estados-Membros (consoante o disposto nos artigos 24.º, 25.º e 31.º do TCTJCA).

Estas medidas colocadas à disposição dos particulares ajudam a estreitar os seus laços com as instituições andinas. Neste sentido, o TJCA declarou que "*Uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario. Las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba perseguían en esta materia posibilitar o ampliar en su caso, la participación de los particulares de los países miembros en el proceso de control de la legalidad y de aplicación de las normas comunitarias. Ello es tan cierto que en aquellos casos en que tal actuación les era permitida a los particulares (acción de nulidad) se les amplió dicha facultad, eliminando determinadas restricciones o limitaciones y en los otros, en que no se les atribuía la facultad de intervenir, se les generó este derecho, regulándolo de una manera tan amplia que fuera compatible con ese espíritu de mayor participación, tal como sucede con las acciones de incumplimiento y los recursos por omisión o inactividad*"[476]. Note-se que esta iniciativa impulsiona positivamente a integração andina, porém, frise-se, faz-se ainda necessário criar uma cultura de cidadania, pois só assim os nacionais dos Estados-Membros da CAN poderão exercer plenamente um conjunto de direitos que para eles decorrem do sistema internormativo andino.

2.3.1. As fontes de direito da Comunidade Andina de Nações

No âmbito do *XXIX Período de Sesiones Ordinarias del Acuerdo de Cartagena*, celebrado em Lima, entre os dias 28 de maio a 5 de junho de 1980, a Comissão pronunciou-se afirmando que o ordenamento jurídico constitui um direito comum que forma parte dos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta declaração indicava desde já a presença do fénomeno da internormatividade no "ADN" do ordenamento jurídico andino. Nas linhas que seguem, será feito um breve estudo sobre as fontes do

[475] Cfr. CARNEIRO Cynthia Soares, *Direito da Integração Regional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p.157-158.

[476] Processo 14-AN-2001 do TJCA, de 1 de fevereiro de 2002, p. 6.

direito da CAN, para que se possa perceber os efeitos que as suas normas jurídicas, os seus princípios gerais e as decisões proferidas pelo TJCA repercutem nos ordenamentos jurídicos nacionais.

No artigo 1.º do TCTJCA estão elencadas as normas jurídicas que integram o direito da CAN, quais sejam: O Acordo de Cartagena, seus Protocolos e Instrumentos Adicionais; o próprio TCTJCA e seus Protocolos Modificatórios; as decisões do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e da Comissão da Comunidade Andina; as resoluções da Secretaria-Geral da Comunidade Andina; os convénios de complementação industrial e outros adotados pelos Estados-Membros no âmbito do processo de integração andina.

De acordo com o TJCA, as normas constantes do artigo 1.º do TCTJCA dividem-se em primárias e secundárias, conforme pode depreender-se da decisão dada ao Processo 1-IP-96, no qual ficou estabelecido que *"en el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo, así como sus enmiendas consignadas en protocolos modificatorios [...] Ellos constituyen la base primigenia del derecho comunitario y entre los europeos se les denomina "Constitución Comunitaria", señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de derecho, del cual derivan y a las cuales se somete el resto de las fuentes"*[477]. Com base no exposto, pode afimar-se que o Acordo de Cartagena, seus Protocolos e Instrumentos Adicionais[478] e o TCTJCA e seus Protocolos Modificatórios[479] constituem as normas de direito primário (ou originário) da CAN – ou seja, formam a base do direito constitucional andino.

Ainda consoante a jurisprudência do TJCA, o direito andino derivado (ou secundário) resulta do princípio da atribuição, em que os Estados-Membros transferem competências à CAN para que através de suas instituições possam ser colocados em prática os objetivos da integração regional. No acórdão do TJCA, no âmbito do Processo 1-IP-96, estabeleceu-se que "*[e]s característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras trasfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para*

[477] Processo 1-IP-96 do TJCA, de 9 de dezembro de 1996, p. 8.

[478] O Acordo de Cartagena criou o Pacto Andino (hoje Comunidade Andina de Nações), no ano de 1969, e pode ser definido como o instrumento que estabelece os objetivos da integração regional e os princípios aplicáveis às suas instituições. Seu texto originário sofreu, contudo, algumas alterações ao longo do processo de integração andino, nomeadamente através do a) Instrumento de Adesão da Venezuela (1973); do b) Protocolo de Lima (1976); do c) Protocolo de Arequipa (1978); do d) Protocolo de Quito (1988); do e) Protocolo de Trujillo (1996) – que alterou o nome de Pacto Andino para Comunidade Andina; e do f) Protocolo de Sucre (1997). O TJCA tem reiteradamente afirmado em sua jurisprudência que "*el ordenamiento jurídico del Acuerdo de cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto tanto por los Organos del mismo como por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituída en el Pacto andino*" (Processo 1-AN-96 do TJCA, de 16 de abril de 1997, n.º 2, p. 6. No mesmo sentido, veja-se o Processo 5-IP-89 do TJCA, de 26 de outubro de 1989, n.º 1, p. 4).

[479] O TCTJCA foi assinado em 1979, tendo sido alterado em 1996 pelo Protocolo de Cochabamba, que tratou de reestruturar o TJCA, conformando-o definitivamente com o modelo europeu.

la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos – derecho primário – se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitária [...], que mediante normas jurídicas de orden supranacional – derecho derivado – regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una competencia de atribución a dichos órganos"[480]. Consoante o exposto, as normas de direito secundário, que viabilizam os objetivos previstos nos tratados constitutivos, são adotadas por instituições da CAN mediante um processo legislativo pré-estabelecido, podendo ser manifestadas através das supramencionadas decisões e resoluções.

Diferentemente do que acontece na UE, em que o direito derivado é produzido mediante um processo legislativo para o qual concorrem várias instituições europeias[481], na CAN cada uma de seus órgãos, designadamente o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, a Comissão e a Secretaria-Geral, têm competência para adotar um determinado tipo de ato normativo, quais sejam, as decisões e as resoluções, respetivamente[482]. Tendo em vista a natureza intergovernamental do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, suas decisões são adotadas através de um processo deliberativo que demanda a unanimidade dos votos, conforme previsão constante do artigo 17.º do Acordo de Cartagena. A Comissão, embora também seja um órgão intergovernamental em sua constituição, adota as suas decisões através de uma votação que requer a maioria absoluta para a sua aprovação, consoante o disposto no artigo 26.º do Acordo de Cartagena. Assim sendo, tanto o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores[483] quanto a Comissão[484] afiguram-se como os

---

[480] Processo 1-IP-96 do TJCA, de 9 de dezembro de 1996, p. 8.

[481] Sobre o processo legislativo na UE, veja-se: OLIVEIRA Francielle Vieira, *O processo de constitucionalização e democratização europeu (ou da legitimação jurídico-política da União Europeia)*, Dissertação de Mestrado, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013, p. 91-104.

[482] Observe-se que o Parlamento Andino não participa dos processos de tomada de decisão, porém, da leitura do artigo 14.º do Tratado Constitutivo do Parlamento Andino, verifica-se que é competente para adotar recomendações, isto é, uma *soft law*. Segundo Mariategui, "*[e]n el proceso de generación de las normas andinas, el Parlamento Andino no tiene facultades de control o supervisión, puesto que tanto el Acuerdo de Cartagena (artículo 42), como su Tratado Constitutivo (artículo 1º), lo definen únicamente como órgano deliberante, con la atribución de participar en la generación normativa del proceso mediante sugerencias a los Órganos del Sistema, de proyectos de normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; sin capacidad de crear normativa supranacional de carácter vinculante, como son las decisiones de la Comisión o del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores"* (MARIATEGUI José, *Globalización e Integración Latinoamericana,* Lima, Parlamento Andino, 2009, p. 76).

[483] "*El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se reúne en forma ordinaria dos veces al año, de preferencia en el país que ejerce la presidencia del mismo, pero podrá reunirse de manera extraordinaria cada vez que lo estime conveniente a petición de cualquiera de sus miembros, en el lugar que se acuerde antes de su convocatória*" (artigo 18.º do Acordo de Cartagena). Igualmente, o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores "*se reunirá en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión, por lo menos una vez al año, y a nivel de altemos cada vez que lo considere necesario, a fin de tratar asuntos relativos al Acuerdo de Cartagena que sean de interés a ambos órganos, tales como: a) Preparar las reuniones del Consejo Presidencial Andino; b) Elegir y, cuando corresponda, remover al Secretario General de la Comunidad Andina; c) Proponer al Consejo Presidencial Andino las modificaciones al presente Acuercfo; d) Evaluar la gestión de la Secretaría General; e) Considerar las iniciativas y propuestas que*

órgãos normativos da CAN [485] por excelência, pois no exercício de suas funções adotam decisões que formam parte não só do ordenamento jurídico da CAN, mas também do ordenamento jurídico de seus Estados-Membros. No que diz respeito à Secretaria-Geral, embora seja o órgão executivo da CAN (sucessora da denominada Junta do Acordo de Cartagena), também é competente para adotar atos normativos/administrativos conhecidos como resoluções, consoante o disposto no artigo 29.º do Acordo de Cartagena.

Sublinhe-se que o Acordo de Cartagena não trouxe em seu texto quais seriam as características das decisões, porém, atendendo ao seu conteúdo e finalidade, podem ser classificadas em atos normativos (ou legislativos), executivos e administrativos[486]. As decisões normativas (ou legislativas) são aquelas que regulamentam de forma geral algum aspecto do processo de integração, como por exemplo os regimes comuns sobre os direitos de autor e direitos conexos, o acesso aos recursos genéticos e a propriedade industrial, contidos respetivamente nas Decisões 351, 391 e 486 da Comissão[487]. As decisões executivas constituem para os Estados-Membros medidas de cumprimento das obrigações previstas nos tratados constitutivos, como a harmonização de franquias tarifárias, a criação da tarifa externa comum e o estabelecimento de normas especiais para a qualificação e a certificação de origem de mercadorias, dispostas respetivamente nas Decisões 282, 370 e 416 da Comissão[488]. Por fim, as decisões administrativas são aquelas que regulamentam matérias de alcance exclusivamente interno, relacionadas, por exemplo, à organização e ao funcionamento dos órgãos da CAN, tais como o Regulamento do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e da

---

los Países Miembros o la Secretaría General sometan a su consideración; y, f) Los demás temas que ambos órganos consideren tratar de común acuerdo" (artigo 20.º do Acordo de Cartagena).

[484] A Comissão "*está conformada por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiemos de los Países Miembros*" e cada governo "*acreditará un representante titular y un alterno*" (artigo 21.º do Acordo de Cartagena). A Comissão "*se reunirá ordinariamente tres veces al año y en forma extraordinaria cuando sea convocada por su Presidente a petición de cualquiera de los Países Miembros o de la Secretaría General*". Suas sessões se celebram na sede da Secretaria-Geral em Lima, Peru, e deve "*sesionar con la presencia de la mayoría absoluta de los Países Miembros*" (artigo 24.º do Acordo de Cartagena). A presença nas reuniões da Comissão é obrigatória e a ausência é considerada abstenção. Igualmente, a Comissão pode reunir-se em "Comissão ampliada", a pedido de um ou mais Estados-Membros ou da Secretaria-Geral, "*con el fin de tratar asuntos de carácter sectorial, considerar normas para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros, así como para conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común*" (artigo do 25.º Acordo de Cartagena). Estas reuniões "ampliadas da Comissão" contam conjuntamente com os seus representantes titulares e com os Ministros ou Secretários de Estado da área respetiva. Cada Estado-Membro exercerá um voto para aprovar as Decisões (artigo 25.º do Acordo de Cartagena).

[485] Sublinhe-se que as Decisões do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores ou da Comissão podem ser adotadas mediante propostas apresentadas pela Secretaria-Geral (neste sentido, veja-se o disposto na alínea "b" do artigo 3.º da Decisão 409 "*Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina*").

[486] Cfr. QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 191.

[487] Cfr. QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho*..., cit., p. 191.

[488] Cfr. QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho*..., cit., p. 191.

Secretaria-Geral, adotados pelo Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, e o Regulamento da Comissão, estabelecido por ela mesma[489].

Tendo por base a sua natureza regulamentadora destinada a promover os objetivos do processo de integração andino, pode afirmar-se que as decisões possuem alcance geral[490] (apenas em casos excecionais seus destinatários são individualizados)[491]. Ainda em relação às suas características, de acordo com o artigo 3.º do TCTJCA, as decisões são diretamente aplicáveis aos Estados-Membros a partir da data de sua publicação na Gazeta Oficial do Acordo (a menos que seja estabelecido uma data posterior). Isto significa que não são necessários procedimentos de receção ou incorporação das decisões ao direito interno dos Estados-Membros (salvo nos casos em que seja prevista tal necessidade, consoante o disposto no último parágrafo do artigo 3.º do TCTJCA)[492]. Neste sentido, as decisões assemelham-se aos regulamentos europeus (previstos no artigo 288.º do TFUE), especialmente no que diz respeito ao alcance geral de suas normas e à sua aplicabilidade imediata.

A Secretaria-Geral, como acima foi mencionado, emite Resoluções através das quais executa administrativamente o direito derivado andino, bem como também exerce atividades de natureza legislativa[493]. Assim sendo, existem Resoluções que assumem natureza administrativa, as quais geralmente têm destinatários específicos, embora excepcionalmente possam também ter alcance geral; e Resoluções que possuem natureza normativa, cujos destinatários são sempre específicos e individualizados[494]. No Processo 89-AI-2000, o TJCA esclareceu estas duas faces (administrativa e normativa) das resoluções, estabelecendo que "*[l]a Secretaría General de la Comunidad Andina cumple [...] funciones dirigidas a desarrollar el proceso integracionista... En ejercicio de tales funciones la Secretaría General expide actos jurídicos de distinta naturaleza y alcance, que generalmente plasma en Resoluciones. Algunos de ellos, por desarrollar en primer grado los Tratados Fundacionales [...] tienen*

---

[489] Cfr. QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 191.

[490] Cfr. MEJÍAS Jorge Luís Suárez, *Integración y Supranacionalidad en la Comunidad Andina: Proceso Decisorio, Sistema Jurisdiccional y Relación con los Derechos Nacionales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, p. 33.

[491] Cfr. MEJÍAS Jorge Luís Suárez, *Integración y Supranacionalidad...,* cit., p. 33.

[492] A CAN não possui, em seu ordenamento jurídico, normas equivalentes às diretivas europeias. Contudo, quando o texto das Decisões indica que não são *self-executing* (por assim considerar mais conveniente para a aplicação e eficácia da norma), isto não significa que devem seguir um procedimento de receção e incorporação ao direito interno dos Estados-Membros, tal como acontece com as normas de direito internacional. Neste caso, os Estados-Membros devem simplesmente realizar uma tarefa de "depuração" do direito nacional no sentido de afastar as medidas que impedem a produção de seus efeitos, consoante o previsto no artigo 4.º do TCTJCA. Neste sentido, veja-se: MEJÍAS Jorge Luís Suárez, *Integración y Supranacionalidad...,* cit., p.41.

[493] Sobre a natureza administrativa e legislativa das Resoluções, veja-se: QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 202-203.

[494] Neste sentido, veja-se a Decisão 425 "*Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*", designadamente o seu artigo 9.º, que dispõe o seguinte: "*Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto*".

similares características a los instrumentos legislativos (Decisiones); otros, en cambio, reflejan la manifestación de voluntad del organismo respecto de la ejecución o la operación de alguno de los asuntos relacionados con la administración y otros, en fin, están destinados a colaborar con el Tribunal de Justicia en la tarea de aplicación del derecho comunitario, como son los relacionados con la capacidad para instaurar acciones judiciales ante él o con el deber de emitir dictámenes respecto del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Países Miembros"[495]. Assim sendo, em suma, as resoluções administrativas podem dar cumprimento às decisões e às próprias Resoluções emitidas pela Secretaria-Geral e, por outro lado, exigir o cumprimento de uma norma de direito primário[496]. As resoluções normativas, por sua vez, possuem conteúdo de caráter geral e estabelecem conexão direta com o direito primário andino, tal como as decisões[497]. Por fim, importa mencionar que, consoante o disposto no artigo 3.º do TCTJCA e no artigo 15.º da Decisão 425 – "*Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*", as resoluções entram em vigor e produzem seus efeitos a partir da data de sua publicação na Gazeta Oficial do Acordo de Cartagena, salvo se outra data for determinada em seu dispositivo.

As normas de direito primário e secundário da CAN relacionam-se de acordo com um esquema piramidal, sendo que as normas dos tratados constitutivos ocupam uma posição superior às decisões e as resoluções[498]. Esta constatação foi sublinhada pelo TJCA no Processo 1-AN-97, onde determinou que "*[t]al principio de jerarquización [...] se desprende del propio artículo primero del Tratado de Creación de este Tribunal, del cual es fácil deducir una relación de subordinación entre "el derecho originario" constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales y el Tratado del Tribunal, frente al "derecho derivado" contenido en las Decisiones de la Comisión* [e hoje também do Conselho Andino de Minsitros de Relações Exteriores] *y las Resoluciones de la Junta* [hoje Secretaria-Geral]"[499]. Em uma outra decisão, no âmbito do Processo 3-AI-98, o TJCA reforçou esta sua posição, estabelecendo que "*[l]a jerarquización entre unas normas y otras nace del propio contenido del artículo primero del Tratado de Creación del Tribunal, del cual se desprende una relación de subordinación entre el derecho originario y el derecho derivado. Por ello debe entenderse que las Decisiones de la Comisión* [e hoje também do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores] *no crean en ningún momento una norma equivalente a las contempladas en el Acuerdo de Cartagena, sino que en virtud*

[495] Processo 89-AI-2000 do TJCA, de 28 de setembro de 2001, p. 29-30.

[496] Neste sentido, veja-se o Processo 1-AN-97 do TJCA, de 26 de fevereiro de 1998, p. 17.

[497] Neste sentido, veja-se o Processo 1-AN-97 do TJCA, de 26 de fevereiro de 1998, p. 17.

[498] Sobre a hierarquia entre as normas andinas de direito primário e derivado, veja-se: SOTO Alfredo M.; GONZÁLEZ Flávio F., *Manual de derecho de la integración*, 2ª ed. atualizada, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 211.

[499] Processo 1-AN-97 do TJCA, de 26 de fevereiro de 1998, p. 15-16.

de sus facultades y competencias desarrollan las normas primarias preestablecidas; este derecho creado tiene carácter secundario o derivado del derecho constitucional contenido en el Acuerdo y en tal virtud la jerarquía jurídica de aquel es inferior"[500]. De seguida, no Processo 07-AI-99, o TJCA mais uma vez declarou que "*[e]l ordenamiento jurídico primario está sujeto al principio de jerarquía normativa primando sobre cualquier otra norma comunitaria, ya sea de Derecho derivado o sobre los tratados que regulan las relaciones externas de la comunidad*" [501]. Esta reiterada manifestação no sentido de estabelecer uma hierarquia normativa no ordenamento jurídico andino foi justificada pelo próprio TJCA como *"[i]ndispensable para la solución de los conflictos que pudieren presentarse entre las distintas categorías del ordenamiento jurídico comunitario*"[502].

Esta pirâmide normativa estabelecida pelo TJCA não se restringiu a uma divisão entre direito primário e secundário. Com efeito, existe igualmente uma distinção hierárquica entre as decisões e as resoluções, sendo que as primeiras geralmente sobrepõem-se às segundas[503]. Todavia, em algumas circunstâncias, a depender das funções atribuídas à Secretaria-Geral, as resoluções podem equiparar-se a uma decisão. No Processo 3-AI-98, o TJCA esclareceu os casos em que as resoluções podem ocupar uma mesma posição hierárquica em relação a uma decisão, determinando o seguinte: "*[a] la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy Secretaría General), según consagraba el literal a) del artículo 15 del Tratado original, le correspondía y le corresponde actualmente de conformidad con el artículo 30 del literal a) del Protocolo de Trujillo, "velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones". Tales facultades le permiten disfrutar de un poder normativo propio que puede dar lugar a la creación de derecho secundario no subordinado a las Decisiones de la Comisión por constituir actos de ejecución directa de normas del Acuerdo. Este poder normativo directo estaba reconocido en el artículo 1 del Reglamento de la Junta – vigente en el momento de expedir la Resolución 458 – cuando disponía que "en materias en que la Junta tiene facultades decisorias propias contenidas en el texto del Acuerdo... expresará su voluntad mediante Resoluciones que se numerarán consecutivamente", las que tienen el carácter de generales. Este rango jurídico igualitario entre las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta tiene razón de ser por cuanto en uno u otro caso el origen "legislativo" o "normativo" tiene fuente directa común en el Acuerdo de Cartagena. Otra competencia distinta de la Junta es la de reglamentar o ejecutar las*

[500] Processo 3-AI-98 do TJCA, de 11 de fevereiro de 1999, p. 9.

[501] Processo 07-AI-99 do TJCA, de 12 de novembro de 1999, p. 10.

[502] Processo 1-AN-97 do TJCA, de 26 de fevereiro de 1998, p. 15.

[503] Sobre o tema, veja-se: CASTRO Jorge, *Reflexiones acerca del tema de las fuentes del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina*, Agenda Internacional, ano VII, n.° 16, 2002, p. 85.

Decisiones de la Comisión; en este supuesto obviamente la jerarquía legal de las Resoluciones de la Junta es inferior y está supeditada a la de la Comisión. La jerarquización planteada en estos términos no puede desembocar en que las Resoluciones de la Junta (hoy Secretaría General) puedan contradecir el espíritu o el contenido de las normas funcionales del Acuerdo, pues es obligación del órgano administrativo la de velar por su aplicación"[504]. Como se pode perceber, quando as resoluções executam normas de uma decisão do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e/ou da Comissão, ficam submetidas hierarquicamente ao que estabelece a respetiva decisão. Contudo, quando a resolução executa normas em conexão direta com as disposições do direito andino primário, não se submetem a nenhuma decisão, mas tão-somente às normas dos tratados constitutivos[505]. Neste último caso, as resoluções equiparam-se a uma decisão em termos de posição hierárquica. Quando isto acontece, a tónica do problema desloca-se para a questão de saber como seria possível solucionar um eventual conflito entre as disposições de uma decisão e de uma resolução que se encontram no mesmo nível hierárquico.

Mejías sugere resolver tal conflito adotando o princípio da inderrogabilidade singular, segundo o qual nenhum ato particular pode derrogar ou ser aplicado sobre um ato de caráter geral. Assim sendo, nos casos em que a resolução apresente alcance individual, deve dar-se preferência aplicativa à decisão[506]. Contudo, isto não resolve os casos em que as resoluções e decisões possuem ambas alcance geral e tem por objetivo determinar a execução de normas em conexão direta com o Acordo de Cartagena e com o TCTJCA. Em razão disso, Uribe Restrepo defende que as decisões primam sobre as resoluções em qualquer situação. Segundo este autor, tendo em vista que o Acordo de Cartagena havia designado a Comissão como órgão máximo do então Pacto Andino, logo as normas que adotava haveriam sempre de prevalecer[507]. Acontece que desde 1997 a Comissão passou a partilhar com o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e com a própria Secretaria-Geral algumas tarefas em comum, nomeadamente no que se refere à adoção de atos normativos. Assim sendo, considerando que não existe na CAN um princípio de separação de poderes, no sentido de dizer que uma instituição detém o monopólio da atividade legislativa, não há de falar-se em subordinação entre instituições, tampouco entre as normas que adotam. Acredita-se, portanto, que não é exatamente por esta estrada que eventuais conflitos normativos possam ser resolvidos. Com efeito, até mesmo Uribe Restrepo sugere uma outra forma para afrontar o problema, asseverando que, dada a complexidade das

[504] Processo 3-AI-98 do TJCA, de 11 de fevereiro de 1999, p. 9.

[505] Cfr. CASTRO Jorge, *Reflexiones acerca del tema de las fuentes*..., cit., p. 85.

[506] Cfr. MEJÍAS Jorge Luís Suárez, *Integración y Supranacionalidad...,* cit., p. 39.

[507] Cfr. URIBE RESTREPO Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 86-87.

matérias abordadas tanto pelas decisões quanto pelas resoluções, deve-se admitir que, em alguns casos, há de decidir-se pela validez simultánea de ambas as normas. Consequentemente, o único princípio apropriado para dar fim ao conflito entre tais normas seria o da *lex posterior*[508]. Considerando que em determinadas situações ambas as decisões e as resoluções ocupam a mesma posição hierárquica em virtude de regulamentar matérias semelhantes e com o mesmo alcance geral, então o indicado seria dar prevalência àquela adotada posteriormente.

Retomando o acervo normativo elencado no artigo 1.º do TCTJCA, importa ainda discorrer sobre os convénios de complementação industrial e outros adotados pelos Estados-Membros no âmbito do processo de integração andina. Em relação aos convénios de complementação industrial, trata-se de acordos com o propósito de impulsionar determinado setor da indústria – eis o que dispõe o artigo 64.º do Acordo de Cartagena. Diferentemente das decisões e das resoluções, que são adotadas por instituições da CAN, os convénios, como o próprio nome diz, são normas convencionais, isto é, são celebrados entre dois ou mais Estados-Membros da CAN. Em razão disso, pode dizer-se que resultam de um mecanismo semelhante à "cooperação reforçada", prevista no âmbito do direito da UE (designadamente no artigo 20.º do TUE e nos artigos 326.º e 334.º do TFUE), que contempla o procedimento a seguir pelos Estados-Membros interessados em aprofundar a cooperação numa área em particular[509].

De entre os convénios de complementação industrial já estabelecidos na CAN, pode citar-se o "*Convenio de Complementación en el Sector Automotor*", estabelecido entre a Colombia, o Equador e a Venezuela, em 13 de Setembro de 1993 (renovado em 16 de Setembro de 1999). Já no que tange aos outros convénios adotados pelos Estados-Membros no decorrer do processo de integração andina, pode mencionar-se a *Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas*[510]. Frise-se que qualquer Convénio de Complementação Industrial, ou outros adotados pelos Estados-Membros no âmbito do processo de integração andino, subordinam-se aos tratados constitutivos, porém escapam ao controlo de conformidade pelo TJCA, a menos que se tenha estabeledido esta possibilidade através de uma de decisão ou de uma resolução[511].

---

[508] Cfr. URIBE RESTREPO Fernando, *El Derecho de la Integración*..., cit., p. 86-87.

[509] Sobre a cooperação reforçada, veja-se: FERNANDES José Manuel, Cooperação Reforçada, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 124-126; DUARTE Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado*..., cit., p. 80-82.

[510] Cfr. CASTRO Jorge, *Reflexiones acerca del tema de las fuentes*..., cit., p. 85.

[511] Em sentido semelhante, veja-se: MARTÍN Araceli Mangas e NOGUEIRA Diego Liñán, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 382.

O caráter taxativo do artigo 1.º do TCTJCA poderia levar a pensar que o direito andino estaria limitado às normas ali previstas. Contudo, existem ainda outros instrumentos normativos que, embora não sejam vinculativos, não estão totalmente desprovidos de efeitos jurídicos. Trata-se daquelas disposições de *soft law* que se vestem sob a forma de recomendações do Parlandino (artigo 43.º, alínea "c" do Acordo de Cartagena) e de declarações do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores (artigo 17.º do Acordo de Cartagena).

Importa ainda mencionar que, tal como o TJUE fez referência em sua jurisprudência aos princípios gerais de direito, o TJCA igualmente recorreu a estes princípios, especialmente em situações em que precisava colmatar algumas lacunas existentes no ordenamento jurídico andino. Neste sentido, no âmbito do Processo 111-AI-2003, o TJCA estabeleceu que "*en el caso que en el ordenamiento jurídico comunitario se presentaren vacíos, habrá que acudir a los Principios Generales del Derecho Comunitario, al derecho sustantivo de los países miembros y a los principios del derecho internacional y en forma complementaria, a las disposiciones emanadas de la Organización Mundial del Comercio – OMC, siempre que sean compatibles con los principios y normas del Acuerdo de Integración Andina*"[512]. Como se pode perceber, o ordenamento jurídico andino é composto por um conjunto de princípios gerais de direito andinos, os quais estão previstos nos tratados constitutivos da CAN e na jurisprudência do TJCA. Além do mais, em caso de lacunas, o ordenamento jurídico andino socorre-se ao direito substantivo dos Estados-Membros, aos princípios do direito internacional e às disposições da OMC.

De entre os princípios gerais expressamente previstos nos tratados constitutivos, destaca-se o da cooperação leal, consagrado no artigo 4.º do TCTJCA. De acordo com este mencionado dispositivo e com a jurisprudência do TJCA, o princípio da cooperação leal institui tanto um dever de abstenção de iniciativas que acarretem prejuízo aos interesses da integração regional andina, como um dever de promoção desses mesmos interesses. No âmbito do Processo 165-IP-2004, evidencia-se o dever de abstenção de iniciativas que acarretem prejuízo aos interesses da integração regional andina quando o TJCA determina que "*la obligatoriedad del orden jurídico de la Comunidad Andina, tanto de rango fundamental como de rango derivado, entraña la prohibición para los Estados Miembros de adoptar unilateralmente medidas contrarias o incompatibles que, faltando al principio de cooperación leal, pongan en riesgo la consecución de los objetivos del proceso de integración*"[513]. No que tange ao dever de promoção dos interesses da integração regional andina, pode citar-se o Processo 118-AI-2003, no

[512] Processo 118-AI-2003 do TJCA, de 14 de abril de 2005, p. 40.

[513] Processo 165-IP-2004 do TJCA, de 6 de abril de 2005, p. 8.

qual o TJCA estabeleceu que o princípio da cooperação leal "*impone a los Países Miembros la adopción de todas las medidas necesarias a fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho andino, entre las cuales se incluye la de hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación del ordenamiento jurídico comunitário*"[514].

Do exposto, percebe-se que a cooperação leal está orientada no sentido da necessidade de assegurar a efetividade do direito andino. Em razão disso, o princípio do primado foi colacionado pela jurisprudência do TJCA, por tratar-se de uma ferramenta que aliada à cooperação leal tem o condão de impedir a invocação de exceção da inexecução das normas andinas no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros. Nos termos do Processo 3-AI-96 foi estabelecido que "*[...]para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno, en el cual ocurre un desplazamiento automático de competencias que pasan del legislador nacional al comunitario, describiendo ese fenómeno como aquel en que la comunidad organizada invade u ocupa el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno"*[515]. A prevalência das normas andinas sobre o direito nacional de cada um dos Estados-Membros foi então reconhecida pelo TJCA como um requisito *sine qua non* para a subsistência do ordenamento jurídico supranacional e para a própria integração andina.

O princípio do primado já havia sido entretanto anteriormente enunciado no âmbito do referido *XXIX Período de Sesiones Ordinarias del Acuerdo de Cartagena*, tendo a Comissão naquele momento declarado que "*[e]l ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros*" [516]. Assim sendo, o princípio do primado informa a prevalência do direito andino sobre o direito nacional, porém não indica nenhuma forma de hierarquia entre ordenamentos jurídicos, mas sim uma relação de preferência aplicativa em virtude de competências normativas derivadas do princípio de atribuição. É por isso que, havendo dúvidas quanto à aplicação do direito andino, o juiz nacional não se deve esquivar de seu dever de reenviar prejudicialmente ao TJCA, nos

[514] Processo 118-AI-2003 do TJCA, de 14 de abril de 2005, p. 41.

[515] Processo 3-AI-96 do TJCA, de 24 de março de 1997, p. 15.

[516] Note-se que o princípio do primado não está expressamente previsto no texto dos tratados constitutivos da CAN, embora possa ser deduzido a partir da redação dada ao artigo 4.º do TCTJCA. Do mesmo modo, o primado não está consubstanciado nos tratados constitutivos da UE, mas foi contemplado na Declaração n.º 17 anexada à Ata Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa, tendo por epígrafe "Declaração sobre o primado do direito comunitário", redigida nos seguintes termos: "A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência".

termos do artigo 33.º do TCTJCA. Qualquer recusa por parte de um Estado-Membro neste sentido pode motivar uma violação ao direito andino, ou seja, configura-se num caso de incumprimento, acionável por via dos artigos 23.º, 24.º e 25.º do TCTJCA.

Decorre da cooperação leal, portanto, o princípio da responsabilidade do Estado por incumprimento do direito andino. Nesta senda, o TJCA estabeleceu que "*así como en el orden interno la responsabilidad del Estado se deriva de su régimen constitucional, en el orden comunitario dicha responsabilidad se sustenta además en el compromiso que adquiere cada Estado en virtud del artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal* [atual artigo 4.º do TCTJCA]. *La obligación de cumplimiento se debe tanto a los Estados partes como a los ciudadanos y a las personas jurídicas de dichos Estados, puesto que el ordenamiento jurídico comunitario se incorpora también al derecho interno. Desde este punto de vista, del artículo 5 del Tratado* [atual artigo 4.º do TCTJCA], *se desprende la responsabilidad estatal frente al individuo por actos de la administración que deriven en incumplimiento de la norma comunitaria*"[517]. Assim sendo, diante de um caso de incumprimento das obrigações que decorrem do direito andino, repousa sobre o Estado-Membro infrator a obrigação de reparação patrimonial, prevista no artigo 30.º do TCTJCA.

Em razão disso, também por força do princípio da cooperação leal, os órgãos jurisdicionais nacionais devem assegurar o princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos aos particulares pelo direito andino. A tutela jurisdicional efetiva está consagrada no artigo 31.º do TCTJCA. Segundo o TJCA, esta disposição "*otorga garantias incluso procesales a los indivíduos, al asignar a los tribunales nacionales competencia, de acuerdo con las prescriciones del derecho interno, para conocer de las causas que les presenten las personas naturales de cada país, que resulten afectadas por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por cada Estado*"[518]. Assim sendo, quaisquer normas nacionais que obstaculizem o acesso à justiça, mediante atos que lesionam direitos derivados do ordenamento jurídico andino, devem ser ser consideradas inaplicáveis[519].

Importa destacar que a tutela jurisdicional efetiva só pode ser exercida em virtude da existência do princípio do efeito direto das normas andinas. Isto porque o efeito direto assegura a posição jurídica dos particulares perante os Estados-Membros, ou seja, está relacionado com a possibilidade que os particulares têm de poder exigir diretamente dos tribunais nacionais a correta observância de seus

[517] Processo 6-IP-93 do TJCA, de 25 de fevereiro de 1994, p. 5.

[518] Processo 6-IP-93 do TJCA, de 25 de fevereiro de 1994, p. 3.

[519] Esta foi a posição adotada pelo TJUE no acórdão *Terhoeve*, ao estabelecer que "é também de jurisprudência constante que todos os órgãos jurisdicionais nacionais têm obrigação de aplicar integralmente o direito comunitário e de proteger os direitos que este confere aos particulares, não aplicando, caso seja necessário, toda e qualquer disposição eventualmente contrária da lei nacional" (Acórdão *Terhoeve*, processo C-18/95 do TJUE, de 26 de janeiro de 1999, n.º 56).

direitos. Este princípio está igualmente relacionado com o da aplicabilidade imediata[520], já que a norma de direito andino, ao ser imediatamente aplicável aos Estados-Membros, gera um efeito no sentido de "*[...] que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales*"[521]. Note-se que, de maneira semelhante ao princípio da aplicabilidade imediata, o efeito direto constitui um dos princípios fundantes e imprescindíveis à própria efetividade das normas do ordenamento jurídico andino[522]. Neste sentido, o TJCA assinalou que "*[l]a sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta* [hoje Secretaria-Geral]*, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los países miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino"*[523].

Acontece que, conforme faz notar Sasaki Otani, o exercício da tutela jurisdicional efetiva em virtude do não (ou mau) cumprimento do direito andino tem-se limitado a um reduzido número de casos. É que, se por um lado, os particulares vêm interpondo ações por incumprimento perante o TJCA, por outro lado, não se tem notícias de que os demandantes estejam a solicitar na sequência de

---

[520] Lembrando que o artigo 3.º do TCTJA dispõe que as Decisões e as Resoluções são diretamente aplicáveis aos Estados-Membros a partir da data de sua publicação na Gazeta Oficial do Acordo de Cartagena. No que tange às normas de direito andino primárias, estas entram em vigor de acordo com a disposição do próprio tratado constitutivo e com o procedimento nacional em matéria de aprovação dos tratados internacionais. Assim, por exemplo, o TCTJCA estabelece que: "*El presente Protocolo Modificatorio entrará en vigencia cuando todos los Países Miembros que lo suscriban hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina y haya entrado en vigencia el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino, aprobado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996*". O Acordo de Cartagena, por sua vez, dispõe em seu artigo 134.º que: "*El presente Acuerdo entrará en vigencia cuando todos los Países Miembros que lo suscriben hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina. Este Acuerdo no podrá ser suscrito con reservas y permanecerá en vigencia por tiempo indefinido*".

[521] Processo 3-AI-96 do TJCA, de 24 de março de 1997, p. 14.

[522] No que tange à aplicabilidade direta das normas de direito andino, o TJCA tem-se pronunciado no sentido da inconveniência da prática reiterada dos Estados-Membros no sentido de incorporarem as normas de direito andino ao direito interno através de normas nacionais. Embora o propósito dos Estados-Membros seja difundir a norma de direito andino no âmbito do direito nacional, esta prática pode gerar problemas relacionados conflitos normativos, que à partida não existiriam. Neste sentido, o pronunciamento do TJCA: "*Finalmente, estima conveniente El Tribunal, pronunciarse una vez más sobre lo inconveniente que resulta y la amenaza que representa para la intangibilidad del ordenamiento jurídico comunitario, el hábito adoptado por algunos países de reproducir, incorporándolas en instrumentos jurídicos de derecho interno, las normas del ordenamiento comunitario con el fin de darles publicidad en sus respectivos periódicos, boletines o registros oficiales. Se ha dicho hasta la saciedad que las normas del ordenamiento jurídico comunitario rigen, por lo general, en todo el territorio de la comunidad, que es, por supuesto, el de todos y cada uno de los Países Miembros, de manera inmediata y directa, luego de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. No es necesario ni conveniente, y podría representar una violación al ordenamiento jurídico andino, que cada uno de los países incorpore la norma comunitaria mediatizándola en un instrumento jurídico interno, cuya vigencia está sujeta a la publicación en el correspondiente medio de divulgación oficial. Ello podría, incluso, generar en el proceso de aplicación de las normas el fenómeno conocido como conflicto de la ley en el tiempo, ya que haría suponer que la norma andina no entró en vigencia sino hasta cuando fue reproducida y publicada por el país correspondiente.*

La situación anteriormente descrita adquiere contornos más dramáticos en la medida en que el texto que se publica por el País Miembro difiere del publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena" (Processo 07-AI-99 do TJCA, de 12 de novembro de 1999, p. 19).

[523] Processo 07-AI-99 do TJCA, de 12 de novembro de 1999, p. 10-11.

uma declaração de incumprimento a devida indemnização perante os tribunais nacionais[524]. Ainda segundo Sasaki Otani, isto se deve por causa do desconhecimento quase generalizado sobre o tema por parte da comunidade académica, dos advogados, juízes e outros servidores públicos dos Estados-Membros, e talvez ainda corresponda a uma impressão distorcida no sentido de que a CAN é uma integração regional limitada aos seus Estados-Membros, deixando à margem os seus nacionais, que no entanto fazem parte igualmente do processo de integração tanto como sujeitos ativos quanto passivos[525].

Com foi mencionado alhures, os nacionais dos Estados-Membros são cidadãos da CAN, tanto que até mesmo participam do processo de escolha de seus representantes no Parlandino. Não de outro modo que, considerando a participação dos cidadãos andinos indispensável para a consolidação do processo de integração regional, os Estados-Membros subscreveram o Tratado Constitutivo do Parlamento Andino[526], em 1979. Mais tarde, os Estados-Membros da CAN reforçaram ainda mais o seu compromisso com a democracia ao assinar o Protocolo Adicional ao Acordo de Cartagena, denominado Compromisso da Comunidade Andina com a Democracia, o qual foi redigido em 1998, em Oporto, Portugal, e subscrito em 10 de Junho de 2000. O referido Protocolo estabelece a plena vigência do estado de direito e das instituições democráticas como condições essenciais para a cooperação política e para a integração económica, social e cultural na CAN.

As disposições contidas no Protocolo Adicional ao Acordo de Cartagena aplicam-se em caso de haver uma rutura na ordem democrática em qualquer dos Estados-Membros, bem como também recomendam a inclusão da cláusula democrática em tratados futuros que a CAN venha firmar com Estados terceiros. Importa sublinhar que, embora este Protocolo não especifique a forma como os Estados-Membros devem conceber as suas instituições democráticas, tampouco indique como os seus nacionais devem participar do processo democrático – visto que se trata de uma matéria de competência exclusiva dos governos nacionais –, mesmo assim este referido documento reveste-se de grande importância, pois salvaguarda a vigência do estado de direito, consagrando uma série de direitos individuais, de entre os quais o de participar da vida política conforme as respetivas previsões constitucionais dos Estados-Membros[527].

---

[524] Cfr. SASAKI OTANI María Ángela, El Régimen de Responsabilidad Patrimonial de los Países Miembros de la Comunidad Andina frente a los Particulares por Daños Derivados del Incumplimiento del Derecho Comunitario, *Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica*, 2018, p. 50, disponível em « http://repositorio.pucp.edu.pe », última visualização em 03-06-2019.

[525] Cfr. SASAKI OTANI María Ángela, El Régimen de Responsabilidad Patrimonial..., cit., p. 50.

[526] Cfr. ALVARADO Carolina Blanco, La Comunidad Andina en el Marco de lo Jurídico y Político, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XVI, n.º 31, 2013, p. 179.

[527] Cfr. ALVARADO Carolina Blanco, La Comunidad Andina..., cit., p. 179.

A abertura da CAN à democracia favoreceu quase que instantaneamente a regulamentação de matérias relacionadas à proteção dos direitos humanos/fundamentais. Logo após o Tratado Constitutivo do Parlamento Andino foi firmada a Carta de Conduta de Riobamba, em 11 de setembro de 1980, cujo teor estabelecia a relevância da democracia no avanço do processo de integração, bem como ressaltava o compromisso dos Estados-Membros em relação ao respeito dos direitos humanos, políticos, económicos e sociais em seus respetivos contextos nacionais. Na sequência, o Conselho Presidencial Andino aprovou, em 2002, a Carta Andina para a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos, na qual os Estados-Membros se comprometeram a defender a ordem democrática da região andina, convencidos de que a vigência dos valores democráticos assegura o reforço mútuo entre a democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais[528].

Além da Carta Andina para a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos, importa mencionar um outro documento que a antecedeu, qual seja, a Declaração de Machu Pichu sobre a democracia, os direitos dos povos indígenas e a luta contra a pobreza, assinada em Julho de 2001. Nesta Declaração podem ser indicados alguns aspectos fundamentais, nomeadamente o estabelecimento de uma relação entre a democracia e os direitos humanos; a ênfase à luta contra a probreza; o reconhecimento da natureza multiétinica e pluriétnica das sociedades andinas, destacando inclusive a necessidade de dar-se uma maior atenção à proteção dos direitos dos povos indígenas[529].

No que diz respeito à dimensão social na CAN, note-se que o Acordo de Cartagena estabelece como um de seus objetivos o de promover a melhoria do nível de vida de seus habitantes através do desenvolvimento equilibrado e harmonioso entre os Estados-Membros. Em razão disso, foram estabelecidos alguns convénios de cunho social, como por exemplo o Convénio Andrés Bello de integração educativa, científica e tecnológica; o Convénio Hipólito Unáune, de integração no campo da ciência e da saúde; e o Convénio Simón Rodríguez, dedicado aos assuntos sócio-laborais[530]. No âmbito do estabelecimento do Convénio Simón Rodríguez, a Conferência de Ministros do Trabalho do Grupo Andino encomendou à Secretaria-Geral a elaboração de uma Carta Social. O objetivo principal desta Carta consistiu em acomodar em um catálogo os princípios e os direitos sociais comuns à tradição jurídica dos Estados-Membros, nomeadamente no que se refere à liberdade sindical, à negociação coletiva, o direito de greve e a estabilidade no trabalho, nos termos previstos pela OIT. Assim sendo, este instrumento enuncia os princípios gerais que regem a CAN, nomeadamente o princípio democrático, o princípio da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos,

[528] Cfr. ALVARADO Carolina Blanco, La Comunidad Andina..., cit., p. 178-179.

[529] Cfr.OLMOS GIUPPONI María Belén, El Tratamiento de los Derechos..., cit., p. 330.

[530] Cfr.OLMOS GIUPPONI María Belén, El Tratamiento de los Derechos..., cit., p. 325.

em consonância com a Declaração de Viena de 1993; bem como estabelece a igualdade de tratamento dos cidadãos de qualquer Estado-Membro que esteja em território de qualquer outro Estado-Membro[531].

Não obstante estes referidos instrumentos andinos de direitos humanos/fundamentais sejam desprovidos de efeito jurídico vinculativo, existem outras normas de cumprimento obrigatório que regulamentam um conjunto de direitos, nomeadamente o de livre circulação nos Estados-Membros da CAN, seja por motivos de turismo, trabalho ou outros que implicam a mudança de residência habitual – neste sentido, cite-se a Decisão 503, que reconheceu os documentos nacionais como único requisito de identificação para que os nacionais e os estrangeiros residentes em um dos Estados-Membros da CAN pudessem viajar na qualidade de turistas; cite-se ainda a Decisão 545, que regulamenta aspectos da migração laboral; bem como a Decisão 583, reservada à matéria de Seguridade Social. Estas iniciativas apontam no sentido de uma política que tenciona salvaguardar um conjunto de direitos (fundamentais) na CAN. Contudo, é preciso ainda criar mecanismos que promovam a consolidação de uma cidadania de direitos, pois isto seria um passo decisivo no sentido de tornar a CAN uma verdadeira Comunidade de direito democrática[532].

A construção de uma Comunidade de direito – onde os direitos de cidadania são respeitados em virtude da obrigatoriedade imposta ao seu cumprimento – está condicionada, no entanto, a uma maior atribuição de competências à CAN por parte de seus Estados-Membros. Ressalte-se, contudo, que não existe nos tratados constitutivos da CAN uma disposição semelhante àquelas previstas nos artigos 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 2 do TUE – que trata da repartição de competências entre a UE e os seus Estados-Membros –, pelo que é a partir da leitura do Acordo de Cartagena, nomeadamente dos artigos que estabelecem as competências de cada uma das instituições andinas[533], e considerando ainda a natureza supranacional da CAN, que se pode inferir a existência implicícita dos princípios da atribuição e da subsidiariedade. Assim sendo, resulta procedente afirmar que as instituições andinas devem limitar o seu âmbito de atuação consoante as competências que lhes foram conferidas pelos Estados-Membros. Neste sentido o TJCA estabeleceu que: *"[...] los jefes de Estado, como voceros de los países, que en uso precisamente de sus poderes soberanos individuales, manifiestan su disposición de*

[531] Cfr. OLMOS GIUPPONI María Belén, El Tratamiento de los Derechos..., cit., p. 326.

[532] Em sentido semelhante, veja-se: PHELAN William, Enforcement and Escape in the Andean Community: Why the Andean Community of Nations is Not a Replica of the European Union, *Journal of Common Market Studies*, n.º 4, vol. 53, 2015, p. 6.

[533] O artigo 16.º do Acordo de Cartagena estabelece as competências do Conselho Andino de Ministros das Relações Exteriores; o artigo 22.º do Acordo de Cartagena estabelece as competências da Comissão; o artigo 30.º do Acordo de Cartagena estabele as competências da Secretaria-Geral; o artigo 43.º do Acordo de Cartagena define as atribuições do Parlandino; o artigo 44.º do Acordo de Cartagena estabelece as competências dadas ao Conselho Consultivo Empresarial e ao Conselho Consultivo Laboral; as competências atribuídas ao TJCA estão previstas, por sua vez, no TCTJCA, designadamente nos artigos constantes em seu Capítulo III.

asociarse con otros estados en un esfuerzo común a fin de hacer frente a los retos del mundo contemporáneo. Deciden [...] acometer las tareas del desarrollo económico y el progreso social en materias que rebasan el espacio interno para constituirse en objeto de la organización común. En este proceso las naciones, más que limitar su soberanía, lo que hacen en ejercicio de ese mismo poder soberano, es delegar parte de sus competencias, trasfiriéndolas de la órbita de la acción estatal interna a la órbita de acción comunitária"[534].

Considerando então a necessidade de desenvolver ações conjuntas em determinados setores, os Estados-Membros reconheceram a necessidade de atribuir competências à CAN. As competências atribuídas à CAN podem ser depreendidas a partir de uma interpretação teleológica dos objetivos constantes do capítulo I do Acordo de Cartagena. Com efeito, como assinala Mejías, as competências atribuídas à CAN não se restrigem apenas aos objetivos expressamente delimitados nos tratados constitutivos, mas também estende-se a quaisquer outras ações necessárias para a sua plena consecução[535]. Neste sentido Mejías, destaca o fato de que algumas instituições da CAN disfrutam de amplas possibilidades de atuação, como acontecem, por exemplo, com o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e com a Comissão, que podem adotar decisões dentro de uma área muito abrangente de situações, com a única condição de contribuírem para a realização dos objetivos do processo de integração andino[536]. Sob este diapasão, assim como o artigo 352.º do TFUE introduziu uma cláusula de flexibilidade no que concerne ao âmbito de competências atribuídas às instituições europeias, pode dizer-se que as instituições andinas estão autorizadas a fazer tudo o que for necessário para a concretização dos objetivos estabelecidos no Acordo de Cartagena. Contudo, os limites do âmbito de atuação das instituições da CAN estão subordinados ao controlo do TJCA.

Cumpre ainda mencionar que, além dos Acordos, Tratados, Protocolos e Instrumentos Adicionais e Protocolos Modificatórios (direito primário), das decisões, das resoluções (direito secundário vinculativo), das recomendações do Parlandino, das declarações do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores (direito secundário não vinculativo), dos convénios de complementação industrial e outros adoptados pelos Estados-Membros, dos princípios gerais de direito andino (de entre os quais cite-se a cooperação leal, o primado, o efeito direto, a aplicabilidade imediata, a tutela jurisdicional efetiva, a responsabilidade do Estado por violação do direito andino e o princípio democrático), das Cartas e Declarações de direitos humanos/fundamentais, a jurisprudência do TJCA constitui igualmente uma das fontes do direito andino.

---

[534] Processo 1-IP-96 do TJCA, de 9 de dezembro de 1996, p. 6-7.

[535] Cfr. MEJÍAS Jorge Luís Suárez, *Integración y Supranacionalidad...,* cit., p. 11.

[536] Cfr. MEJÍAS Jorge Luís Suárez, *Integración y Supranacionalidad...,* cit., p. 12.

De acordo com o TJCA, "[...] *la jurisprudencia del Tribunal Andino constituye una fuente indirecta del Derecho Comunitario, pues ella a más de aclarar los conceptos sobre ciertas normas, sienta principios jurídicos que van constituyendo reglas básicas de Derecho en la subregión*"[537]. Com efeito, em uma outra decisão anterior o TJCA já havia assinalado que "*[a] su vez la jurisprudencia, aunque no tiene un valor vinculante general – pero sí particular – en la aplicación del derecho comunitario, sí sirve de instrumento-guía u orientación para su desarrollo*"[538]. Por outras palavras, embora a decisões do TJCA não tenham efeito *erga omnes*, mesmo assim constituem uma fonte de direito andino. Sublinhe-se que a jurisprudência do TJCA é resultado das decisões proferidas no âmbito das demandas laborais (artigo 40.º do TCTJCA), ações por incumprimento (artigos 23.º a 31.º do TCTJCA), nulidade (artigos 17.º a 22.º do TCTJCA), recursos por omissão (artigo 37.º do TCTJCA) e questões prejudiciais (artigos 32.º a 36.º do TCTJCA – sendo que somente as decisões prejudiciais proferidas no âmbito de ações irrecorríveis é que são de cumprimento obrigatório para os juízes nacionais, conforme artigo 33.º do TCTJCA)[539]. E, de acordo com o artigo 91.º do Estatuto do TJCA (Decisão 500), as sentenças do TJCA não requerem homologação ou *exequatur* em nenhum Estado-Membro e adquirem força obrigatória (de caso julgado) a partir do dia seguinte da sua notificação.

Por fim, importa mencionar os laudos arbitrais, fruto do mecanismo de arbitragem previsto nos artigos 38.º e 39.º do TCTJCA. Nestes dispositivos estão estabelecidas as competências do TJCA e da Secretaria-Geral para resolver, mediante arbitragem, as controvérsias surgidas no âmbito da aplicação e interpretação de contratos subscritos entre os órgãos andinos ou entre estes e terceiros, quando as partes assim acordam. Deste modo, os particulares têm a possibilidade de submeter ao TJCA e à Secretaria-Geral controvérsias suscitadas em relação à aplicação e à interpretação de aspectos contidos em contratos de caráter privado[540]. Sublinhe-se que os laudos emitidos pelo TJCA e pela Secretaria-Geral são de cumprimento obrigatório e irrecorível, conforme o disposto no artigo 41.º do TCTJCA. Contudo, este mecanismo alternativo de solução de controvérsias ainda não foi implementado na prática, tampouco foi objeto de regulamentação específica[541]. Em razão disso, a Secretaria-Geral apresentou recentemente uma proposta de criação do Centro de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Trata-se de

[537] Processo 1-AN-97 do TJCA, de 26 de fevereiro de 1998, p. 15.

[538] Processo 1-IP-96 do TJCA, de 9 de dezembro de 1996, p. 10.

[539] Desde 1984, quando tiveram início as atividades do TJCA, até junho de 2017, foram apreciadas 3.460 interpretações prejudiciais, 123 ações por incumprimento, 60 ações de nulidade, 7 recursos por omissão e 18 demandas laborais. Cfr. RODRÍGUEZ Walker San Miguel, El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y su mecanismo de solución de controvérsias, *Acuerdos Revista de Derecho Económico Internacional*, 2017, p.24, disponível em «http://acuerdosrevista.mincit.gov.co/index.php/component/k2/item/428-can», última visualização em 03-06-2019.

[540] Cfr. RODRÍGUEZ Walker San Miguel, El ordenamiento jurídico de la Comunidad..., cit., p. 25.

[541] Cfr. RODRÍGUEZ Walker San Miguel, El ordenamiento jurídico de la Comunidad..., cit., p. 25.

uma iniciativa que pretende ser colocada à disposição dos empresários andinos, para que possam submeter controvérsias a um centro de caráter comunitário e assim obterem um laudo, que, além de ter natureza de caso julgado, seja facilmente executável em qualquer Estado-Membro sem a necessidade de *exequatur*[542].

2.4. O ordenamento jurídico do Mercado Comum do Sul

Nos itens anteriores foi demonstrado que tanto as normas dos ordenamentos jurídicos da UE quanto da CAN estão em constante interação reflexiva com as normas nacionais de seus respetivos Estados-Membros, formando um sistema internormativo que se deixa influenciar, inclusive, por normas de direito internacional que asseguram principalmente direitos fundamentais. Este sistema internormativo só se tornou possível, no entanto, a partir da adesão a um esquema de "estadualidade aberta"[543], em que os Estados acabam fragilizando, como diria Peter Häberle, a distinção estrita entre o interno e o externo em favor de uma abertura ao exterior[544]. Note-se que as constituições nacionais abriram-se à supranacionalidade e, em contrapartida, os tratados constitutivos das integrações regionais assumiram não só um compromisso de respeitar as identidades nacionais/constitucionais dos Estados-Membros (no caso da UE, veja-se o artigo 4.º, n.º 2 do TUE), bem como também fizeram

seus os princípios constitucionais nacionais[545]. O desenvolvimento do sistema internormativo deu-se, por sua vez, através de um constante diálogo entre as fontes de distintos ordenamentos jurídicos. Diálogo este facilitado, sobretudo, pelas dinâmicas juridicionais operadas entre os tribunais nacionais e supranacionais, através do instrumento de reenvio prejudicial.

A questão de saber se o ordenamento jurídico do MERCOSUL situa-se igualmente em um sistema internormativo implica verificar em que medida suas normas conseguem travar uma interação reflexiva com outras normas de distintas fontes, especialmente com as normas dos ordenamentos jurídicos de seus Estados-Partes. Para tanto, em primeiro lugar, importa examinar as caracaterísticas

---

[542] Cfr. RODRÍGUEZ Walker San Miguel, El ordenamiento jurídico de la Comunidad..., cit., p. 26.

[543] PETER Anne, AZNAR GÓMEZ Mariano J., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ Ignácio (eds.), *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 11.

[544] HÄBERLE Peter, *El Estado Constitucional*, Tradução de Héctor Fix-Fierro, México, 2001, p. 73.

[545] Note-se que o próprio Preâmbulo do TUE, mais adiante reforçado pelo seu artigo 6.º, ao dispor que UE baseia-se nos princípios que são comuns aos Estados-Membros, nomeadamente os princípios de liberdade, democracia, respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais e ao estado de direito, acaba por criar um "bloco de constitucionalidade europeia". Cfr. GARCÍA Ricardo Alonso, Un paseo por la jurisprudência supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración, in BOGDANDY Armin von, ARROYO César Landa, ANTONIAZZI Mariela Morales (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 624.

do ordenamento jurídico do MERCOSUL. De acordo com Díaz Labrano, o ordenamento jurídico do MERCOSUL é dotado de normas com um nítido perfil de direito de integração regional, que impulsionam transformações substanciais no relacionamento entre os Estados-Partes e os seus nacionais[546]. De fato, como já foi visto anteriormente, pese o MERCOSUL tenha feito uma opção pela intergovernabilidade, isto não o exclui da categoria das integrações regionais[547]. Logo, à luz das integrações regionais europeia e andina, pode afirmar-se que o MERCOSUL é igualmente dotado de uma ordem jurídica própria, já que é formado por um conjunto de normas estabelecidas pelos seus tratados fundadores, sendo que seus efeitos se estendem não só aos Estados-Partes, mas também aos cidadãos. Isto foi confirmado pelo Tribunal arbitral *ad hoc*, em sua IX sentença arbitral, quando estabeleceu que o MERCOSUL possui um ordenamento jurídico *"[...] organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlas, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones*"[548]. Com efeito, o MERCOSUL tem órgãos com capacidade para emitir normas de direito secundário, através das quais os fins previstos nos tratados constitutivos podem ser realizados.

Mas, se, por um lado, o MERCOSUL possui um ordenamento jurídico com fontes próprias, por outro lado, no que concerne à sua autonomia, há de se fazer as seguintes considerações. No âmbito da sua primeira opinião consultiva, o TPR entendeu que "*[e]l Derecho de Integración y el Derecho Comunitario originário, si bien tienen su origen en una fuente propia del derecho internacional como lo son los tratados – por ejemplo, el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Olivos, etc. –, a partir de su entrada en vigor adquieren evidentemente absoluta autonomia e independencia del ordenamiento internacional*[549]". Acredita-se, no entanto, que a simples entrada em vigor dos tratados constitutivos não tem o condão de dar, por si só, como num passe de mágica, autonomia à ordem jurídica mercosulina. Para que uma ordem jurídica seja considerada autónoma, é preciso que as normas que constituem esta ordem estejam, para sua interpretação e aplicação, submetidas apenas a uma instância que lhes seja própria e que estatua seguindo as normas que estabelece[550].

---

[546] Cfr. DÍAZ LABRANO Roberto Ruiz, *Integración y Derecho*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998, p. 524.

[547] Não de outro modo que há até mesmo quem entenda que o direito do MERCOSUL trata-se de um direito de integração regional (ou direito comunitário). Neste sentido, veja-se: KLEINHEISTERKAMP Jan, Legal Certainty in the MERCOSUR: The Uniform Interpretation of Community Law, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 6, n.° 1, 2000, p. 8; OLMOS GIUPPONI María Belén, Sources of Law in MERCOSUR – Analysis of the Current Situation and Proposals for the Future, in FRANCA FILHO Marcílio Toscano, LIXINSKI Lucas, OLMOS GIUPPONI María Belén (eds.), *The Law of MERCOSUR*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 57.

[548] IX Laudo arbitral do TAHM, de 4 de abril de 2003, parágrafo 63.

[549] Opinião onsultiva 1/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007, parágrafo "D.2".

[550] Cfr. SILVA Maria Manuela Magalhães, A aplicabilidade direta do direito..., cit., p. 185.

Da leitura do artigo 34.º do Protocolo de Ouro Preto, percebe-se que os órgãos do MERCOSUL estão comprometidos com a estrutura governamental dos Estados-Partes, pois não há delegação de competências a um órgão supranacional. Por outras palavras, apesar de o MERCOSUL ter órgãos com capacidade para emitir normas de direito secundário, tais órgãos coincidem com os próprios sujeitos e destinatários das normas – os Estados[551]. Note-se, a começar pela composição dos três órgãos com competência legislativa, que o sistema de tomada de decisões do MERCOSUL reveste-se de características essencialmente intergovernamentais. O Conselho Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM) são formados por representantes indicados por cada um dos Estados-Partes e atuam em defesa dos interesses nacionais. Ainda que procurem conciliar interesses nacionais com o avanço do processo de integração, suas intenções refletem a vontade dos Estados-Partes e não de uma autoridade supranacional[552], tanto que basta o veto de uma das partes para que seja frustrado um eventual consenso atingido pelos demais [553]. Consequentemente, isto acaba por repercutir na autonomia da ordem jurídica do MERCOSUL.

Além do mais, o regime jurídico de produção normativa – pese seja uma fonte de obrigações para os Estados-Partes, conforme previsão do artigo 42.º do Protocolo de Ouro Preto – pode ver-se debilitado em virtude da ausência, em maior ou menor medida, de mecanismos institucionais necessários para a sua efetivação nos ordenamentos jurídicos nacionais. É que, como já foi visto, os ordenamentos jurídicos de alguns Estados-Membros ainda tratam as normas mercosulinas como se do direito internacional decorressem. Contudo, como bem assevera Dreyzin de Klor, "*[...] las normas, los derechos y las obligaciones consagrados por el derecho del MERCOSUR no pueden ser interpretados como si se tratara de derecho internacional puro y duro. Se trata, por el contrário, de un derecho pergeñado com una finalidad integracionista, finalidad que debe ser tenida en cuenta de modo primordial al sopesar los diferentes critérios de interpretación posibles en cada caso*"[554].

Sob este diapasão, recai sobre os intérpretes o dever de apreciar o direito do MERCOSUL tendo em conta a finalidade de seus objetivos, que estão relacionados ao desenvolvimento da integração regional. Foi neste embalo que a Constituição argentina passou a fazer uma distinção entre os tratados

---

[551] Cfr. CANÇADO TRINDADE Otávio A. D., *O MERCOSUL no Direito Brasileiro – Incorporação de Normas e Segurança Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 53.

[552] Cfr. CANÇADO TRINDADE Otávio A. D., *O MERCOSUL no Direito...*, cit., p. 45-46.

[553] Cfr. CANÇADO TRINDADE Otávio A. D., *O MERCOSUL no Direito...*, cit., p. 45-46.

[554] DREYZIN DE KLOR Adriana, Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico, in BOGDANDY Armin von, ARROYO César Landa, ANTONIAZZI Mariela Morales (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 472.

de direito internacional e os tratados de direito de integração regional ao introduzir, no inciso 24 do seu artigo 75.º, a possibilidade de o Congresso Nacional aprovar instrumentos específicos que deleguem competências e jurisdição a organizações supranacionais em condições de reciprocidade e igualdade, desde que a ordem democrática e os direitos humanos sejam respeitados. Frise-se ainda que, de acordo com a Constituição argentina, as normas decorrentes do ordenamento jurídico de uma integração regional, como o MERCOSUL, assumem posição superior às normas nacionais.

Do mesmo modo merece destaque a Constituição paraguaia, cuja abertura ao exterior deu-se através de seu artigo 45.º, ao prever a participação do Paraguai em uma integração regional supranacional que garanta o respeito aos direitos humanos, à paz, à justiça, à cooperação e ao desenvolvimento nos âmbitos políticos, econômico, social e cultural. Contudo, diferentemente do que acontece com a Constituição argentina, que somente prevê a necessidade de incorporação dos tratados constitutivos de integrações regionais de caráter supranacional, a norma constitucional paraguaia determina que tanto o direito originário quanto derivado de integrações regionais devem ser incorporados de acordo com os procedimentos internos para fins de validade e de vigência[555]. Isto inviabiliza a doutrina da aplicabilidade imediata, revelando-se num verdadeiro contrassenso.

De forma mais arrojada, a Constituição da Venezuela trouxe em seu artigo 38.º a possibilidade de as normas adotadas no âmbito de integrações regionais serem consideradas partes integrantes do ordenamento jurídico interno, podendo ainda gozar de aplicabilidade imediata e de preferência aplicativa em relação à norma nacional em desconformidade. Note-se ainda que a Venezuela adotou um sistema de controlo prévio de constitucionalidade dos tratados, o que significa dizer que os mesmos não podem ser submetidos a uma posterior ação de inconstitucionalidade, garantindo deste modo uma maior segurança jurídica à integração regional[556].

As Constituições brasileira e uruguaia, por sua vez, continuam mais fechadas a um relacionamento amigo da internormatividade, pois não concedem condições mais favoráveis à incorporação das normas de integração regional, sendo, portanto, submetidas ao mesmo tratamento das normas de direito internacional no ordenamento jurídico interno. O artigo 4.º do texto constitucional uruguayo é inclusivamente enfático ao dispor que "*[l]a soberania en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes...*". Isto significa que um dos pontos mais sensíveis no que concerne à integração regional do MERCOSUL tem

[555] Cfr. BELTRAME DE MOURA Aline, Relação entre a Recepção das Normas de Direito Internacional e o Grau de Abertura das Constituições aos Fenómenos de Integração Regional, *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, n.º 12, vol. 6, 2018, p.297-298.

[556] Cfr. BELTRAME DE MOURA Aline, Relação entre a Recepção das Normas..., cit., p.298.

a ver com a disparidade de tratamento de suas normas pelos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes[557].

Assim sendo, ao serem rececionadas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes, as normas mercosulinas podem adquirir a forma tanto de normas supranacionais quanto de normas internacionais incorporadas, sendo que, neste último caso, confundem-se com as demais normas internas, tanto que podem inclusivamente ser revogadas pelas autoridades decisórias nacionais. Isto dificulta o enquadramento do ordenamento jurídico do MERCOSUL em um sistema internormativo, pois não se espera que ocorra a fusão de normas de ordenamentos jurídicos distintos, ou seja, as normas de fontes diversas devem estar em um fluxo constante de concorrência circular, enquanto partes autónomas de um mesmo sistema jurídico que requer complementariedade, através de uma acomodação dialógica entre elas. É imposível estabelecer um diálogo onde as normas de um ordenamento jurídico fundem-se ao entrar em contato com outro. De resto, sobraria espaço apenas para um monólogo, que por sua vez sugere imposição, mas não é isto que está em causa no âmbito da internormatividade.

Ademais, interessa mencionar que os sistemas internormativos pressupõem abertura, o que significa dizer que as normas, tais como as que decorrem dos ordenamentos jurídicos da UE e da CAN, afetam não só os Estados-Membros, mas também os particulares, pelo que são disponibilizadas vias de acesso (ainda que indireto) para que estes últimos reivindiquem os seus direitos. Em confronto com o ordenamento jurídico mercosulino, Dreyzin de Klor e Alejandro Perotti notam a carência de ferramentas que garantem a tutela jurisdicional efetiva, sendo que isto acaba igualmente por infringir os textos constitucionais dos próprios Estados-Partes[558]. Dada a interdependência entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o mercosulino, já não se pode considerar a violação de uma norma de forma isolada, pois os seus efeitos se sentem no sistema como um todo. Em razão disso, há de empregar-se esforços no sentido de promover uma melhor acomodação ou interação reflexiva entre as normas mercosulinas e as normas nacionais em todos os Estados-Partes. Isto não impede de situar o ordenamento jurídico do MERCOSUL em um sistema internormativo, contudo chama a atenção para o fato de que ainda precisam de ser desenvolvidos alguns elementos, entretanto já existentes nas suas integrações regionais homólogas.

Nesta senda, não se pode deixar de mencionar que o reenvio prejudicial revelou-se no elemento chave para o desenvolvimento da internormatividade na UE e na CAN. Embora o MERCOSUL

[557] Cfr. BELTRAME DE MOURA Aline, Relação entre a Recepção das Normas..., cit., p.299.

[558] DREYZIN DE KLOR Adriana; PEROTTI Alejandro., *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2009, p. 76.

não tenha optado por uma estrada idêntica, parece ter encontrado nas opiniões consultivas um modo de promover a internormatividade em seu sistema jurídico. Se antes o juiz de um Estado-Parte, diante de um conflito entre normas de direito mercosulino e normas nacionais, não tinha alternativa senão recorrer à Constituição de seu Estado e à jurisprudência de seus tribunais superiores[559], com a criação do Tribunal Permanente de Revisão uma nova fase foi inaugurada no MERCOSUL. Neste sentido, Petracchi afirma que *"[l]os jueces han de ser concientes de su responsabilidad en el conocimiento y difusión de las normas de derecho internacional y comunitario imperante en la región, en la problemática que puede involucrarse, interpretación y aplicación, su coordinación y compatibilidad con el derecho interno, que puede plantear cuestiones de legalidad, constitucionalidad, vigencia o derogación, su efectivo cumplimiento o su conversión en letra muerta. El desafío para los jueces consistirá en la aplicación de las normas del área para el mejor desarrollo del proceso de integración. Este desafío implica para el Juez Nacional el reto de convertirse en partícipe activo del proceso de integración y de la tutela de los derechos que de su ordenamiento resulten para los justiciables de la región, sin que por ello se desdibuje su legítimo actuar nacional en lo regional"*[560]. De fato, um passo importante no sentido do desenvolvimento da internormatividade no MERCOSUL depende de uma massiva conscientização dos juízes nacionais sobre a dupla função que agora assumem, qual seja, a de zelar pela correta aplicação do direito nacional e do direito de integração regional, recorrendo, se necessário, ao tribunal competente – Tribunal Permanente de Revisão – para sanar dúvidas a respeito da interpretação do direito mercosulino.

Diferentemente do reenvio prejudicial, as opiniões consultivas são desprovidas de qualquer obrigatoriedade e de efeito jurídico vinculativo – nem mesmo o Tribunal Permanente de Revisão é um órgão jurisdicional supranacional. Em razão disso, muito se tem discutido em âmbito académico e nas cimeiras entre os Estados-Partes sobre o que se pode fazer para melhorar o mecanismo das opiniões consultivas, de modo que as normas mercosulinas sejam implementadas homogeneamente[561]. Neste sentido, cite-se o voto de Wilfrido Fernandez que sugeriu, no âmbito da primeira opinião consultiva, uma reforma no sistema jurisdicional mercosulino, indicando o sistema de interpretações prejudiciais vigente na Comunidade Andina como modelo mais apropriado para a realidade do MERCOSUL. Segundo o magistrado, pese o risco da repetição advinda da não adoção das doutrinas do ato claro e

[559] Cfr. CANÇADO TRINDADE Otávio A. D., *O MERCOSUL no Direito*..., cit., p. 51.

[560] PETRACCHI Enrique, Derecho Comunitario debe regular la integración, entrevista publicada em MERCOSUR ABC, em 15 de fevereiro de 2006, disponível em «https://www.mercosurabc.com.ar/derecho_comunitario_debe_regular_la_integracion», última visualização em 03-06-2019.

[561] Cfr. GARCÍA Ricardo Alonso, Un paseo por la jurisprudência supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración, in *¿Integración suramericana a través*..., cit., p. 627.

aclarado, a obrigatoriedade do reenvio prejudicial poderia, na sua opinião, proporcionar ao Tribunal Permanente de Revisão a oportunidade de evoluir e modificar seus próprios critérios anteriores. Para Dreyzin de Klor, no entanto, isto só resultaria se fossem atribuídas competências a órgãos suprancionais, ou seja, se o Tribunal Permanente de Revisão se convertesse em um Tribunal de Justiça do MERCOSUL [562]. Não se pretende aqui retomar o dilema entre intergovernabilidade *versus* supranacionalidade, mas a intenção é simplesmente fazer notar que a internormatividade poderia ganhar maior densificação se dosada de um comprometimento acrescido que se vê refletido na essência obrigatória e vinculativa do reenvio prejudicial.

Até o momento, as opinões consultivas funcionaram como um termómetro para medir os impulsos intergovernamentais e verificar se o terreno do MERCOSUL está preparado para a semente da supranacionalidade, nomeadamente no que se refere a um órgão jurisdicional supranacional, como o TJUE ou o TJCA. Decorridos quinze anos desde a entrada em vigor do Tribunal Permanente de Revisão e doze anos desde a primeira opinião consultiva (no total são três), tudo leva a crer que a integração mercosulina encontra-se estagnada por esta via, pelo que merece uma atenção redobrada. Quando a experiência diz que não se pode mudar o vento, mas apenas ajustar as velas, seria contraproducente continuar a esperar por qualquer ingerência política dos Estados-Partes do MERCOSUL neste sentido. Daí porque não se pode menosprezar a contribuição dos cidadãos mercosulinos no âmbito deste processo de integração pelas vias da internormatividade.

Antes da criação da cidadania mercosulina, os nacionais dos Estados-Partes apenas podiam participar das atividades do MERCOSUL através da escolha de seus representantes ao Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL). Note-se que o PARLASUL substituiu a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC) em 2007, tendo desde então impulsionado projetos relacionados com a promoção dos valores democráticos e dos direitos humanos[563]. No seio do PARLASUL foi ainda criada uma Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, que elabora anualmente um relatório sobre a situação dos direitos humanos no MERCOSUL, especialmente no que tange à implementação das normas mercosulinas e o seu impacto sobre os direitos humanos[564].

A cidadania mercosulina propriamente dita só foi estabelecida em 2010. Desde então é que os nacionais de um Estado-Parte passaram a ser chamados de cidadão do MERCOSUL. A cidadania mercosulina teve por objetivo criar um vínculo de pertença a um espaço comum, bem como destinou-

[562] DREYZIN DE KLOR Adriana, Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico, in *¿Integración suramericana a través...*, cit., p. 453.

[563] Cfr. LIXINSKI Lucas, Human Rights Law in Mercosur, in FRANCA FILHO Marcílio Toscano, LIXINSKI Lucas, OLMOS GIUPPONI María Belén (eds.), *The Law of MERCOSUR*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 353.

[564] Cfr. LIXINSKI Lucas, Human Rights Law in Mercosur, in *The Law of MERCOSUR*, cit., p. 354.

se a assegurar a igualdade de tratamento entre os nacionais de um Estado-Parte e aqueles que exercem suas liberdades económicas em um Estado-Parte diverso da sua origem. Deste modo, a cidadania mercosulina nasceu com a intenção de ser uma cidadania de direitos, tanto que foi implementada em conjunto com o Plano de Ação para o Estatuto de Cidadania do MERCOSUL, cuja entrada em vigor está prevista para 2021. Tendo em conta o aumento do número de pessoas que se deslocam no espaço mercosulino, este referido Plano de Ação pretende assegurar um conjunto de direitos fundamentais a todos os cidadãos mercosulinos que circulam [565]. Lembrando que, anteriormente, em 2005, já havia sido firmado o Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Proteção dos Direitos Humanos. Através deste documento os direitos humanos passaram a ser utilizados como cláusula de permanência na integração regional mercosulina, ou seja, caso um Estado-Parte não respeite os direitos humanos em âmbito nacional, os demais poderão aplicar-lhe medidas de suspensão. Esta previsão complementa a cláusula democrática de permanência estabelecida pelo Protocolo de Ushuaia, representando, portanto, o primeiro passo no sentido do processo de constitucionalização do MERCOSUL[566].

Diante do exposto, percebe-se que o MERCOSUL se encontra em condições de orientar-se no sentido da internormatividade, pois tem trabalhado para implementar um crescente número de normas destinadas a complementar as normas nacionais e internacionais em vários domínios, de entre os quais pode citar-se a promoção e a proteção dos valores democráticos e dos direitos fundamentais. Interessa, pois, verificar, de forma mais pormenorizada, como estas normas mercosulinas interagem (e podem interagir) com as normas dos Estados-Partes, não esquecendo de destacar a importância dos cidadãos mercosulinos neste processo. Contudo, antes de dar início a este estudo, importa conhecer as fontes do ordenamento jurídico do MERCOSUL.

2.4.1. As fontes de direito do Mercado Comum do Sul

O direito do MERCOSUL constitui um conjunto organizado de normas derivadas que extraem sua validade da norma jurídica de base constituída pelos seus tratados fundadores. Esta lógica pode ser depreendida da interpretação feita ao artigo 41.º do Protocolo de Ouro Preto (POP), onde elenca em seus incisos I e II as normas originárias (Tratado de Assunção, seus protocolos e instrumentos

[565] Neste sentido, veja-se o considerando n.º 4 do Estatuto de Cidadania do MERCOSUL – Plano de Ação, disponível em: «http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2810/1/DEC_064-2010_PT_Estatuto_da_Cidadania.pdf», última visualização em 03-06-2019.

[566] Cfr. DREYZIN DE KLOR, Adriana; MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *Ampliación del Mercosur: el caso Venezuela*, Buenos Aires, Zavalía, 2009, p. 121.

adicionais e complementares; os acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção e seus protocolos), reservando para o seu inciso III as normas que compõem o direito derivado mercosulino (as decisões, as resoluções e as diretrizes).

As referidas normas enunciadas no Protocolo de Ouro Preto são meramente enunciativas[567], pois ao longo do processo de integração do MERCOSUL seus Estados-Partes firmaram outros protocolos, os quais passaram a integrar igualmente o direito primário mercosulino. Assim sendo, além do Tratado de Assunção para a constituição do mercado comum, não se pode deixar de mencionar o próprio Protocolo de Ouro Preto sobre a estrutura institucional do MERCOSUL; bem como também o Protocolo de Ushuaia sobre o compromisso democrático no MERCOSUL, na Bolívia e no Chile; o Protocolo de Brasília, que entretanto foi revogado pelo Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias no MERCOSUL; o Protocolo de Assunção sobre o compromisso relativo à promoção e à proteção dos direitos humanos no MERCOSUL; o Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL; o Protocolo de adesão da República Bolivariana da Venezuela no MERCOSUL; o Protocolo modificatório do Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias no MERCOSUL; a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL[568]; de entre outros protocolos e acordos firmados com outras integrações regionais e com Estados associados que também podem ser considerados fontes originárias do direito mercosulino[569].

Relativamente ao direito secundário mercosulino, o processo de elaboração de suas normas assemelha-se mais ao da CAN, em que o tipo de ato jurídico reconhece-se através do órgão que o adota – lembrando que o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores expressa-se mediante Decisões e Declarações; a Comissão também se expressa mediante Decisões; e a Secretaria-Geral expressa-se mediante Resoluções. Assim sendo, diferentemente do que acontece na UE – em que a escolha do ato jurídico apropriado depende da disposição sobre a qual a autoridade competente se

---

[567] Neste sentido, veja-se: BAPTISTA Luiz Olavo, *O MERCOSUL – suas instituições e ordenamento jurídico*, São Paulo, LTr, 1998, p. 115-120; OTERMÍN Jorge Pérez, *El Mercado Común del Sur, desde Asunción a Ouro Preto – Aspectos jurídicos institucionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 54.

[568] Durante a XX Sessão Plenária do Parlamento do MERCOSUL foi aprovada a proposta de recomendação destinada a promover o *status* de Protocolo a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, a qual passou então a fazer parte desde então do direito primário mercosulino. Neste sentido, veja-se:«https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/3965/1/parlasur/declarac%C3%A3o-sociolaboral-do-ercosul.html», última visualização em 03-06-2019.

[569] A lista completa dos Tratados, Protocolos e Acordos do MERCOSUL pode ser consultada no sítio «http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx», última visualização em 03-06-2019. Ressalte-se que os protocolos e demais instrumentos adicionais ao Tratado de Assunção, que, de modo geral, são adotados por uma Decisão do Conselho do Mercado Comum, apesar de decorrerem de um tratado já vigente, sendo um complemento do mesmo, necessitam da aprovação legislativa interna dos Estados-Partes e da ratificação dos respetivos governos para que possam vigorar tanto no plano interno quanto regional. Neste sentido, veja-se: PEREIRA Ana Cristina Paulo, *O Novo Quadro Jurídico das Relaçaões Comerciais na América Latina: MERCOSUL*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 1997, p. 66. As Decisões do Conselho do Mercado Comum que tomam a forma de protocolos/acordos internacionais seguem, em geral, seus mecanismos de incorporação. Neste sentido, veja-se: ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 50.

baseia para agir, sendo que tanto o Conselho como a Comissão e o Parlamento Europeu, no âmbito de suas respetivas competências, atuam em conjunto na elaboração das normas, nomeadamente os regulamentos, as diretivas, as decisões, as recomendações e os pareceres, conforme disposição do artigo 288.º do TFUE –, no MERCOSUL, o Protocolo de Ouro Preto atribuiu competências aos órgãos mercosulinos com capacidade decisória (artigo 2.º do POP), explicitando o tipo de ato jurídico a cargo de cada um. As normas mercosulinas derivadas resultam, portanto, de atos unilaterais, sendo que o Conselho do Mercado Comum ficou responsável por adotar decisões (artigo 9.º do POP); o Grupo Mercado Comum, resoluções (artigo 15.º do POP); e a Comissão de Comércio, diretrizes e propostas/recomendações (artigo 20.º do POP). As decisões, as resoluções e as diretrizes são obrigatórias, sendo denominadas de atos típicos, enquanto as propostas e recomendações, por não terem natureza vinculativa, são reconhecidas como atos atípicos[570].

Embora os Tratados constitutivos do MERCOSUL não tenham estabelecido uma hierarquia entre as suas normas, pode afirmar-se que, de acordo com ordem estabelecida pelos incisos I, II e III do artigo 41.º do POP, o direito primário prevalece sobre o dreito secundário[571]; no que tange às nomas de direito secundário, mais especificadamente os atos típicos, as decisões do Conselho prevalecem sobre as resoluções do Grupo e essas sobre as diretrizes da Comissão de Comércio[572]; e os acordos celebrados com Estados terceiros ou entre os Estados-Partes do MERCOSUL se subordinam ao direito primário, mas não ao direito secundário[573].

Os atos típicos mercosulinos, ao contrário do que ocorre com os regulamentos da UE e com as decisões e as resoluções da CAN, são desprovidos de aplicabilidade imediata, pelo que precisam de ser incorporados aos respetivos ordenamentos jurídicos de seus Estados-Partes para produzirem efeitos jurídicos, conforme determinação do artigo 42.º do POP. No I laudo arbitral relativo à aplicação de medidas restritivas ao comércio recíproco[574], o Tribunal *Ad Hoc* do Mercosul (TAHM) interpretou o Tratado de Assunção, e as disposições de seu primeiro anexo sobre o programa de liberalização do comércio, no sentido de adaptar a aplicabilidade imediata das normas europeias e andinas às normas mercosulinas. Naquela ocasião, o TAHM considerou que em virtude da natureza das normas que ditam

[570] Cfr. BASSO Maristela, Harmonização do Direito dos Países do MERCOSUL, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 33, 2000, p. 104. São exemplos de atos atípicos que compõem o ordenamento jurídico mercosulino: os regulamentos internos (artigo 27.º do POP); as propostas de decisões do Grupo Mercado Comum ao Conselho Mercado Comum (artigo 14.º, II do POP); as propostas da Comissão de Comércio ao Grupo Mercado Comum (artigo 19.º, IV do POP); as recomendações e as propostas do Parlamento do Mercosul ao Conselho (artigos 11 e 13 do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL); e as recomendações do Foro Consultivo Económico-Social ao Grupo (artigo 29.º do POP).

[571] Cfr. BASSO Maristela, Harmonização do Direito..., cit., p. 107.

[572] Cfr. BASSO Maristela, Harmonização do Direito..., cit., p. 104.

[573] Cfr. BASSO Maristela, Harmonização do Direito..., cit., p. 107.

[574] I Laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999.

obrigações a cargo dos Estados-Partes, estas seriam auto-executáveis, ou seja, imediatamente aplicáveis[575]. Neste sentido, "*[l]a arquitectura del TA y sus anexos muestra claramente una combinación de normas propias de un tratado marco con otras de caráter operativo [...] Hay por tanto normas que fijan objetivos y principios que com vocación de permanencia enquadran y guían la actividad de las Partes hacia y en el MERCOSUR. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya atividad las Partes podrán ir modelando el proceso de integración. Finalmente hay otras disposiciones que son por si mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas en las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados. Estas, principalmente contenidas en los Anexos, juegan el papel de instrumentos dinamizadores del proyecto integracionista, al impulso operativo que sin necessidad de ningún acto adicional de las Partes da de entrada un gran salto adelante*"[576]. Assim sendo, pode afirmar-se que existem algumas normas no ordenamento jurídico mercosulino que gozam de aplicabilidade imediata, pois impõem obrigações concretas aos Estados-Partes ao indicar claramente seu alcance e conteúdo[577].

No âmbito do IV laudo arbitral, relativo à aplicação de medidas antidumping contra a exportação de frangos inteiros, o TAHM teve a oportunidade de reapreciar a matéria da aplicabilidade imediata, estabelecendo que "*[l]as normas emanadas de los órganos del MERCOSUR son obligatorias para los EPM y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales (artigo 42.º POP) [...] La obligatoriedad no significa 'aplicación inmediata' sino el compromiso de incorporación al derecho interno [...] El sistema de produción de normas en el MERCOSUR, que es intergubernamental, no participa del sistema del derecho comunitário europeo donde las normas comunitarias penetran directamente en el ordenamiento de cada país sin necesidad de incorporación*"[578]. À partida poder-se-ia pensar que os árbitros teriam excluído qualquer possibilidade de aplicação imediata às normas mercosulinas, porém, ao fazerem menção à ressalva constante do artigo 42.º do POP, chega-se a conclusão de que a incorporação há de ser feita apenas quando necessário. Isto significa que o princípio da aplicabilidade imediata, previsto na jurisprudência do TJUE e do TJCA, apesar de não ser uma regra geral no ordenamento jurídico mercosulino, tem lugar em algumas situações estabelecidas pelo próprio direito do MERCOSUL. Neste sentido, as normas mercosulinas podem ser divididas entre as que requerem incorporação, quando há uma determinação

[575] Neste sentido, veja-se o I Laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999, parágrafos 64, 66 e 67.

[576] I Laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999, parágrafo 64.

[577] Cfr. ALBARRACI Gabriel; AGUZIN Laura; DEGIORGIO Selva, Relaciones entre la normativa derivada de los organos del MERCOSUR y los sistemas jurídicos particulares de los Estados que lo conforman, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 4, n.º 3, 1998, p. 915.

[578] IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, parágrafo 71.

expressa em seu texto, e aquelas que não precisam de incorporação, porquanto são imediatamente aplicáveis[579].

De acordo com o artigo 3.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 22/04, as normas dotadas de caráter funcional ou administrativo, que se referem ao funcionamento interno do MERCOSUL, não necessitam de ser incorporadas às ordens jurídicas nacionais, pois entram em vigor na data da sua adoção pelo órgão decisório do MERCOSUL, ou na data indicada por seu texto. Segundo Paula W. Almeida, a maioria das normas adotadas no seio do MERCOSUL entram nesta categoria[580]. Acontece que existem normas cujo conteúdo ultrapassa o mero âmbito interno, pois também regulamentam matérias que exigiriam a incorporação na ordem jurídica dos Estados-Partes[581]. E, estando a classificação de uma norma (se limitada ou não ao âmbito interno) nas mãos do poder discricionário dos Estados-Partes, verifica-se aí o risco de afastar-se a incorporação quando entretanto seria necessária[582].

Nos termos do artigo 5.º, alínea "b", da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 23/00, cuja redação foi modificada pelo artigo 10.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 20/02, a dispensa de incorporação também pode dar-se quando uma norma nacional já contemplar, em termos idênticos, a norma mercosulina aprovada. Neste caso, quando o Estado-Parte considerar que não é preciso incorporar a norma mercosulina, porque o seu ordenamento jurídico interno já dispõe de tratamento sobre a matéria, então apenas deve fazer uma ressalva sobre isso no âmbito do órgão decisório mercosulino competente, ou indicar à Secretaria do MERCOSUL a norma nacional que dispõe o conteúdo da norma mercosulina, no prazo indicado para proceder a sua incorporação[583]. Note-se que o estabelecimento de um prazo para a incorporação da norma mercosulina no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes é uma medida com o intuito de evitar arbitrariedades, que eventualmente poderiam dificultar, ou até mesmo impedir, a data de início para a sua vigência simultânea.

---

[579] Cfr. VENTURA Deisy; PEROTTI Alejandro, *El proceso legislativo del Mercosur*, Montevideu, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 35.

[580] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, A Execução do Direito da Integração do MERCOSUL: Uma Limitação da Autonomia dos Estados-Partes, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 14, n.º 1, 2009, p. 157.

[581] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, A Execução do Direito da Integração..., cit., p. 157-158.

[582] Não de outro modo que, para Sérgio Maia Tavares, a incorporação da norma mercosulina nos ordenamentos jurídicos nacionais "[...] sabota o movimento centrípeto de unidade integracionista, tolerando, eventualmente, sopor nacional atentatório à construção comunitária" (TAVARES Sérgio Maia, Da Insularidade Constitucional às Constelações Integracionistas: acquis communautaire da União Européia e a normativa comunitária do MERCOSUL, *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 13, 2014, p. 31).

[583] De acordo com o artigo 1.º da decisão CMC n.º 20/02, o projeto de norma do MERCOSUL, ainda não adotado, será submetido a consultas internas nos Estados-Partes, a fim que estes possam, no prazo de sessenta dias, confirmar sua conveniência técnica e jurídica e estabelecer os procedimentos e o prazo necessário para sua incorporação às ordens jurídicas nacionais.

Com efeito, para que a norma mercosulina possa produzir efeitos jurídicos, a incorporação por si só não basta, visto que foi previsto o procedimento de vigência simultânea. De acordo com o artigo 40.º do POP, a vigência simultânea deve seguir as seguintes etapas: i) incorporação da norma mercosulina às ordens jurídicas nacionais, conforme a prática em vigor nos Estados-Partes, seguida da comunicação do feito à Secretaria do MERCOSUL; ii) quando todos os Estados-Partes tiverem feito a incorporação da norma mercosulina em suas respetivas ordens jurídicas internas, finalmente caberá à Secretaria do MERCOSUL comunicar este fato a cada Estado-Parte; iii) na sequência, a entrada em vigor da norma mercosulina decorrerá no prazo de trinta dias para todos os Estados-Partes, que deverão informar por intermédio da publicação nos seus respetivos jornais oficiais a data de entrada em vigor da mesma. Assim sendo, a entrada em vigor do direito derivado no âmbito do MERCOSUL está submetida à entrada em vigor prévia da norma nas ordens jurídicas dos Estados-Partes e no respeito dos procedimentos administrativos determinados pelo POP.

Ressalte-se, todavia, que o último requisito mencionado para a realização do procedimento de vigência simultânea é desprovido de efeitos práticos, pois não existem nos ordenamentos jurídicos nacionais mecanismos que permitam aguardar a comunicação da Secretaria do MERCOSUL para que a norma entre em vigor nos Estados-Partes[584]. Deste modo, uma norma incorporada ao direito nacional de um Estado-Parte e, portanto, vigente neste, pode não se aplicar a outro Estado-Parte, caso este último não tenha adotado medidas necessárias para a sua incorporação ao direito interno. Logo, havendo necessidade de incorporação, a violação de qualquer iter procedimental descrito no artigo 40.º do POP é suficiente para inviabilizar a entrada em vigor de uma norma no âmbito da integração regional mercosulina[585].

Segundo Ventura e Perotti, ao instituir-se a vigência simultânea a ideia era no sentido de promover a uniformização do momento de entrada em vigor das normas do Mercosul, "*[...] a fin de evitar que las disposiciones del bloque [fuesen]susceptibles de tener cuatro tipos diferentes de fechas de vigencia*"[586]. Foi também nesta esteira que o TAHM entendeu, no âmbito do IV laudo arbitral, que a vigência simultânea visava, ao substituir a aplicabilidade imediata, previnir uma situação de insegurança jurídica na integração regional mercosulina[587]. Contudo, na prática, como já foi dito, a vigência simultânea não garante a uniformidade desejada, pois (1) condiciona a entrada em vigor da

[584] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, A Execução do Direito da Integração..., cit., p. 160.

[585] Neste sentido, veja-se: ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 120-121; e OLIVEIRA Francielle Vieira, Integração Jurídica e Diálogo..., cit., p. 722-723.

[586] VENTURA Deisy; PEROTTI Alejandro, *El Proceso Legislativo...*, cit., p. 32-33.

[587] IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, parágrafo 116.

norma mercosulina no plano interno de um Estado-Parte à sua incorporação na ordem jurídica de todos os demais; (2) exige o aguardo da comunicação da Secretaria do MERCOSUL; (3) bem como requer uma nova publicação fixando a data a partir da qual a norma mercosulina torna-se obrigatória. Lembrando que a vigência de uma norma mercosulina derivada nos Estados-Partes dependerá apenas de sua devida incorporação ao direito interno e não do cumprimento do mecanismo estabelecido no artigo 40.º do POP. Em razão disso, pode afirmar-se que a escolha pelo procedimento de vigência simultânea constitui um verdadeiro retrocesso para a integração regional do MERCOSUL.

Mas, se, por um lado, a vigência simultânea não afigura ser o procedimento mais adequado para garantir a segurança jurídica que a integração regional do MERCOSUL demanda, por outro lado, os Estados-Partes não continuariam a se beneficiar do incumprimento decorrente de sua obrigação de executar as normas mercosulinas se os particulares pudessem invocá-las diretamente perante os tribunais nacionais. Acontece que, no IV laudo arbitral, os árbitros do TAHM, ao estabelecerem que as normas mercosulinas são obrigatórias aos Estados-Partes [588], afastaram-na do alcance dos particulares[589]. Portanto, sendo a norma mercosulina desprovida de efeito direto, a incorporação parece ser condição *sine qua non* de sua invocabilidade no direito interno[590].

De acordo com a decisão dos árbitros, ainda no âmbito do referido IV laudo arbitral do TAHM, o efeito direto seria incompatível com o caráter intergovernamental do MERCOSUL, com o regime constitucional de seus Estados-Partes e com a exigência nos tratados da vigência simultânea[591]. Todavia, negar efeito direto às normas mercosulinas, em virtude da opção feita pela intergovernamentalidade, parece ser um argumento descabido. A título de ilustração, as instituições decisórias da CAN, nomeadamente o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e a Comissão, não obstante sejam intergovernamentais, adotam decisões que gozam de efeito direto. Tampouco merece prosperar o argumento segundo o qual o princípio do efeito direto seria incompatível com o regime constitucional de alguns Estados-Partes. Pese algumas Cartas Constitucionais dos Estados-Partes do MERCOSUL tenham colocado óbices ao efeito direto de normas prevenientes de integrações regionais, como as Constituições do Brasil e do Uruguai – que continuam a ser mais fechadas e resistentes a um relacionamento mais amigo da internormatividade, em comparação às

[588] Esta obrigatoriedade decorre do artigo 42.º do POP; bem como do artigo 9.º do POP, quando estabelece que o Conselho do Mercado Comum se pronuncia mediante decisões, que são obrigatórias para os Estados-Partes; do artigo 15.º do POP, quando determina que o Grupo Mercado Comum se pronuncia mediante resoluções, as quais são obrigatórias para os Estados-Partes; e também do artigo 20.º do POP, quando estabelece que a Comissão de Comércio do Mercosul se pronuncia mediante diretrizes ou propostas, sendo as primeiras obrigatórias para os Estados-Partes.

[589] Cfr. IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, parágrafo 116.

[590] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 116.

[591] Cfr. IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, parágrafo 114.

Constituições do Paraguai, da Argentina e da Venezuela – há-de sublinhar-se que isto não constitui um impedimento ao direito mercosulino de estabelecer as suas próprias regras de aplicação. O reconhecimento do efeito direto não decorre de dispositivos constitucionais dos Estados-Partes, mas sim da própria natureza jurídica do direito mercosulino[592]. Do mesmo modo, a vigência simultânea não pode ser motivo de recusa do efeito direito às normas mercosulinas, pois isto equivaleria a retirar-lhes todo o efeito útil. Portanto, a exemplo do que sucede com as diretivas não transpostas no ordenamento jurídico europeu[593], há-de reconhecer-se o efeito direto excecional às normas mercosulinas aprovadas, mas que não entraram em vigência simultânea em virtude de um (ou mais) Estado(s)-Parte(s) não ter(em) procedido com a sua devida incorporação no prazo fixado.

Em último caso, importa sublinhar que a ausência de execução de uma norma que decorre do ordenamento jurídico do MERCOSUL desencadeia a responsabilidade internacional do Estado-Parte faltoso – mas não acarreta sanções pecuniárias decorrentes de tal descumprimento[594]. Neste sentido, o TAHM, no âmbito do IV laudo arbitral, reconheceu que "*[d]ada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido. La no incorporación de una norma del Mercosur obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el PB [*atual Protocolo de Olivos*] por incumplimiento de la adopción de la normativa Mercosur. A su vez, la controversia por la vía del arbitraje puede desembocar eventualmente en la adopción de medidas compensatorias de acuerdo con el artículo 23 del PB* [atual artigos 31.º e 32.º do Protocolo de Olivos]"[595]. Como se pode perceber, a não adoção de uma medida interna de implementação dos atos típicos constitui uma violação capaz de acarretar a responsabilidade internacional do Estado em causa ou a adoção de medidas compensatórias, nos termos do Capítulo IX do Protocolo de Olivos, que rege o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.

Além da responsabilização do Estado-Parte por incumprimento do direito mercosulino, o Protocolo de Olivos ainda dispõe de mecanismos que permitem ao TAHM e ao TPR conhecerem de controvérsias que possam surgir entre os Estados-Partes sobre o não cumprimento do direito primário

---

[592] Em sentido semelhante, veja-se: CANÇADO TRINDADE Otávio A. D., *O MERCOSUL no Direito*..., cit., p. 49-50. Veja-se também: PEROTTI Alejandro Daniel, *Los Principios del Derecho Comunitario y el Derecho Interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el Derecho del Mercosur*, Montevideo, Juridica, 2006, p. 23.

[593] Neste sentido, lembre-se da jurisprudência do TJUE, nomeadamente dos acórdãos *Van Duyn* (processo C-41/74 do TJUE, de 4 de dezembro de 1974) e *Ratti* (processo C-148/78 do TJUE, de 5 de abril de 1979).

[594] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, A Execução do Direito da Integração..., cit., p. 162.

[595] IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, parágrafo 117.

e derivado do MERCOSUL. Ressalte-se, no entanto, que não há previsão no ordenamento jurídico mercosulino acerca da imposição de sanções decorrentes do incumprimento do direito do MERCOSUL, tal como ocorre nos direitos europeu e andino, pelas vias da ação por incumprimento[596]. Em razão disso, o Estado-Parte que eventualmente deixa de adotar medidas de execução de uma norma derivada do MERCOSUL poderá ser declarado responsável pela violação, mas não sofrerá sanções pecuniárias decorrentes de tal incumprimento[597]. O Protocolo de Olivos apenas prevê a possibilidade de aplicação de medidas compensatórias temporárias, dispostas em seus artigos 31.º e 32.º Além disso, na hipótese de má incorporação, nenhuma sanção está prevista para esta violação[598]. Deste modo, os Estados-Partes podem esconder-se por detrás de sua própria ineficiência para impedir que os particulares possam valer-se das normas mercosulinas regularmente aprovadas[599].

Pese a ausência de mecanismos sancionatórios eficientes quanto à inobservância da obrigação de executar as normas mercosulinas, não se pode de deixar de mencionar que os Estados-Partes do MERCOSUL se comprometeram, igualmente, a respeitar o Estado de direito (*rule of law*), ou o que se poderia chamar de integração de direito. O respeito à integração/estado de direito significa que atos dos Estados-Partes do MERCOSUL devem conformar-se com o texto de seus tratados fundadores[600]. Assim sendo, o princípio do Estado de direito funciona como um limite à atuação dos Estados-Partes – ou seja, decorre daí as bases para um processo de constitucionalização dos tratados mercosulinos. Neste sentido, cumpre observar que, no preâmbulo da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, o estado de direito já foi até mesmo contemplado, ao lado da democracia, como um dos princípios irrenunciáveis ao projeto de integração[601]. Na Carta de Buenos Aires sobre o Compromisso Social no MERCOSUL, na Bolívia e no Chile, o estado de direito foi igualmente destacado em seu preâmbulo como princípio a ser observado pelos Estados-Partes[602]. Nos considerandos da Decisão do Conselho do

---

[596] Neste sentido, veja-se, de entre outros, o acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003; *Traghetti del Mediterraneo*, processo C-173/03 do TJUE, de 13 de junho de 2006; e o Processo 6-IP-93 do TJCA, de 25 de fevereiro de 1994.

[597] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, A Execução do Direito da Integração..., cit., p. 162.

[598] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 118.

[599] Em tais circusntâncias, isto leva a crer que os Estados-Partes do MERCOSUL podem adotar comportamentos contraditários, violando o princípio de *estoppel*, quando se reconhecem vinculados por obrigações que emanam do direito do MERCOSUL, mas desvinculados de observá-las quanto aos particulares. De acordo com o princípio de *estoppel* os Estados-Partes do MERCOSUL estariam impedidos de adotar um comportamento contrário às disposições que eles mesmo aceitaram, ou seja, trata-se de uma proibição de *venire contra factum proprium* (Cfr. DREYZIN DE KLOR Adriana, Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico, in *¿Integración suramericana a través...*, cit., p. 464).

[600] Em sentido semelhante, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito...*, cit., p. 29-30.

[601] Nos termos do considerando n.º 7 do preâmbulo, tem-se que: *"[co]nsiderando que la adhesión de los Estados Partes a los principios de la democracia política y del Estado de Derecho y del respecto irrestricto a los derechos civiles y políticos de la persona humana constituye base irrenunciable del proyecto de integración*".

[602] Nos termos do parágrafo 5.º do preâmbulo, tem-se que: "*[c]onsiderando que la firme adhesión a los princípios de la democracia representativa y al Estado de Derecho y el respecto irrestricto a los derechos civiles y políticos constituyen la base irrenunciable de la integración regional*".

Mercado Comum n.º 24/06 – *Observatorio de la Democracia del Mercosur*, é feita uma referência ao Protocolo de Ushuaia como sendo um compromisso estabelecido entre os Estados-Partes para se construir uma democracia baseada no estado de direito[603]. Além desses instrumentos, pode ainda mencionar-se vários outros que declaram a vigência do estado de direito no âmbito do processo de integração mercosulino, de entre os quais destacam-se o Acordo 23/02 sobre Cooperação em Operações Combinadas de Inteligência Policial sobre Terrorismo e Delitos Conexos entre os Estados Partes do MERCOSUL e o Acordo 24/02 sobre Cooperação em Operações Combinadas de Inteligência Policial sobre Terrorismo e Delitos Conexos entre os Estados Partes do MERCOSUL, a Bolívia e o Chile (aprovados pela Decisão CMC n.º 29/02), que fazem constar em seus preâmbulos o seguinte: "*[...] que uno de los objetivos de los Estados Parte es garantizar a los ciudadanos un alto nível de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y este objetivo deberá alcanzarse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, a través de una cooperación más estrecha entre los cuerpos de policia e las demás autoridades competentes de los Estados miembros, respetando al mismo tempo los princípios relativos a los derechos humanos e las libertades fundamentales, así como el Estado de Derecho, princípios en que está basado el MERCOSUR y que son comununes a los Estados miembros*".

Do exposto, percebe-se que a consolidação de um verdadeiro *rule of law* no MERCOSUL requer ainda uma cooperação administrativa/judiciária entre os Estados-Partes, para que assim se possa assegurar efetivamente os valores democráticos, os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos cidadãos. Neste sentido, a Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 10/05, que criou a Reunião Especializada de Ministérios Públicos do Mercosul, estabeleceu, no primeiro parágrafo de seu considerando, que "*[...] resulta necesario apoyar un proceso de transformación y consolidación del sistema judicial, a fin de cumplir con los princípios del Estado de Derecho"*. Com efeito, o atual estádio em que se encontra o processo de integração regional mercosulino demanda um poder judicial com competências para garantir os direitos que para os particulares decorrem do ordenamento jurídico do MERCOSUL. Daí porque há quem defenda a criação de um Tribunal de Justiça para o MERCOSUL[604], semelhante ao do TJUE ou ao do TJCA. Contudo, enquanto o MERCOSUL não se enveredar por esta estrada, os tribunais nacionais continuam a ser a última instância, decisiva e irrecorrível quanto à

[603] Cfr. MERCOSUR/CMC/DEC. N.º 24706 – *Observatorio de la Democracia del MERCOSUR*: "*Considerando que el Prtocolo de Ushuaia constituye un compromiso de los Estados Partes del MERCOSUR con los valores democráticos y los Derechos Humanos así como con la construción de una democracia basada en un estado Social de derecho y justicia...*"

[604] Neste sentido, pode mencionar-se, de entre outros, SALDANHA Jânia Maria Lopes; RATKIEWICZ Ana Carolina Machado, O Acesso à Justiça no MERCOSUL: A Criação de um Tribunal Supranacional como Condição de Possibilidade para o Exercício da Cidadania no Bloco, *Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana – UFSM*, vol. 2, n.º 1, 2005, p. 55-64.

interpretação e à aplicação do direito mercosulino[605]. Isto não significa diminuir o papel desempenhado pelo TPR, pelo TAHM, bem como também pelo Tribunal Administrativo Laboral (ainda que em menor medida), na defesa do estado de direito no MERCOSUL. A partir do momento em que os Estados-Partes comprometeram-se a respeitar as decisões submetidas aos tribunais mercosulinos, isto já demonstra um certo interesse em reconhecer futuramente a supranacionalidade das instituições do MERCOSUL[606]. Ademais, os laudos arbitrais, constituídos de acordo com o Protocolo de Brasília e com o Protocolo de Olivos, e as decisões e as opiniões consultivas, emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão, integram o direito mercosulino como interpretações que auxiliam no processo de harmonização jurídica. Interessa sublinhar, contudo, que os laudos arbitrais não criam jurisprudência, tampouco vinculam necessariamente o poder judiciário nacional[607]. De qualquer forma, não se pode negar o valor tanto político quanto jurídico que acompanha os laudos arbitrais[608], já que em vários casos os tribunais arbitrais *ad hoc* têm-se embasado em laudos arbitrais anteriores para fundamentar suas decisões[609].

Talvez um dos passos mais importantes dados até ao momento, no sentido de assegurar o *rule of law* no MERCOSUL, tenha sido a tentativa de atribuir primazia às normas mercosulinas. Todavia, este assunto não parece ainda ser pacífico na doutrina. Segundo Dreyzin, o fato de o MERCOSUL não contar com órgãos legiferantes aos quais se tenha atribuído competências para elaborar normas com aplicabilidade imediata e efeito direto, sendo por isso necessário lançar mão do procedimento de incorporação das mesmas, já descartaria a possibilidade de reconhecer a prevalência do direito mercosulino sobre o direito interno dos Estados-Partes[610]. Maria Luísa Duarte, por sua vez, afirma que, independentemente de uma norma "comunitária" ser desprovida de aplicabilidade imediata e efeito direto, não deixa de primar sobre o direito nacional através da obrigação que impende sobre o Estado

---

[605] Cfr. COSTA Elizabeth Accioly Rodrigues da, *O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL consoante a previsão do artigo 44.° do protocolo de Ouro Preto: análise comparativa do sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos e propostas para o sistema permanente do MERCOSUL*, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 125).

[606] Cfr. Opinião consultiva 01/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007, votos dos árbitros José Moreno Ruffinelli (Paraguai) e João Grandino Rodas (Brasil). Contudo, o fato de os Estados-Partes comprometerem-se a se sujeitar aos laudos arbitrais perde totalmente sentido diante da inexistência de *imperium* por parte destas decisões. Com efeito, os laudos arbitrais não possuem caráter supranacional, muito menos aplicabilidade imediata ou efeito direito, pelo que devem ser incorporados pelos Estados-Partes, segundo os seus respetivos sistemas de recepção das decisões internacionais. Neste sentido, veja-se: NOGUEIRA Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO Henrique Sartori de Almeida Prado, MERCOSUL: Do Sistema de Solução de Controvérsias à Solicitação de Opiniones Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário Brasileiro, *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, ano 2, vol. 4, 2014, p. 41 e 44.

[607] Cfr. CARVALHO DE VASCONCELOS Raphael, O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL, *Revista Ética e Filosofia Política*, vol. 2, n.° 11, 2009, p. 24.

[608] Cfr. DREYZIN DE KLOR Adriana, Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico, in *¿Integración suramericana a través...*, cit., p. 456.

[609] Neste sentido, veja-se: BASSO Maristela, Harmonização do Direito..., cit., p. 103.

[610] Cfr. DREYZIN DE KLOR Adriana, Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico, in *¿Integración suramericana a través...*, cit., p. 485-486.

de adaptar o seu direito às exigências específicas do direito de integração regional[611]. Este entendimento foi corroborado pelos árbitros do Tribunal Permanent de Revisão, no âmbito da terceira opinião consultiva, quando afirmaram que "*[l]a compatibilidad o no de la normativa interna con una norma del MERCOSUR debe examinarse a luz de la obligatoriedad asumida por los Estados Parte de eliminar los obstáculos a la libré circulación de bienes originários de la región integrada y los compromisos de adoptar las medidas correspondientes*"[612]. Assim sendo, não havendo propriamente uma atribuição de competências a um órgão/instituição supranacional, o primado encontra amparo na obrigação de os Estados-Partes adotarem todas as medidas necessárias para implementar os compromissos assumidos no âmbito do processo de integração. Muito embora não se tenha feito referência expressa ao princípio da cooperação leal, denota-se ali a presença de sua essência, que serviu de sustento, implicitamente, ao princípio do primado do direito do MERCOSUL.

O fundamento do primado não fica, portanto, à mercê única e exclusivamente da supranacionalidade, ou da aplicabilidade imediata e do efeito direito. Nesta senda, os árbitros do TAHM afirmaram, no I laudo arbitral, que, pese a inexistência de supranacionalidade no MERCOSUL, isto "*[...] no obsta a que la interpretación de los instrumentos internacionales se realice teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración*"[613], pois "*[h]abria una contradición con el fin del programa de liberación [...] si el manejo de las restriciones no arancelarias quedara al arbítrio unilateral de las Partes [...] En tal hipótesis [...] se perderia la plenitud del efecto útil de las disposiciones y del régimen que determinan*"[614]. Verifica-se que o TAHM lança as bases de sustenção do primado do direito do MERCOSUL ao estabelecer o método da interpretação conforme às disposições dos tratados constitutivos – salvo contrário isto poderia frustar o efeito útil, empregado no sentido de "*escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquélla que mejor sirve a la satisfación de su objeto y fin*"[615]. Como se pode perceber, as sementes do primado foram lançadas no ordenamento jurídico mercosulino através das decisões emitidas pelos árbitros no âmbito dos laudos arbitrais mencionados. Se, no entanto, tais sementes hão de vingar, só o tempo dirá.

No âmbito da primeira opinião consultiva emitida ao Tribunal Permanente de Revisão, os árbitros tiveram a oportunidade de defrontar com a questão de saber se as normas mercosulinas primam (ou não) sobre as normas de direito dos Estados-Partes, bem como sobre as normas de direito

[611] Cfr. DUARTE Maria Luísa, O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995, p. 672.

[612] Opinião consultiva 01/2009 do TPR, de 15 de junho de 2009, parágrafo 19.

[613] I laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999, parágrafo 85.

[614] I laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999, parágrafo 78.

[615] I laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999, parágrafo 61.

internacional. Naquela ocasião os árbitros não quiseram deixar margens para dúvidas e declararam diretamente que "[...] *el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no solo del derecho de integración, sino del proceso de integración en si mismo [...] La anterioridad o posterioridad de la norma nacional deviene absolutamente irrelevante [...] Por los mismos argumentos citados, igualmente el derecho de integración (o sea aunque no fuere aún derecho comunitário pleno) debe prevalecer sobre el derecho internacional público y privado de todos los Estados Partes, independiemente de que tales normas de estas dos ramas de Derecho Internacional, fueron anteriores o posteriores a la norma del Derecho de Integración. No seria lógico posibilitar el incumplimiento de una normativa mercosureña de parte de uno de los Estados Partes mediante la alegación de un compromiso instrumentado en un tratado de carater bilateral, multilateral o de índole que fuere, como justificativo de tal incumplimiento. Siempre en esa hipotesis, el Derecho de Integración así como el proceso de integración por si mismo perderia por completo su naturaleza e finalidad*" [616]. Este entendimento no sentido de que as normas de direito mercosulino primam sobre as normas de direito nacional e de direito internacional foi confirmado na segunda segunda opinião consultiva emitida pelo TPR, nos termos da qual os árbitros afirmaram que "*[e]l término primacia no es esclusivo del derecho comunitário producto de la evolución de procesos de integración como lo es de la Unión Europea – por mencionar el proceso de integración más profundizado [...] Por tal razón se há reconocido la primacia de la normativa MERCOSUR desde su incorporación o internalización sobre la norma interna dentro del mismo âmbito de competencias*"[617]. Com base no exposto, não se suscitaria mais dúvidas no sentido de afirmar que as normas de direito do MERCOSUL primam sobre as normas de direito dos Estados-Partes, bem como sobre as que decorrem do ordenamento jurídico internacional.

Acontece que, pese a importância do reconhecimento do primado pelas decisões do TAHM e do Tribunal Permanente de Revisão no que concerne à promoção de uma maior segurança jurídica, infelizmente tal medida não se afigurou suficiente para garantir a aplicação homogénea do direito do MERCOSUL e, consequentemente, construir uma integração regional baseada no estado de direito. Neste sentido a experiência andina já demonstrou que o mero transplante de princípios desenvolvidos pela jurisprudência do TJUE é um empreendimento fadado à insolvência. Note-se que o estabelecimento do primado do direito da UE só ganhou força e implementabilidade aliado a um

[616] Opinião consultiva 01/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007, parágrafos III C-3 e III D-1.

[617] Opinião consultiva 01/2008 do TPR, de 24 de abril de 2009, parágrafo 31.

conjunto de princípios, de entre os quais pode mencionar-se os da aplicabilidade imediata e do efeito direto. Nesta mesma esteira não se poder deixar de destacar o mecanismo de reenvio prejudicial, que favoreceu o estabelecimento de um relacionamento mais próximo entre os juízes nacionais e os de Luxemburgo, dando-lhes a oportunidade de discutir a melhor forma de acomodar normas de ordenamentos jurídicos distintos[618].

No caso do MERCOSUL, a declaração do princípio primado desacompanhado da aplicabilidade imediata e do efeito direto, bem como de uma efetiva cooperação jurisdicional, acabou por não ter força suficiente para suplantar o antigo debate entre o monismo e o dualismo. De acordo com Nádia de Araújo, a teoria dualista afirma a existência de dois ordenamentos distintos, ou seja, a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. Portanto, para esta corrente, é necessária a incorporação de uma norma internacional para o ordenamento interno, através de uma manifestação legislativa para, então, transformá-la em norma interna[619]. Em contrapartida, para a teoria monista, fundamentada na idéia de Hans Kelsen, existe uma única ordem jurídica, sem necessidade de internalização das obrigações resultantes de um tratado. Neste caso, na eventualidade de um conflito entre norma interna e norma internacional, o tratado internacional prevalece sobre o direito interno[620].

As Constituições dos Estados-Partes divergem no que se refere à possibilidade jurídica de implementação das normas provenientes do ordenamento jurídico mercosulino. O texto constitucional brasileiro, por exemplo, estabelece o sistema dualista. Neste sentido, Deisy Ventura afirma que *"[a]pesar de la incorporación de un tratado internacional en el orden interno, una ley nacional posterior puede derrogar su texto, parcial o totalmente. El STF tiene en cuenta apenas la última voluntad del legislador, sea en la aprobación de un tratado, sea en la elaboración de una ley ordinária, que es su función típica*"[621]. Da citação depreende-se que, ao serem incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, as normas mercosulinas perdem o *status* de direito de integração regional, pois são transformadas em leis ordinárias, o que significa dizer que podem ser revogadas em base aos critérios de sucessão normativa (isto é, por qualquer norma nacional posterior contrária), ou da especialidade (quando uma norma específica se impõe sobre a geral), bem como também podem ser submetidas ao controlo de constitucionalidade[622]. Este é o entendimento vigente no Supremo Tribunal Federal (STF), o qual pode ser extraído através da decisão no âmbito do Agravo Regimental em Carta Rogatória n.º

[618] Cfr. STONE SWEET Alec, *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 164-165.

[619] Cfr. ARAÚJO Nádia de, *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 3ª Ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 147.

[620] Cfr. ARAÚJO Nádia de, *Direito Internacional Privado*..., cit., p. 149.

[621] VENTURA Deisy, *Las Asimetrias entre la Unión Europea y el MERCOSUR: los desafíos de una asociación interregional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005, p. 210.

[622] Em sentido semelhante, veja-se: BELTRAME DE MOURA Aline, Relação entre a Recepção das Normas..., cit., p. 294.

8.279/98, de 17 de Junho de 1998, no qual se estabeleceu que "[a] recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral [...] Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL [...] A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata" (p. 42-43). Em razão disso, uma lei federal posterior revoga sem maiores entraves um decreto legislativo sobre ato internacional (ou mercosulino)[623]. Apenas uma exceção foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, ao fazer constar, no §3.º do artigo 5.º da Constituição Federal, que as normas de tratados internacionais referentes a direitos humanos (inclusive as normas de direito do MERCOSUL), aprovados por *quórum* qualificado de 3/5, passam a ter o *status* de normas constitucionais[624]. De qualquer forma, frise-se que uma vez incorporadas em sistemas dualistas, como o brasileiro, as normas mercosulinas acabam por tomarem o corpo de um norma nacional, não sendo assim possível distingui-las desde então quanto à sua origem e natureza.

Este problema decorrente da incorporação foi inclusivamente alertado pela jurisprudência do TJCA. Na sequência da adoção do princípio do primado e da aplicabilidade imediata, o TJCA tratou de eliminar qualquer outra possibilidade de receção das normas andinas nos ordenamentos jurídicos internos, de modo a evitar a ocorrência de conflitos de lei no tempo, já que isto não está em causa em contextos internormativos de integração regional. Neste sentido, o acórdão do TJCA estabeleceu que *"[s]e ha dicho hasta la saciedad que las normas del ordenamiento jurídico comunitario rigen, por lo general, en todo el territorio de la comunidad, que es, por supuesto, el de todos y cada uno de los Países Miembros, de manera inmediata y directa, luego de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. No es necesario ni conveniente, y podría representar una violación al ordenamiento jurídico andino, que cada uno de los países incorpore la norma comunitaria mediatizándola en un instrumento jurídico interno, cuya vigencia está sujeta a la publicación en el correspondiente medio de divulgación oficial. Ello podría, incluso, generar en el proceso de aplicación de las normas el fenómeno conocido como conflicto de la ley en el tiempo, ya que haría suponer que la norma andina no entró en vigencia sino hasta cuando fue reproducida y publicada por el país*

[623] Cfr.NASCIMENTO Claudia Lyra, O dilema da incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 43, n.º 172, 2006, p. 181.

[624] Sobre o tema, veja-se: MOREIRA Thiago Oliveira, *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*, Natal, EDUFRN, 2015, p. 281 e ss.

correspondiente"[625]. Note-se que ao fazer referência à incorporação em sua jurisprudência, o TJCA traz a lume o problema enfrentado pelas normas mercosulinas no ordenamento jurídico brasileiro. É que ao serem incorporadas, perdem a qualidade de norma de direito mercosulino, passando a serem consideradas normas de direito nacional[626]. Em razão disso, acabam por se submeter à hierarquia das fontes no âmbito interno, conforme previsão constitucional. Não de outro modo que os juízes brasileiros sentem-se desconfortáveis ou até mesmo impedidos de estabelecer uma cooperação com os árbitros dos tribunais mercosulinos, especialmente no sentido de corroborar com o *judicial enforcement* do primado das normas do MERCOSUL.

Mas, se, por um lado, a harmonização do direito mercosulino parece ameaçada em sistemas dualistas, sobretudo porque uma norma incorporada pode ser revogada pelas vias legislativas, bem como sujeita a eventuais controlos de constitucionalidade pelos tribunais superiores, por outro lado, esta barreira é transponível através da obrigação de cooperação leal, prevista, ainda que implicitamente, no artigo 38.º do POP[627]. Este artigo prescreve um comportamento positivo, segundo o qual os Estados-Partes devem tomar todas as medidas necessárias com o objetivo de assegurar a plena execução das normas decorrentes do ordenamento jurídico do MERCOSUL. Diferentemente das disposições do artigo 4.º, n.º 3 do TUE e do artigo 4.º do TCTJCA, que prevêem tanto um comportamento positivo quanto negativo, o artigo 38.º do POP não estabelece um dever de abstenção, no sentido de não colocar em risco a realização dos objetivos previstos nos tratados fundadores. De acordo com Paula W. Almeida, no entanto, o dever de abstenção parece ser uma consequência lógica e necessária ao cumprimento das obrigações atribuídas aos Estados-Partes[628] – este entendimento foi inclusivamente acolhido pelos laudos arbitrais do TAHM, como se verá logo abaixo.

Antes da previsão constante do artigo 38.º do POP, o artigo 2.º do Tratado de Assunção já enunciava o dever geral de cooperação através do princípio da reciprocidade. Este princípio buscava assegurar que a incorporação das normas mercosulinas fosse realizada de maneira equivalente e recíproca entre todos os signatários, ou seja, permitia a realização de um controlo da aplicação das normas mecosulinas pelos Estados-Partes[629]. Pese sua significância como pontapé inicial, o princípio da

---

[625] Processo 07-AI-99 do TJCA, de 12 de novembro de 1999, p. 19.

[626] No caso das diretivas europeias, quando transpostas ao ordenamento jurídico nacional, não perdem a qualidade de norma de direito da UE. Neste sentido, veja-se: SILVA Maria Manuela Magalhães, A aplicabilidade direta do direito..., cit., p.179-195.

[627] O artigo 8.º da Decisão CMC n.º 20/02 dispõe igualmente a obrigação de cooperação leal ao determinar que os Estados-Partes devem modificar suas normas internas, quando necessário, a fim de adaptá-las às normas mercosulinas aprovadas.

[628] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para*..., cit., p. 69-70.

[629] Cfr. MATA DIZ Jamile Bergamaschine; JAEGER JÚNIOR AUGUSTO, Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração, *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, n.º 2, 2015, p. 152-153.

reciprocidade, sobretudo se analisado de forma isolada, não afigura ser o mais adaptado ao longo do processo de integração do MERCOSUL, vez que os tratados mercosulinos não se limitam a criar obrigações recíprocas[630]. Neste sentido, verifique-se que o princípio da reciprocidade é interpretado pelos árbitros dos tribunais *ad hoc* do MERCOSUL à luz dos objetivos estabelecidos no Tratado de Assunção e em correlação com um conjunto de outros princípios gerais, caso contrário os Estados-Partes poderiam invocar a adoção de medidas protecionistas, colocando em causa os interesses comuns.

No I laudo arbitral do TAHM, acerca da aplicação de medidas restritivas ao comércio recíproco, a Argentina invocou o princípio da reciprocidade com o objetivo de contestar a legalidade de um decreto brasileiro que impunha novas restrições ao comércio. Os árbitros do TAHM entenderam, no entanto, que, em virtude do princípio da boa fé e do *pacta sunt servanda*[631], as obrigações previstas pelo direito do MERCOSUL deveriam ser analisadas e interpretadas como meios adequados para atingir as finalidades comuns[632]. Desta maneira, os Estados-Partes não poderiam adotar medidas unilaterais em áreas que requeriam uma ação conjunta[633]. No mesmo sentido foi o entendimento dos árbitros do TAHM no VII laudo arbitral, quando determinaram que *"[e]l principio de pacta sunt servanda deve aplicarse unido ao principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas en los Tratados Internacionales*"[634].

Esta interpretação teleológica estendeu-se ao longo das decisões emitidas pelo TAHM, sendo possível identificar no IV laudo arbitral uma associação feita entre o princípio da boa-fé e a proibição imposta aos Estados-Partes de não frustarem a realização dos objetivos previstos nos tratados fundadores – derivando daí o desenvolvimento do embrião da cooperação leal no ordenamento jurídico mercosulino, que desde então passou a contar não só com um comportamento positivo, conforme artigo 38.º do POP, mas também com o entendimento no sentido de prescrever igualmente um dever de abstenção[635]. Mais tarde, no âmbito do IX laudo arbitral, relativo ao estímulo à industrialização de lã, os árbitros do TAHM finalmente colocaram em evidência o princípio da cooperação leal, ao estabelecerem que *"[...] no es preciso, en consecuencia, que estemos ante un derecho comunitario pleno para excluir el mecanismo de autotutela del ordenamiento jurídico del MERCOSUR [...] la lealtad*

---

[630] Cfr. Acórdão *Comissão c. Grão-Ducado do Luxemburgo e Reino da Bélgica*, processos apensos do TJUE 90/63 e 91/63, de 13 de novembro de 1964, p. 136-137.

[631] Cfr. I laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999, parágrafo 56.

[632] Cfr. I laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999, parágrafo 58.

[633] Cfr. I laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999, parágrafo 62.

[634] VII Laudo arbitral do TAHM, de 19 de abril de 2002, parágrafo 8.12, p.17.

[635] IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, parágrafo 117.

hacia la propia estructura regional y hacia todos los Estados Partes, se vería igualmente defraudado si se permitiera amparar incumplimientos propios en incumplimientos ajenos por la vía de la exceptio non adimpleti contractus"[636]. Importa sublinhar que, neste parágrafo, os árbitros do TAHM fizeram menção, em nota de rodapé, tanto ao artigo 2.º do Tratado de Assunção quanto ao artigo 38.º do POP, indicando, portanto, que a interpretação da reciprocidade deve ser feita em consonância com os objetivos dos tratados fundadores e à luz de um conjunto de princípios gerais.

É por isso que, além dos princípios da reciprocidade, da boa fé, do *pacta sunt servanda* e da lealdade, o Tratado de Assunção elencou outros que igualmente orientam a integração mercosulina, de entre os quais pode mencionar-se a gradualidade, a flexibilidade e o equilíbrio. O princípio da gradualidade deve ser entendido como a adoção de maneira gradual e progressiva dos elementos necessários à criação de um mercado comum, ou seja, define as etapas para o desenvolvimento do processo de integração[637], semelhante ao efeito *spillover* defendido pelos funcionalistas na doutrina do direito da UE[638]. Com base no princípio da gradualidade, pode afirmar-se que a integração mercosulina está aberta a novos incrementos na sua estrutura institucional e normativa, inclusivamente no que diz respeito à adoção da supranacionalidade. O princípio da flexibilidade, como o próprio nome diz, permite uma margem de manobra para os Estados-Partes implementarem e cumprirem as obrigações estabelecidas pelos tratados fundadores do MERCOSUL – desde que a segurança jurídica da integração regional não seja afetada[639]. É por isso que o princípio da flexibilidade dever ser lido em conjunto com o princípio do equilíbrio, pois, caso um Estado-Parte requeira um tempo acrescido ou circunstâncias mais maleáveis para adequar-se aos objetivos comuns, estas condições somente ser-lhes-ão concedidas se não comprometerem a igualdade entre todos os Estados-Partes, servindo, portanto, apenas para corrigir assimetrias que eventualmente possam impedir o estabelecimento do mercado comum[640].

Do exposto, pode afirmar-se que os princípios gerais constituem uma ferramenta importante no direito do MERCOSUL, pois permitem canalizar a vontade política dos Estados-Partes, moldando assim seus objetivos e interesses em prol do aprofundamento da integração regional[641]. Com efeito, a

---

[636] IX Laudo arbitral do TAHM, de 4 de abril de 2003, parágrafo 65.

[637] Cfr. VENTURA Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a Uniao Europeia*, São Paulo, Ed. Manole, 2003, p. 44.

[638] Sobre a corrente funcionalista e o efeito s*pillover*, veja-se: MITRANY David, The Functional Theory of Politics, New York, St. Martin's Press, 1976; HAAS Ernst, *The Uniting of Europe*..., cit.,.

[639] Cfr. MATA DIZ Jamile Bergamaschine; JÚNIOR Augusto Jaeger, Por uma teoria jurídica..., cit., p. 152.

[640] Cfr. MATA DIZ Jamile Bergamaschine, *MERCOSUR: orígen, fundamentos, normas y perspectivas*, Curitiba, Juruá, 2007, p. 156.

[641] Cfr. ARBUET-VIGNALI Heber, *Claves jurídicas de la Integración en los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Santa Fé, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 338.

interpretação e a aplicação dos princípios gerais deve ser feita de modo a atender aos ideais constantes nos tratados fundadores[642], daí porque o papel desempenhado pelos juízes (e outros intérpretes e aplicadores das normas jurídicas) assume fundamental relevância no destino de uma integração regional.

[642] Cfr. MATA DIZ Jamile Bergamaschine; JAEGER JÚNIOR AUGUSTO, Por uma teoria jurídica..., cit., p. 151.

PARTE II – DO *MODUS OPERANDI* DA HARMONIZAÇÃO JURÍDICA NO SISTEMA INTERNORMATIVO DE UMA INTEGRAÇÃO REGIONAL

CAPÍTULO 3
A HARMONIZAÇÃO JURÍDICA

"O contrário é convergente e dos divergentes nasce a mais bela harmonia, e tudo segundo a discórdia".

Heráclito[643]

Os pré-socráticos tinham como preocupação responder os problemas relativos à origem do cosmo através da razão em oposição ao mito. Afastaram-se, portanto, da cosmogonia para, a partir de então, compreender os fenómenos naturais de acordo com uma explicação fundamentada de maneira lógica e racional[644]. Heráclito, um dos representantes da escola pré-socrática, sustentou a sua tese cosmológica em torno do chamou de "luta entre os contrários"[645]. Segundo esta hipótese, os "princípios antinómicos" estabeleceriam entre si um "jogo bem ordenado de convergências", no qual cada um afirmaria a sua natureza, assegurando a própria identidade e ainda a identidade do todo. Deste modo, o todo e o não-todo, o convergente e o divergente, o consoante e o dissonante dariam sentido uns aos outros, pertencentes que são a uma mesma (e única) totalidade[646].

Utilizando metaforicamente a citação acima mencionada, podem ser feitas algumas reflexões pertinentes aos sistemas internormativos. Em primeiro lugar, assim como Heráclito abandona a mitologia para explicar o cosmo, o estudo dos sistemas internormativos requer igualmente um desprendimento de certos conceitos que já não se adaptam ao formato de novas comunidades políticas que integram a "constelação pós-nacional". É por isso que, quando os Estados passam a se defrontar com o surgimento de outros astros na "constelação pós-nacional", o direito reafirma a sua essência dinâmica em busca de novos aportes teóricos e metodológicos que o possa explicar em

[643] Fragmento de autoria de Heráclito, transcrito na obra de ARISTÓTELES, "Ética a Nicómaco, VIII, 2.1155 b 4", citado na coleção organizada por SOUZA José Cavalcante de, *Os Pensadores – Pré-socráticos*, 2.ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1978, p. 97.

[644] Existe uma extensa literatura sobre os pré-socráticos, porém a obra mais conhecida e ao mesmo tempo estudada no meio académico talvez seja de autoria de NIETZCHE Friedrich, *A Filosofia na Idade Trágica dos Gregos*, Lisboa, Edições 70, 2009.

[645] Sobre a luta entre os contrários na ótica da filosofia hiedeggeriana, veja-se: HEIDEGGER Martin, *Heráclito*, Tradução de Márcia de Sá Calvancante Schuback, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1998; sobre a influência de Heráclito na dialética hegeliana, veja-se: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenologia do espírito*, Tradução de Paulo Meneses, 5.ª ed., Petrópolis, Vozes, 2008.

[646] Neste sentido, veja-se: SANTOS Maria Carolina Alves, A lição de Heráclito, *Trans/Form/Ação*, São Paulo, UNESP, vol. 13, n.º 1, setembro/1990, p. 5-7.

contextos idiossincráticos. Nesta medida, não é possível avançar ignorando a revolução coperniciana, que, neste caso em específico, não tem a ver com o abandono do geocentrismo, mas numa linha parecida sugere a desmistificação do "estadocentrismo". Afinal, como faz notar Delmas-Marty "*[t]he 'modern' concept that identifies law with the State tends to lead to isolation*"[647]. Assim sendo, faz-se necessário reavaliar as bases de compreensão do direito para além do monopólio estadual. Não de outro modo que a teoria da internormatividade (bem como os seus corolários, nomeadamente a interconstitucionalidade, a interjurisdicionalidade, a interjusfundamentalidade, de entre outros "fenómenos-inter") é aqui apresentada neste trabalho como uma proposta de estudo que permite conceber e entender o funcionamento dos sistemas internormativos, especialmente aqueles das integrações regionais respetivamente da UE, da CAN e do MERCOSUL.

No capítulo anterior, verificou-se que os sistemas internormativos das integrações regionais constituem um conjunto de práticas jurídicas produzidas e reproduzidas por vários ordenamentos em interação, cabendo aos intérpretes e aos aplicadores do direito decifrar como os elementos resultantes das referidas práticas jurídicas se inter-relacionam entre si[648]. Fazendo uma alusão ainda à tese heraclitiana, segundo a qual "a mais bela harmonia" nasce a partir de um "jogo bem ordenado de convergências", interessa saber como os elementos resultantes de práticas jurídicas de distintos ordenamentos jurídicos, especialmente as suas normas, podem ser acomodados de forma harmónica em um mesmo sistema internormativo. Para tanto, nas linhas que seguem, será feito um estudo sobre o *modus operandi*, ou seja, sobre os mecanismos de harmonização jurídica que auxiliam na tarefa de acomodação das normas de fontes de legitimidades distintas que convivem em um mesmo sistema internormativo. Ressalte-se que a análise empreendida quanto aos mecanismos de harmonização jurídica tem por referência "a alteridade orientada pela reflexividade em face das distintas ordens jurídicas que interagem entre si"[649]. Os mecanismos de harmonização jurídica não devem, pois, ser compreendidos como técnicas de sobreposição hierárquica, uma vez que se busca preservar a autonomia dos ordenamentos jurídicos envolvidos, como será visto mais adiante.

---

[647] O conceito "moderno" que identifica o direito (ou as normas jurídicas) com o Estado tende levar ao isolamento (tradução livre da autora). DELMAS-MARTY Mireille, *Ordering Pluralism: A Conceptual*..., cit., p. 20.

[648] Cfr. AMTENBRINK Fabian, The European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism – Preserving the European Constitutional Order?, in MICKLITZ Hans-W. e DE WITTE Bruno (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 35.

[649] SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua: entre identidade constitucional do Estado-Membro e nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais – onde fica a efetividade do Direito da UE?, *Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS*, vol. 12, n.º 1, 2017, p. 22.

3.1. O sentido de harmonização jurídica

Harmonização, *lato sensu*, refere-se a um processo de acomodação, combinação ou adaptação de partes, elementos ou coisas relacionadas, de modo a formar um conjunto coerente e ordenado, pressupondo a diversidade dos objetos harmonizados[650]. Frise-se que a harmonização só tem lugar onde a convergência, a antinomia e a dissonância se fazem presentes, pois trata-se de uma medida "apaziguadora" ou tendencialmente "uniformizadora", através da qual se pretende estabelecer o equilíbrio condicionante de novos projetos. No campo da música, por exemplo, o termo harmonização remete à afinação, que é utilizada para tornar agradável a coexistência de notas, não obstante as particularidades de som que as distinguem[651].

A harmonização jurídica, por sua vez, resulta de um processo de alinhamento entre normas de distintas fontes e legitimidades. Busca sanar eventuais disparidades entre as legislações, possibilitando assim as condições sem as quais não seria possível a concretização de interesses em comum. Sua prática remonta aos tempos da idade média, quando a *lex mercatoria* foi instituída pelos estatutos das poderosas alianças comerciais e da jurisprudência do *mercatorum curiae*, com o objetivo de regulamentar as relações mercantis, atendendo assim às necessidades dos negócios realizados naquela época. Note-se que a *lex mercatoria* surge não como o direito nacional de um Estado, nem como um direito uniforme elaborado por vários Estados, mas como um direito formado pelos costumes e práticas de uma classe social – os comerciantes[652]. A *lex mercatoria* identificava-se, portanto, com um direito comum a todos os comerciantes de distintas origens, cujas regras coexistiam com vários ordenamentos jurídicos (feudais). Em virtude de sua abrangência universal, a *lex mercatoria* tendia a promover uma maior certeza aos contratos, dando maior segurança jurídica aos comerciantes[653].

Com a evolução económica, social e política, a *lex mercatoria* sofreu transformações. A partir do fortalecimento da figura do Estado, principalmente após a Paz de Vestfália (1648), o direito nacionalizou-se, passando os usos e os costumes da *lex mercatoria* a fazer parte de codificações promulgadas. A título de ilustração, cite-se as Ordenações Filipinas (1603), em Portugal; as Ordenações da Marina (1717), em Itália; e o código da Marinha (1786), na República de Veneza. Devido a esta regulamentação das relações comerciais pelos Estados, a *lex mercatoria* acabou por

---

[650] Cfr. BOODMAN Martin, The Myth of Harmonization of Laws, *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n.° 4, 1991, p. 700-701.

[651] Cfr. ANDENAS Mads; ANDERSEN Camilla Baasch; ASHCROFT Ross, Towards a theory of harmonisation, in ANDENA Mads e ANDERSEN Camilla Baasch (eds.), *Theory and Practice of Harmonisation*, Cheltenhan-UK/Northamton-MA-USA, Edward Elgar, 2011, p. 577.

[652] Cfr.SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Tomo 3, Barcelona, Montaner y Simon, 1963, p. 19.

[653] Cfr. GALGANO Francesco, Lex Mercatoria e globalizzazione, *Vita Notarile*, fascicolo 3, parte 1, 2005, p. 1253-1266.

perder a sua legitimidade junto dos comerciantes[654]. Este movimento de codificação, que levou à estadualização do direito (comercial), culminou com o *Code de Commerce* de 1807, de Napoleão. Também se deu com estes códigos a estadualização das fontes, perdendo os usos e os costumes a sua relevância em todos os ordenamentos jurídicos, salvo os da *Common Law*.

Havendo um controlo do direito cada vez maior pelo Estado, verificou-se um período de dormência da *lex mercatoria*, que se estendeu até os princípios do século XX, quando o fenómeno da globalização assumiu uma posição de destaque no cenário internacional. Neste período a *lex mercatoria* ressurgiu, passando entretanto a ser chamada de "nova *lex mercatoria*", entendida como um direito constituído por costumes, cujo fim seria regular de forma uniforme as relações comerciais internacionais, solucionando eventuais conflitos através da arbitragem comercial internacional[655]. Se, por um lado, na ausência de um Estado capaz de reger as relações comerciais, a *lex mercatoria* serviu para atender às necessidades dos comerciantes, na medida em que garantia maior segurança ao comércio, por outro lado, a "nova *lex mercatoria*" advêm de uma necessidade de tendencial uniformização e maior adequação das transações comerciais, económicas e financeiras, cuja regulamentação ultrapassa a capacidade dos Estados – nesta esteira também enquadram-se a *lex sportiva*, a *lex eletronica* etc. Contudo, a "(nova) *lex mercatoria*" parece carecer de legitimidade por estar estritamente vinculada a uma classe, além de não possuir rigor científico e autonomia, dependendo o seu reconhecimento dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais. De entre outras críticas tecidas a este modelo, observe-se a assimetria de proteção entre comerciantes e não comerciantes; entre Estados com diferentes níveis de desenvolvimento económico; e a possibilidade de abuso da autonomia individual[656].

Daí que, em paralelo à (nova) *lex mercatoria*, desenvolve-se o direito internacional, que inclusivamente a incorpora como uma de suas fontes em seu ordenamento jurídico. Através do direito internacional os Estados passam a reaver parcialmente o poder de controlo sobre domínios (não só da seara comercial) que outrora haviam conseguido manipular através do referido movimento das codificações. A participação dos Estados como autores e sujeitos do direito internacional habilita-os a intervir nos processos de tomada de decisão na arena internacional. Ao exercerem sua influência na construção de um direito internacional, assumem o compromisso de respeitar as normas pactuadas, sendo esta uma das condições determinantes para que os interesses e a estabilidade dos

[654] Cfr. GILSSEN Jonh, *Introdução Histórica ao Direito*, 5ª Ed., tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 248.

[655] Neste sentido, veja-se: SCHMITTHOFF Clive M., *The Sources of the Law of International Trade*, London, Stevens & Sons, 1964, p. 5.

[656] GLITZ Frederico E. Z., *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria*, São Paulo, Clássica Editora, 2014, p. 213.

empreendimentos de seus cidadãos sejam assegurados para além das fronteiras nacionais. Portanto, no âmbito do direito internacional, os Estados estabelecem normas de igual cumprimento para todos; assumem o compromisso de ajustar os seus respetivos ordenamentos jurídicos com o intuito de dar efetividade àquelas normas que criam em conjunto; e operam no sentido de reduzir diferenças substantivas que poderiam colocar em causa a consecução de um conjunto de negociações comerciais, bem como a realização de outros acordos de natureza distinta[657].

A experiência adquirida pelos Estados no âmbito da regulamentação internacional foi o trampolim para que alguns deles se sentissem preparados para mergulhar numa nova fase, que consistiu na criação de espaços, para além de suas fronteiras, onde um conjunto de atividades comerciais, operações financeiras e serviços pudessem ser realizados com uma segurança jurídica próxima (senão igual) àquela que haveriam de gozar em território nacional – refere-se aqui ao gradual processo de formação do mercado comum (ou mercado interno)[658] em integrações regionais. Os Estados que aderiram a esta nova modalidade tiveram que fazer adaptações em seus respetivos ordenamentos jurídicos, de modo a torná-los compatíveis com o sistema jurídico que acabavam de criar para reger o estabelecimento do mercado comum. Estas referidas adaptações voltadas a evitar conflitos entre normas de fontes e legitimidades diversas coexistentes em um mesmo sistema jurídico dão ensejo ao processo que ficou conhecido como harmonização jurídica em integrações regionais.

O processo de harmonização jurídica consiste na paulatina acomodação da pluralidade e diversidade de normas de fontes e legitimidades distintas, com vista a alcançar a homogeneidade e a coerência de todo o sistema[659]. Neste sentido, de acordo com Andenas, Andersen e Ashcroft, *"[it] labels the basic notion of the bringing together of legal ideas to allow a functioning in unison*"[660]. Com efeito, a harmonização juridica constitui-se num mecanismo através do qual as legislações de diversos ordenamentos jurídicos (dos Estados-Membros de uma integração regional) buscam identificar-se com um conjunto de normas materiais (e/ou processuais) de validade e alcance geral, para que assim seja possível o funcionamento de um sistema baseado no intercâmbio de valores, culturas e interesses de caráter económico, político e social em comum.

---

[657] Cfr. MALINTOPPI Antonio, Il ravvicinamento delle legislazioni come problema di diritto internazionale, *Rivista di diritto internazionale*, 1959, p. 245.

[658] Lembre-se que o mercado comum caracteriza-se pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. Geralmente os Tratados de integrações regionais indicam dois caminhos possíveis para a criação do mercado interno. O primeiro baseia-se nas disposições que proíbem restrições ao comércio (integração negativa) e o segundo estabelece normas comuns para regular o mercado (integração positiva). Cfr. AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in *The Oxford Handbook*...cit., p. 590.

[659] Cfr. AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in *The Oxford Handbook*..., cit., p. 611.

[660] [O processo de harmonização jurídica] regista a noção básica de reunir idéias jurídicas de modo a permitir um funcionamento uníssono (tradução livre da autora) ANDENAS Mads; ANDERSEN Camilla Baasch; ASHCROFT Ross, Towards a theory of harmonisation, in *Theory and Practice*..., cit., p. 576.

O processo que enseja a harmonização jurídica representa, deste modo, um aspecto de fundamental importância para o desenvolvimento das integrações regionais, na medida em que através dele são minimizados os conflitos normativos entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros[661], constituindo-se esta a condição para que sejam concretizados os objetivos previstos nos tratados fundadores, especialmente no que se refere ao estabelecimento do mercado comum[662]. Contudo, importa ressaltar que as medidas conduzentes ao processo de harmonização jurídica destinam-se não só à natureza, à composição e ao controlo de produtos, serviços, setores ou profissões, mas também às condições em que esses produtos são comercializados, em que esses serviços são prestados e em que esses setores e profissões são exercidos. Assim sendo, no âmbito de uma integração regional, tão importante quanto à criação de normas homogéneas arraigadas à lógica de funcionamento do mercado comum, releva igualmente a qualidade das medidas empregadas ao longo de todo o processo de harmonização jurídica do sistema internormativo. E, segundo Azoulai, esta qualidade refere-se ao fato de os valores e os direitos fundamentais estarem presentes no processo de harmonização jurídica[663].

Verifica-se então que a complexidade do processo de harmonização jurídica em integrações regionais recai, sobretudo, na necessidade de associação de uma variedade de elementos, por um lado, o mercado comum e as liberdades fundamentais (livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais), e, por outro lado, os valores e os direitos fundamentais. Não de outro modo que surgem teses que buscam compreender este fenómeno, tais como a "constitucionalização" do direito internacional[664] ou a "federalização" das integrações regionais[665]. Por um lado, a constitucionalização do direito internacional visa transportar os valores constantes nas constituições dos Estados na modelação do direito internacional, especialmente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais[666]. O constitucionalismo, como teoria erguida sob o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade[667], penetra o direito internacional na emergência tendencial de elevação da dignidade humana como pressuposto de

---

[661] Cfr. ANDENAS Mads; ANDERSEN Camilla Baasch; ASHCROFT Ross, Towards a theory of harmonisation, in in *Theory and Practice*..., cit., p. 577.

[662] Neste sentido, "*[i]n so far as different rules are applied in different Member States them the pursuit of trade integration may be hindered by the prevailing disparity*". WEATHERILL Stephen, Why Harmonise?, in *EU Law for the XXI*..., cit., 2, p. 12.

[663] "*Quality refers to the fact that fundamental rights and values are present in the harmonization process*". AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in *The Oxford Handbook*..., cit., p. 593-594.

[664] Cfr. LOMBAERDE Philippe de e RODRÍGUEZ Lizarazo, International Regionalism and National..., cit., p. 3.

[665] PERNICE Ingolf, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration – German Constitution and Multilevel Constitutionalism, in *German Reports on*...., cit., p.41.

[666] Sobre o tema, veja-se: ONIDA Valerio, La Costituzione del 1948, ieri e oggi..., cit., p. 5 e ss.

[667] Cfr. GOMES CANOTILHO J. J., *Direito constitucional e teoria*..., cit., p. 47.

qualquer constitucionalismo[668]. Neste sentido, verifica-se uma confluência entre o direito constitucional, os direitos fundamentais e o direito internacional no sentido de uma complementação recíproca[669]. Por outro lado, a federalização pressupõe coexistência e superposição de ordens jurídicas albergadas em uma forma de união política. Deste modo, a federalização tem por base e como resultado a existência de um direito único, comum para todas as unidades federadas. Embora a federalização não deva ser perspetivada a partir de estruturas concidentes com o Estado[670], sua certidão de nascimento deu-se com a promulgação da Constituição norte-americana de 1787, quando seus pais fundadores desenharam a divisão do poder entre um governo central e os entes regionais (os Estados-Membros). As diferentes esferas governamentais retiram da Constituição suas competências e níveis de poder, e todas se curvam ao quadro principiológico de regência do pacto federativo, firmado quando da instituição da Magna Carta. Neste sentido, nota-se uma rede de relações verticais entre o poder central e os poderes regionais, cujo quadro revela, de imediato, a possibilidade de conflitos, os quais entretanto são dirimidos, na matriz norte-americana, pela Suprema Corte.

Não obstante a constitucionalização do direito internacional e a federalização das integrações regionais indiquem algumas direções que podem levar à compreensão da harmonização jurídica em integrações regionais, acredita-se que uma leitura "internormativa/interconstitucional" de todo o processo seja o caminho mais indicado no momento. Embora a constitucionalização do direito internacional tenha por objetivo promover e proteger os valores constitucionais nacionais elevados a nível transnacional, dada a dimensão do seu projeto tendente a alcançar uma homogeneização difusa, isto levanta objeções que sempre caem na teia de críticas das teses que sustentam o relativismo cultural. A federalização das integrações regionais também assusta os Estados mais ciosos de sua soberania – isto porque os processos de federalização trazem consigo a herança histórica de formação dos Estados Unidos da América (de entre outros Estados Federais), que projetou um poder central investido na figura de um Estado, uma Constituição da qual deriva o poder do povo, além de uma identidade nacional única. A teoria da internormatividade, por sua vez, apresenta-se como uma terceira via apta a explicar as referências plurais em concorrência, sem qualquer tentativa de imposição entre elas, privilegiando as relações exercidas através de intercâmbios contínuos entre as diversas unidades que compõem o sistema internormativo das integrações regionais. Assim sendo, no âmbito da teoria

[668] Cfr. PIOVESAN Flávia, *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, Saraiva, 2007, p.11.

[669] Em sentido semelhante, veja-se: BARROSO Luís Roberto, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Belo Horizonte, Fórum, 2014, p.11.

[670] Neste sentido, veja-se: SILVEIRA Alessandra, Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, in *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade...*, cit., p. 53.

da internormatividade e seus corolários (interconstitucionalidade, interjurisdicionalidade, de entre outros), as medidas de harmonização jurídica são articuladas de forma reflexiva entre as disposições (constitucionais) dos Tratados e as conceções fundamentais consagradas no direito (constitucional) nacional[671]. Há de encontrar-se um equilíbrio entre as tendências centrípetas por parte das instituições e dos órgãos das integrações regionais, bem como os Estados-Membros, sempre guiados pela cooperação leal, devem adotar uma conduta condizente com a estrutura delineada pelo processo de harmonização jurídica, ou seja, não podem invocar fundamentos diferentes daqueles que o rege[672]. Isto significa que, ao longo de um processo de harmonização jurídica, os interesses nacionais devem ser sopesados, ou, em última análise, reavaliados em confronto com os objetivos estabelecidos no projeto de integração regional[673].

Em razão disso, para Stephen Weatherill, *"[...] harmonisation is not a technical process, but rather engages profound questions about competence control and legitimacy"*[674]. De fato, para levar adiante os objetivos estabelecidos no projeto de integração regional, os Estados-Membros tendem a delegar poderes a órgãos supranacionais, os quais são encarregues de administrar interesses conflitantes. Daí porque para compreender o processo de harmonização jurídica faz-se necessário saber de que modo as instituições de uma integração regional relacionam-se com seus Estados-Membros, principalmente à luz da cooperação leal, dos valores democráticos, dos direitos fundamentais e dos princípios que estruturam a repartição de competências, nomeadamente a atribuição, a proporcionalidade e a subsidiariedade. Não de outro modo que a harmonização jurídica encapsula o dilema da *governance*, pois tem a ver com a forma como vários atores se relacionam no sentido de assumir uma combinação de compromissos e responsabilidades em conjunto[675].

O primeiro passo que possibilita uma maior aproximação entre os Estados dá-se através do desenvolvimento de uma confiança recíproca, que constitui um sentimento ou uma perceção que viabiliza o estabelecimento de meios de cooperação. A harmonização jurídica pressupõe a confiança

---

[671] Cfr. AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in *The Oxford Handbook*..., cit., p. 600.

[672] Cfr. AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in *The Oxford Handbook*..., cit., p. 603.

[673] Não de outro modo que, para Andenas, Andersen e Ashcroft, "*[i]n introducing the laws for harmonisation, if one takes purely a national perspective, without engaging in understading the process and substantive nature of other jurisdictions' law, it will merely reinforce the national law, rather than harmonise the legal phenomenon aimed at being harmonized*". ANDENAS Mads; ANDERSEN Camilla Baasch; ASHCROFT Ross, Towards a theory of harmonisation, in *Theory and Practice*..., cit., p. 584.

[674] A harmonização não é um processo técnico, mas envolve questões profundas sobre o controlo de competência e legitimidade (tradução livre da autora). WEATHERILL Stephen, Why Harmonise?, in *EU Law for the XXI*..., cit., 2, p. 31.

[675] De acordo com Loïc Azoulai a harmonização jurídica poderia ser compreendida como "*[...] a quest for uniformity and coherence anxious to accommodate plurality and diversity, a complex form of governance involving a bundle of various actors and layers of responsibility, and finally a combination of diligent management and genuine commitment*". AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in *The Oxford Handbook*..., cit., p. 611.

recíproca, caso contrário não seria possível avançar no sentido de estabelecer um pacto de normas em comum. Contudo, enquanto a harmonização jurídica consiste num processo de adoção de normas que impõem uma certa convergência de ações, a confiança recíproca é uma prática que não se corrige por meio de um quadro normativo, mas antes depende de um conjunto de ações que a inspira no decurso do tempo[676]. É por isso que a harmonização jurídica não acontece de uma hora para outra, mas resulta de um longo processo pautado na construção de uma confiança recíproca. No plano da cooperação internacional, a confiança recíproca enseja a implementação de medidas que operam no âmbito da coordenação política entre os Estados-Membros, com a finalidade de formar uma base comum de princípios e regras, o que geralmente é levado a cabo por meio de acordos ou convenções voltados à realização de um objetivo em comum[677].

O estádio seguinte seria o reconhecimento mútuo, que também pressupõe a confiança recíproca[678]. O conceito de reconhecimento mútuo foi desenvolvido com base nas necessidades intrínsecas à realização do mercado interno – um produto ou serviço produzido e comercializado num Estado teria liberdade de circular no espaço de uma integração regional, desde que fosse estabelecida uma equivalência entre as condições impostas pelo Estado-Membro de origem para a sua produção e comercialização e as exigências do Estado-Membro de destino[679]. Considerando a expansão dos objetivos de uma integração regional para além do mercado interno, o reconhecimento mútuo passou também a ser considerado um conceito chave em matéria de cooperação judiciária[680].

Não obstante o reconhecimento mútuo possa exigir a adoção de medidas de aproximação de disposições legislativas, implicando uma limitação à autonomomia regulamentatória dos Estados, há quem entenda que esta medida não se confunde com a harmonização jurídica[681]. À partida, o

---

[676] Cfr. CAEIRO Pedro, Reconhecimento Mútuo, Harmonização e Confiança Mútua (primeiro esboço de uma revisão), in SANTOS Margarida, MONTE Mário Ferreira, MONTEIRO Fernando Conde (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 43.

[677] Cfr. VIEGAS Vera Lúcia, Teoria da harmonização jurídica: alguns esclarecimentos, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 9, n.º 3, 2004, p. 629.

[678] Cfr. BAY LARSEN Lars, Some Reflections on Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice, in CARDONNEL Pascal, ROSAS Allan e WAHL Nils (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 148.

[679] Cfr. LÓPEZ ESCUDERO Manuel Ló́pez; MARTÍN José́; NANCLARES Perez, *Derecho Comunitario Material*, Madrid, Ciencias Jurídicas/Mc Graw Hill, 2000, p. 34.

[680] CAEIRO Pedro, Reconhecimento Mútuo, Harmonização e Confiança Mútua (primeiro esboço de uma revisão), in *Os novos desafios da cooperação...*, cit., p. 37. No acórdão *Aranyosi/Căldăraru*, o TJUE estabeleceu que "[t]anto o princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros como o princípio do reconhecimento mútuo têm, no direito da União, uma importância fundamental, dado que permitem a criação e a manutenção de um espaço sem fronteiras internas. Mais concretamente, o princípio da confiança mútua impõe, designadamente no que respeita ao espaço de liberdade, segurança e justiça, que cada um dos Estados-Membros considere, salvo em circunstâncias excecionais, que todos os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito" (Processos apensos C-404/15 e C-659/15 PPU do TJUE, de 5 de abril de 2016, n.º 78).

[681] Cfr. KLAMERT Marcus, What we talk about..., cit., p. 372.

reconhecimento mútuo representaria uma condição preliminar, que poderia conduzir à harmonização jurídica, caso sua implementação fosse bem sucedida[682]. Noutro norte, o reconhecimento mútuo poderia ser visto como um instrumento alternativo, a ser utilizado nos casos de falhanço da harmonização jurídica[683] – ou seja, na eventualidade de a harmonização jurídica não poder ser implementada, o reconhecimento mútuo assumiria o seu lugar. O reconhecimento mútuo e a harmonização jurídica constituem-se, assim, dois instrumentos distintos, podendo o primeiro pré-existir ao segundo, ou ambos podem coexistir no âmbito de um processo de integração regional.

A harmonização jurídica, por sua vez, representa a modalidade de aplicação do conceito mais amplo de aproximação entre legislações[684]. De acordo com uma definição consolidada, a harmonização jurídica resume o procedimento através do qual é possível refinar os ordenamentos jurídicos ou, mais especificamente, as disposições legislativas e regulamentares nacionais que regem uma determinada questão, para a realização de um propósito em comum[685]. Ressalte-se que, embora sejam erradicadas as disparidades existentes entre as legislações nacionais, chegando-se a soluções emparelhadas, a harmonização jurídica não impede completamente o exercício da competência legislativa dos Estados. Isto porque, no âmbito da harmonização jurídica, não está em causa a unificação. Segundo Gómez-Urrutia, a harmonização jurídica refere-se *"[a] los procedimientos que suponen una modificación de la legislación de vários Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear una afinidad esencial entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal*"[686]. Note-se que a harmonização jurídica tem como objetivo principal a aproximação entre normas de distintas fontes, de modo a formar um conjunto de normas semelhantes[687], e não um corpo único e idêntico de normas[688].

A harmonização jurídica é implementada, em um primeiro momento, através da elaboração de normas válidas e de cumprimento obrigatório para todas as partes envolvidas em um processo de integração regional, nomeadamente suas instituições, Estados-Membros e particulares. Em um segundo momento, estas normas, que formam parte dos ordenamentos jurídicos das integrações

---

[682] Cfr. KLAMERT Marcus, What we talk about..., cit., p. 372.

[683] Cfr. BRINK Ton Van Den, Horizontal federalism, mutual recognition and the balance between harmonization, home state control and host state autonomy, *European Papers*, vol. 1, n.º 3, 2016, p. 932.

[684] TROIANI Umberto, *Verso un diritto contrattuale europeo: il processo di armonizzazione delle regole e l'individuazione di principi ordinanti nei lavori della Commissione UE*, Tese de Doutoramento, Roma, Dipartimento di Scienze Aziendale ed Economico Giuridiche dell'Università degli studi Roma Tre, 2008, p. 23-24.

[685] TROIANI Umberto, *Verso un diritto contrattuale*..., cit., p. 23.

[686] GÓMEZ-URRUTIA Marina Vargas, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Mexico, Oxford, 2000, p. 8.

[687] TROIANI Umberto, *Verso un diritto contrattuale*..., cit., p. 24-25.

[688] Cfr. VIEGAS Vera Lúcia, Teoria da harmonização jurídica..., cit., p. 629.

regionais, ao entrarem em contato com os ordenamentos jurídicos nacionais, devem ali ser aplicadas de forma homogénea. Como diriam Andenas, Andersen e Ashcroft, *"[t]he application of harmonised law, or uniform law, is a separate issue from the creation of uniform or harmonised rules"*[689]. É por isso que a atividade legislativa apenas corresponde a uma parte do processo de harmonização jurídica, visto que a realização do seu escopo depende da aplicação homogeneizada das normas de integração regional. Destaca-se, portanto, o papel dos órgãos administrativos e jurisdicionais nacionais na tarefa de aplicar de maneira homogénea as normas de integrações regionais, permitindo, à partida, que os particulares usufruam em condições de igualdade os direitos que derivam dos ordenamentos jurídicos de integrações regionais. Esta abordagem terá lugar no quarto capítulo. Nos próximos itens, o processo de harmonização jurídica será abordado tendo por referência o modo como se tem operado a aproximação entre as legislações nos sistemas internormativos da UE, da CAN e do MERCOSUL.

3.2. A harmonização jurídica na União Europeia

Nos Tratados da UE os termos "harmonização", "aproximação" e "coordenação" das legislações dos Estados-Membros são utilizados indistintamente[690], embora possam ser suscitadas algumas dúvidas sobre quais teriam sido as reais intenções do "legislador constituinte" ao adotar uma expressão em detrimento de outra num determinado domínio. No TFUE, em grande parte dos casos, a referência à expressão "harmonização" veio acompanhada da especificação "das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros", sendo que, na maioria das vezes, foi utilizada num sentido de proibição, por exemplo: "o Conselho pode estabelecer medidas para incentivar e apoiar [...], com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros"[691]. Por outro lado, a expressão "aproximação" aparece mais frequentemente num contexto em que se impõe a adoção de uma medida legislativa, mormente no que se refere ao estabelecimento e ao funcionamento do mercado interno – veja-se, como exemplo, o capítulo 3 "Aproximação das Legislações" do Título VII "As Regras Comuns Relativas à Concorrência, à Fiscalidade e à Aproximação das Legislações" do TFUE[692]. Enquanto as expressões "harmonização" e "aproximação" são geralmente utilizadas em contextos em que se prevê a necessidade de adoção de

[689] A aplicação de normas harmonizadas ou uniformes é uma questão separada da elaboração de normas harmonizadas e uniformes (tradução livre da autora). ANDENAS Mads; ANDERSEN Camilla Baasch; ASHCROFT Ross, in *Theory and Practice*..., cit., p. 590.

[690] TROIANI Umberto, *Verso un diritto contrattuale*..., cit., p. 23-24.

[691] Neste sentido, veja-se, de entre outros: artigo 79, n.° 4; artigo 84 do TFUE; artigo 149 do TFUE; artigo 153, n.°2, a) do TFUE.

[692] Neste sentido, veja-se, de entre outros: artigo 114, n.° 1 do TFUE; artigo 115 do TFUE; artigo 81, n.° 1 do TFUE.

uma medida legislativa ou de uma abstenção no sentido de não se opor ao direito da UE, o termo "coordenação" encontra-se em contextos mais relacionados à "coordenação das políticas dos Estados-Membros"[693]. Neste sentido, a noção de "coordenação" tem uma importância limitada no âmbito do estudo da harmonização jurídica, exatamente porque trata mais de coordenação política do que jurídica[694].

Considerando, portanto, o contexto onde estão identificados os termos "harmonização" e "aproximação", pode inferir-se dois tipos de procedimentos que têm por objetivo dar coerência às normas do sistema internormativo europeu, quais sejam, a harmonização negativa (ou indireta) e a harmonização positiva. A primeira realiza-se através de uma forma indireta de aproximação entre as legislações nacionais[695], ou seja, funciona através de um efeito desregulamentador, ao exigir dos Estados-Membros uma postura no sentido de simplesmente não contrariar as disposições da UE. A harmonização negativa (ou indireta) fundamenta-se no princípio da cooperação leal (n.º 3 do artigo 4.º do TFUE), em virtude do qual os Estados-Membros, além de tomar todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados, devem igualmente abster-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da UE. Deste modo, mesmo que uma norma dos Tratados da UE não exija qualquer ação em termos legislativos, há de observar-se sempre uma espécie de ação passiva. Veja-se um exemplo: o artigo 34.º do TFUE proíbe restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente no comércio entre os Estados-Membros. Para dar efeito à esta disposição, o legislador nacional não tem de lançar mão de nenhuma medida legislativa, no máximo, por força dos princípios do primado e da efetividade do direito da UE (que decorrem do princípio da cooperação leal), o intérprete/juiz nacional há de afastar aquela que eventualmente lhe seja incompatível. A propósito, cite-se o acórdão *Cassis de Dijon*[696], em que o TJUE determinou que o legislador nacional não podia fixar o

---

[693] Neste sentido, veja-se, de entre outros: artigo 67, n.º 3 do TFUE; artigo 119, n.º 1 do TFUE; artigo 156 do TFUE; artigo 41 do TFUE.

[694] Neste sentido, cite-se o método aberto de coordenação proposto no âmbito da política de emprego e do Processo do Luxemburgo e estabelecido como instrumento da Estratégia de Lisboa em março de 2000. O método aberto de coordenação consiste num processo de tomada de decisão que não conduz a medidas legislativas vinculativas nem impõe aos Estados-Membros modificar a respectiva legislação. Destina-se a difundir as melhores práticas para certas políticas e a atingir uma maior convergência das políticas nacionais no sentido dos objectivos principais da UE. Neste sentido, veja-se: MAJONE Giandomenico, Unity in diversity: European integration and the enlargement process, *European Review Law*, vol. 33, n.º 4, 2008, p. 463-464. Ainda sobre o método aberto de coordenação, veja-se: TRUBEK David M. e TRUBEK Louise G., Hard and Soft Law in the Construction of the Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination, *European Law Journal*, vol. 11, n.º 3, 2005, p. 342-364. CRAIG Paul e DE BÚRCA Gráinne, *EU Law Text, Cases and Materials*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 150-154.

[695] Cfr. WALLGREN Malin, *Exploring the outer limits of article 114 TFEU – towards a general power? An analysis of non-market objectives and "measures having as their object the establishment and functioning of the internal market*", Dissertação de Mestrado, Uppsala, Departamento de Direito da Uppsala Universitet, 2016, p. 21.

[696] Acórdão *Cassis de Dijon*, processo 120/78 do TJUE, de 20 de fevereiro de 1979.

teor em álcool mínimo para chamar uma bebida de licor, se isso constituisse um obstáculo às trocas comercias entre Estados-Membros; do mesmo modo, no acórdão *Zoni*[697], o TJUE estabeleceu que não se podia exigir que o produto referente à massa fosse produzido somente a partir do trigo duro, se isto constituisse uma restrição incompatível com as normas que regulamentam o mercado interno.

A harmonização positiva, por sua vez, consiste numa medida de aproximação entre as legislações nacionais, principalmente por meio da adoção de normas de direito secundário (regulamentos, diretivas e decisões – artigo 288.º do TFUE), cujas bases jurídicas estão expressas nos Tratados[698]. Dependendo da matéria, a base jurídica remete a um determinado tipo de processo legislativo, nomeadamente ordinário ou especial. No âmbito do processo legislativo ordinário, previsto no artigo 294.º do TFUE, podem ser adotados regulamentos, diretivas e decisões. De um modo geral, compete à Comissão[699] a iniciativa legislativa, porém tanto o Conselho quanto o Parlamento Europeu participam do processo legislativo ordinário em condições de paridade[700], isto é, nenhum deles pode adotar uma norma sem o consentimento do outro[701]. Há casos específicos, no entanto, em que a adoção de um regulamento, de uma diretiva ou de uma decisão submete-se ao processo legislativo especial, previsto no n.º 2 do artigo 289.º do TFUE. De entre os seus traços essenciais, o processo legislativo especial prescinde da iniciativa da Comissão, podendo a iniciativa ser atribuída ao Parlamento Europeu (embora com obrigatoriedade de consulta à Comissão e aprovação do Conselho,

[697] Acórdão *Zoni*, processo 90/86 do TJUE, 14 de Julho de 1988.

[698] Cfr. WALLGREN Malin, *Exploring the outer limits*..., cit., p. 21.

[699] Conforme o n.º 4 do artigo 17 do TUE, a Comissão representa os interesses da UE, sendo por isso considerada o motor de seu sistema institucional. Ela garante o funcionamento e o desenvolvimento do mercado interno, numa posição de independência institucional perante os Estados-Membros (n.º 2 do artigo 17 do TUE). Encontra-se, deste modo, em condições de definir as prioridades políticas da UE, desempenhando um papel decisivo no exercício de seus poderes formais de iniciativa, cujos resultados têm o condão de influenciar os planos de governo dos Estados-Membros e a vida cotidiana de seus cidadãos (Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 141). No âmbito da atividade legislativa, a Comissão dispõe, na prática, de um poder significativo de decisão e conformação quanto ao momento, conteúdo, modo, forma e densidade das medidas a serem adotadas pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu (Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 143).

[700] Antes mesmo de o Tratado de Lisboa ter introduzido as alterações que constam do TUE e do TFUE, o TJUE já havia reconhecido no Acórdão *Parlamento Europeu c. Conselho*, processo C-65/90 do TJUE, de 16 de Julho de 1992, a importância da participação do Parlamento Europeu no processo legislativo da UE.

[701] Além da Comissão, do Conselho e do Parlamento Europeu, o processo de elaboração de normas de direito da UE conta com a participação do Comité Económico e Social Europeu (n.º 4 do art.º 13.º do TUE e artigos 301.º ao 304.º do TFUE). Trata-se de um órgão da UE, que representa uma grande variedade de interesses da sociedade civil, cuja consulta é obrigatória sempre que previsto nos Tratados, ou facultativa, de iniciativa das instituições da UE. Do mesmo modo, o Comité das Regiões representa as entidades locais (n.º 4 do artigo 13 do TUE e artigo 305 do TFUE) no âmbito do exercício de sua função consultiva, permitindo a formação de uma rede de atores de uma enorme variedade de políticas especializadas, que contribuem no processo de autorrepresentação de interesses setoriais. O artigo 12 do TUE também ressalta expressamente o papel dos Parlamentos nacionais, transformando-os em órgãos complementares e executivos das instâncias decisórias da UE. Suas competências estão definidas nas alíneas a), b), c), d), e), f) do artigo 12 do TUE, sendo incentivados a participar em tempo útil e de modo ativo no processo legislativo da UE.

ou a necessidade de aprovação pelo Conselho e pela Comissão) ou ao Conselho (com a participação do Parlamento Europeu).

Existem também regulamentos, diretivas e decisões que são atos não legislativos, cuja adoção está a cargo da Comissão ou, excecionalmente, do Conselho (n.º 2 do artigo 291.º do TFUE). O procedimento para a adoção destes atos não está previsto nos Tratados, porém foram criados mecanismos de controlo. Antes do Tratado de Lisboa, este controlo era exercido apenas pelos comités compostos por representantes dos Estados-Membros, ou seja, pelo procedimento que ficou conhecido como comitologia[702]. Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Comissão continuou a ser controlada pelo procedimento de comitologia[703], contudo, ao ter-se introduzido uma diferença entre atos de execução (artigo 291.º do TFUE) e atos delegados (artigo 290 do TFUE), foram criados novos mecanismos de controlo. Desde então, quando a Comissão age com base no poder delegado, o controlo é determinado pelo ato legislativo que delega o poder à Comissão (n.º 1 do artigo 290.º do TFUE e alíneas "a" e "b" do n.º 2 do artigo 290.º do TFUE). A diferença de controlo entre atos delegados e de execução é que, no primeiro caso, o controlo ocorre após a adoção do ato, e não durante a sua adoção, como ocorre no procedimento de comitologia[704].

Como se pode perceber, a harmonização jurídica (positiva) está intimanente relacionada à questão da legitimidade democrática, que se reflete na atuação dos vários atores envolvidos na adoção de normas de direito secundário[705], as quais por sua vez provocam alterações significativas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, cujos impactos (maiores ou menores) dependem da escolha do ato jurídico[706]. A adoção de um regulamento conduz à harmonização máxima, na medida em que resulta de um processo que não deixa margem de discricionariedade ao legislador nacional, conferindo deste modo maior previsibilidade e coerência entre as legislações dos Estados-Membros[707]. Na medida em que os regulamentos são obrigatórios e diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico dos Estados-Membros, tendem a representar a expressão mais próxima de unificação no direito da

[702] Cfr. CAPETA Tamara, Harmonisation of national legislation..., cit., p.6. Sobre o procedimento de comitologia, veja-se: CHALMERS Damian; DAVIES Gareth; MONTI Giorgio, *European Union Law*..., cit.,p. 120-122.

[703] Cfr. CAPETA Tamara, Harmonisation of national legislation..., cit., p.6.

[704] Cfr. CAPETA Tamara, Harmonisation of national legislation..., cit., p.6.

[705] Neste sentido, veja-se: VAN DEN BRINK Ton, The Impact of EU Legislation..., cit., p. 216.

[706] Sobre o impacto das normas de direito da UE nos ordenamentos jurídicos nacionais, veja-se: VAN DEN BRINK Ton, The Impact of EU Legislation..., cit., p. 211-235.

[707] Em sua Comunicação "Uma Europa de Resultados", a Comissão demonstrou uma maior preferência aos regulamentos, na medida em que reduzem a margem de divergência nacional, bem como também encargos adicionais com a transposição. Além do mais, a substituição de diretivas por regulamentos, quando possível em termos políticos e jurídicos, poderia oferecer uma maior simplificação no processo de harmonização jurídica, tendo em conta a sua aplicação imediata nos ordenamentos jurídicos nacionais. Comunicação da Comissão – Uma Europa de Resultados – COM(2007) 502 final, Bruxelas, 5 de setembro de 2007.

UE[708]. As diretivas, por sua vez, inserem-se no âmbito do conceito de harmonização mínima, constituindo a principal ferramenta para aproximar as legislações nacionais em relação aos objetivos prosseguidos pela UE[709]. Pelo simples fato de terem de ser transpostas ao direito interno, as diretivas carregam um elemento cooperativo[710], permitindo um certo grau de flexibilidade[711] ao deixarem permear-se pela tradição jurídica e cultural dos Estados-Membros[712]. Interessa frisar que as preferências e as sensibilidades nacionais são mais bem servidas pelas diretivas, na medida em que oferecem uma maior liberdade aos Estados-Membros quanto à sua implementação no ordenamento jurídico interno[713].

A escolha entre um regulamento ou uma diretiva pauta-se de acordo com a necessidade de uma harmonização máxima ou mínima[714] a depender dos objetivos a serem alcançados e das competências atribuídas à UE pelos Estados-Membros[715]. De entre os objetivos estabelecidos nos

[708] Cfr. Os regulamentos são rotulados, no entantom como "norma harmonizada", presumivelmente para torná-los mais palatáveis àqueles mais resistentes à noção de normas uniformes para além das fronteiras nacionais. Neste sentido, veja-se: ANDENAS Mads; ANDERSEN Camilla Baasch; ASHCROFT Ross, Towards a theory of harmonisation in *Theory and Practice*..., cit., p. 578.

[709] Cfr. BARNARD Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 2° ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 600.

[710] Cfr. KLAMERT Marcus, What we talk about..., cit., p. 364-365.

[711] Ton Van Den Brink alerta para o fato de que, em alguns casos, o legislador da UE pode adotar diretivas tão pormenorizadas que não deixam aos Estados-Membros praticamente nenhuma margem de discricionariedade. O autor cita o acórdão *Enka* (Processo C-38/77, de 23 de novembro de 1977, n.° 12), no qual o TJUE decidiu que, tendo em conta os objetivos da diretiva em causa (Diretiva 69/74/CEE, relativa ao regime de entrepostos aduaneiros), era necessário assegurar a "identidade absoluta das disposições nacionais" em todos os Estados-Membros. Isto significa que as diretivas podem determinar obrigações exatas que devem ser transpostas pelos Estados-Membros em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais. Do mesmo modo, pode haver casos em que alguns regulamentos precisam de especificações nacionais para se tornarem totalmente eficazes. Um exemplo é o artigo 5.°, n.° 1, do Regulamento n.° 1782/2003/CE do Conselho, de 29 de setembro de 2003, relativo aos regimes de apoio direto no âmbito da política agrícola comum, que prevê: "Os Estados-Membros devem assegurar que todas as terras agrícolas, em especial as que já não sejam utilizadas para fins produtivos, sejam mantidas em boas condições agrícolas e ambientais. Os Estados-Membros devem definir, a nível nacional ou regional, requisitos mínimos para as boas condições agrícolas e ambientais com base no quadro constante do Anexo IV, tendo em conta as características específicas das zonas em questão, nomeadamente as condições edafoclimáticas, os sistemas de exploração, a utilização das terras, a rotação das culturas, as práticas agrícolas, assim como as estruturas agrícolas existentes..." A formulação textual aberta – "boas condições agrícolas" – deixa às autoridades nacionais uma ampla margem de manobra no sentido de estabelecer requisitos mínimos, apesar de o ato jurídico ser um regulamento. Cfr. VAN DEN BRINK Ton, The Impact of EU Legislation..., cit., p. 217-218.

[712] TROIANI Umberto, *Verso un diritto contrattuale*..., cit., p. 24.

[713] Cfr. KLAMERT Marcus, What we talk about..., cit., p. 363. Interessa mencionar que as diretivas vêm se tornando tão pormenorizadas que se revelam de harmonização plena, a ponto de se questionar atualmente a manutenção da distinção entre regulamentos e algumas diretivas de harmonização plena. A razão da manutenção de tal distinção reside no referido efeito psicológico, mas na prática prejudica o particular que não pode invocar as diretivas não transpostas ou equivocadamente transpostas contra outro particular.

[714] Os regulamentos predominam em áreas como agricultura, concorrência e transportes, enquanto a política ambiental, de imigração e o direito das sociedades são regulamentados principalmente por meio de diretivas. Neste sentido, veja-se: VAN DEN BRINK Ton, The Impact of EU Legislation..., cit., p. 218.

[715] Antes da década de 1980, a política regulamentatória era baseada principalmente num processo de harmonização total através de regulamentos. Contudo, após o Ato Único Europeu, passou-se a conferir uma maior flexibilidade aos Estados-Membros garantida pelo reconhecimento mútuo e pela harmonização mínima pautada na adoção de diretivas. De entre as medidas neste sentido, destaca-se "a nova abordagem da harmonização técnica" (Resolução do Conselho 85/C 136/01, de 7 de maio de 1985) que pretendeu reformular a harmonização técnica dentro da UE com uma nova base, harmonizando apenas as exigências essenciais relativas aos produtos e aplicando a "remissão para as normas" e o princípio do reconhecimento mútuo,

Tratados da UE (artigos 2.º e 3.º do TUE), destaca-se a realização do mercado interno/comum[716] (n.º 3 do artigo 3 do TUE), o qual conta hoje com os 27 Estados-Membros da UE (considerando a retirada do Reino Unido)[717], além de abranger os países da Zona Europeia de Comércio Livre (EFTA) – com exceção da Suíça – no âmbito do Espaço Económico Europeu (EEE)[718]. Desde a criação da Comunidade Económica Europeia (1957), o mercado interno e as quatro liberdades fundamentais (livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais) fundamentam o processo de integração europeu. Atualmente sua fórmula encontra-se definida no n.º 2 do artigo 26.º do TFUE, o qual dispõe que: "[o] mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados".

Importa ressaltar que o mercado interno não é um fim em si mesmo, devendo ser considerado no âmbito de uma economia social de mercado[719]. Logo no preâmbulo do TUE nota-se a pretensão das Altas Partes Contratantes no sentido de encontrar um equilíbrio entre as dimensões económica e social da UE, senão veja-se: "determinados a promover o progresso económico e social dos seus povos, tomando em consideração o princípio do desenvolvimento sustentável e no contexto da realização do mercado interno e do reforço da coesão e da proteção do ambiente, e a aplicar políticas que garantam que os progressos na integração económica sejam acompanhados de progressos paralelos noutras áreas..." Assim sendo, pode afirmar-se que o mercado interno não está voltado só para a satisfação das liberdades económicas, mas também promove o engajamento pessoal dos cidadãos em um

---

para pôr fim aos entraves técnicos à livre circulação de mercadorias. Sobre a nova abordagem da harmonização técnica, veja-se: CRAIG Paul e DE BÚRCA Gráinne, *EU Law Text, Cases, and Materials*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 148-150.

[716] Segundo Stephen Weatherill, "*market integration is promoted by harmonised rules – a common market requires common rules*". WEATHERILL Stephen, Why Harmonise, in *EU Law for the XXI...*, cit., 2, p.12.

[717] Sobre o Brexit e a posição futura do Reino Unido em relação ao mercado interno, veja-se: BARNARD Catherine, Brexit and the EU Internal Market, in FABBRINI Federico (ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 201-218.

[718] O EEE visa alargar o mercado interno da UE aos países da EFTA. O EEE transcende os acordos tradicionais de comércio livre ao alargar todos os direitos e as obrigações do mercado interno da UE aos países da EFTA (com exceção da Suíça). A legislação da UE relativa ao mercado interno passa a fazer parte da legislação dos países do EEE, assim que estes decidam incorporá-la. A incorporação da legislação da UE pode exigir uma decisão governamental ou carecer de aprovação parlamentar. Após o alargamento da legislação do mercado interno aos países da EFTA-EEE, a transposição e a aplicação são acompanhadas pelo Órgão de Fiscalização da EFTA e pelo Tribunal da EFTA. O Órgão de Fiscalização da EFTA tem um painel de avaliação do mercado interno que supervisiona a aplicação da legislação nos países do EEE. Quando o Reino Unido se retirar da UE, sairá igualmente do EEE. Se quiser permanecer no mercado interno, poderá optar por voltar a aderir à EFTA e tornar-se membro do EEE através da EFTA. Sobre o tema, veja-se: ABRAMS Richard K., CORNELIUS Peter K., HEDFORS Per L., TERSMAN Gunnar, *The Impact of the European Community's Internal Market on the EFTA*, Washington-D.C, International Monetary Fund, 1990; EFTA Court (ed.), *The EEA and the EFTA COURT – Decentred Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

[719] Isto foi reforçado recentemente no acórdão Demirkan (Processo C-211/11 do TJUE, de 24 de setembro de 2013, nºs 55 e 56), onde o TJUE estabeleceu que o direito da UE não pode ser reduzido a normas que prossigam objetivos essencialmente económicos. Neste mesmo sentido, veja-se: MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 375.

espaço de livre circulação, onde podem ir, vir e estabelecer-se sob a proteção de valores e direitos fundamentais comuns[720] – daí decorre a sua dimensão jusfundamental[721].

Associado ao mercado interno, um outro objetivo da UE que merece igualmente destaque prende-se com a construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça (n.º 2 do artigo 3.º do TUE), cuja arquitetura foi planeada no âmbito da Cimeira de Tampere (1999)[722]. Naquela ocasião havia sido sublinhado que a integração europeia não se centra apenas em questões económicas, mas também no bem-estar de seus cidadãos. Em razão disso, para além da criação do mercado interno e de uma moeda única, o desafio seguinte consistiria em assegurar que o direito de livre circulação pudesse ser disfrutado em condições de segurança e de justiça acessíveis a todos[723]. Neste sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) logo estabeleceu, em seu preâmbulo, que, ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, a UE colocava o ser humano no cerne de sua ação. Isto viria a ser reforçado aquando da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009), que, além de dotar a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de efeito jurídico vinculativo, fez constar no n.º 2 do artigo 3.º do TUE e no título V do TFUE as disposições relativas ao "espaço de liberdade, segurança e justiça".

Interessa notar que, ao expor os objetivos da UE, o artigo 3.º do TUE privilegiou o espaço de liberdade, segurança e justiça, visto que foi disposto no inciso n.º 2, antecedendo à menção feita ao mercado interno, que consta no inciso n.º 3. Com base nesta ordem estabelecida entre os incisos do artigo 3.º do TUE, denota-se a importância dada aos indivíduos no processo de integração europeu. Isto coaduna-se igualmente com a medida anteriormente adotada pelo Tratado de Maastricht (1992), nomeadamente no que se refere à criação do estatuto de cidadania europeia, que se tornou na pedra

---

[720] Cfr. AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in *The Oxford Handbook*..., cit., p. 590.

[721] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p 375.

[722] A criação do espaço de liberdade, segurança e justiça assenta nos programas de Tampere (1999-2004), Haia (2004-2009) e Estocolmo (2010-2014). Em 1999, durante a cimeira de Tampere, foi lançada uma reflexão sobre a integração dos domínios da liberdade, segurança e justiça na União Europeia. Cinco anos mais tarde, o Programa de Haia prosseguiu a execução de uma política comum em matéria de imigração e de direito de asilo. Neste período foi criada a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como desenvolveu-se as atribuições da FRONTEX – Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas. De seguida, o Programa de Estocolmo definiu as últimas estratégias da programação legislativa e operacional no espaço de liberdade, segurança e justiça, nos termos do artigo 68 do TFUE. Em dezembro de 2014, terminado o período transitório de cinco anos previstos pelo Tratado de Lisboa, o espaço de liberdade, segurança e justiça foi definitivamente "comunitarizado". Desde então os programas foram substituídos por orientações políticas, tendo as primeiras sido aprovadas para 2015-2020 no Conselho Europeu de junho 2014, sob a forma de conclusões. De entre as principais prioridades, destacam-se: i) transpor, implementar e consolidar os instrumentos já em vigor; ii) Intensificar a cooperação policial, utilizando o potencial das tecnologias da informação e da comunicação; iii) aumentar o papel das várias agências europeias neste domínio; iv) criação do Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), com base no estatuto uniforme para aqueles a quem é dada proteção internacional; v) assegurar o uso estratégico dos fundos comunitários desta área.

[723] Cfr. Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999, disponível em «http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm», última visualização em 03-06-2019.

angular de todo o sistema internormativo europeu. Afinal, foi em função da cidadania europeia que o espaço de liberdade, segurança e justiça foi estabelecido e tem-se desenvolvido ao longo dos últimos anos.

A propósito, destaque-se as investidas feitas recentemente no sentido de adequar o espaço de liberdade, segurança e justiça à era digital, designadamente no campo da interoperabilidade entre os sistemas de informação na UE, com vista a reforçar a segurança dos cidadãos europeus, sobretudo após uma série de ataques terroristas e diante dos problemas migratórios enfrentados atualmente. Estas medidas inserem-se no Quadro Europeu da Interoperabilidade [724], o qual também visa disponibilizar aos cidadãos e às empresas, assim como aos serviços públicos, as oportunidades que a digitalização da economia e da sociedade tem para oferecer. Daí também decorre a ideia de implementar um Mercado Único Digital[725] e fortalecer as bases da *e-governance* na UE[726]. Em resumo, trata-se de um conjuto de medidas que buscam dinamizar as estruturas político-económicas na arena digital, com aspirações a refinar um novo modelo europeu de sociedade, tendo em vista, em última análise, a criação de uma sociedade digital inclusiva[727].

Considerando a extensa e variada gama dos objetivos acima referidos, importa verificar em que medida eles se inserem no quadro das competências atribuídas à UE, afinal, consoante o disposto no n.º 6 do artigo 3.º do TUE, "[a] União prossegue os seus objetivos pelos meios adequados, em função

---

[724] Sobre o Quadro Europeu de Interoperabilidade, veja-se a Comunicação da Comissão para o Parlamento Europeu, o Conselho, o Conselho Económico e Social Europeu e o Comité das Regiões "*European Interoperability Framework – Implementation Strategy*", Bruxelas, 23 de março de 2017, COM(2017) 134 final, disponível em «https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2c2f2554-0faf-11e7-8a35-01aa75ed71a1.0017.02/DOC_1&format=PDF», última visualização em 03-06-2019.

[725] O Mercado Único Digital pode ser compreendido como "um mercado em que é assegurada a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais e em que os cidadãos e as empresas podem beneficiar de um acesso sem descontinuidades a atividades em linha e desenvolver essas atividades em condições de concorrência leal e com um elevado nível de proteção dos consumidores e dos seus dados pessoais, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência". Cfr. Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa", Bruxelas, 06.05.2015, COM(2015) 192 final, disponível em «https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0192», última visualização em 03-06-2019.

[726] O plano de ação *e-Government* (2016-2020) visa tornar a administração pública mais aberta, eficiente e inclusiva a todos os cidadãos e empresas da UE. Para tanto, sugere a utilização de abordagens inovadoras para projetar e fornecer melhores serviços de acordo com as necessidades e demandas dos cidadãos e das empresas, bem como prevê que a administração pública explore os benefícios das tecnologias da informação e das comunicações oferecidas pelo novo ambiente digital para facilitar sua interação com e entre stakeholders além das fronteiras nacionais. Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Plano de ação europeu (2016-2020) para a administração pública em linha. Acelerar a transformação digital da administração pública" Bruxelas, 19.04.2016, COM (2016) 179 final, disponível em «https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0179&from=EN», última visualização em 03-06-2019. Sobre o tema, veja-se: CRIADO J. Ignacio, Interoperability of eGovernance for Building Intergovernmental Integration in the European Union, *Social Science Computer Review*, vol. 30, n.º 1, 2012, p. 37-60.

[727] Neste sentido, veja-se: FERNANDES Sophie Perez, Mercado Único Digital e coordenação dos sistemas de segurança social – soluções de interoperabilidade ao serviço da proteção social, *UNIO – EU Law Journal*, vol. 4, n.º 2, 2018, p. 22.

das competências que lhe são atribuídas nos Tratados"[728]. Assim sendo, o legislador ou o intérprete das normas de direito da UE não pode agir automaticamente justificando suas ações à luz da consecução dos objetivos previstos nos Tratados. O legislador ou o intérprete das normas de direito da UE deve atender aos objetivos com base nas competências que lhe foram atribuídas nos Tratados. Por outras palavras, a ação do legislador ou do intérprete das normas de direito da UE deve ser orientada pelos objetivos a serem alcançados, porém, para justificar o seu poder de ação, deve pautar-se nas bases jurídicas constantes nos Tratados. Estas bases jurídicas determinam a extensão do âmbito de atuação da UE, sendo decisivas quando da adoção de uma norma[729].

Inicialmente, no período compreendido entre a fundação da Comunidade Europeia e o fim da década de 1980, as questões relacionadas à competência eram um assunto completamente lateral ao processo de integração europeu[730], principalmente porque as decisões eram tomadas atendendo ao requisito da unanimidade no Conselho. Neste sentido, os Tratados de Roma (1957) apenas haviam introduzido um sistema de divisão funcional de competências, nos temos do qual os Tratados enunciavam os fins da Comunidade, bem como os meios de que esta dispunha para os alcançar. Assim sendo, a atuação da Comunidade devia balizar-se dentro dos limites definidos por estas duas cláusulas: meios e fins[731]. Isto significa que uma ação considerada necessária para atingir os objetivos previstos nos Tratados não podia vir desacompanhada das competências correspondentes para tanto.

Contudo, após o Ato Único Europeu (1986), quando os Estados-Membros abandonaram o veto em detrimento do voto por maioria qualificada sobre medidas de harmonização para a realização do mercado único europeu, o método introduzido pelos Tratados de Roma já não permitia estabelecer uma definição muito clara em relação à repartição de competências entre a então Comunidade e os Estados-Membros, pelo que suscitava problemas quanto ao equilíbrio institucional. É por isso que desde então o tema da repartição de competências passou a merecer cada vez mais atenção[732]. Destaca-se, neste sentido, a Declaração de Laeken (2001), cujas reflexões permitiram fosse

[728] Para Miguel Poiares Maduro não existe uma transferência de poderes dos Estados-Membros para a União Europeia, por isso não existe um acordo sobre quem detém a competência das competências. Cfr. POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*..., cit., p. 263; Joaquim Freitas da Rocha, por sua vez, entende que não existe ainda uma soberania europeia, pelo que as suas competências são sempre limitadas e determinadas por atribuição. Cfr. FREITAS DA ROCHA Joaquim, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos. Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 205; J. J. Gomes Canotilho, no entanto, afirma que a "Constituição europeia" não substitui as constituições nacionais quanto ao problema da *Kompetenz-Kompetenz*, porque a delimitação das competências da UE se rege pelo princípio da atribuição. Contudo, ainda que o direito constitucional europeu continuasse a ser de "restos" de atribuições, isto se reativizaria com o crescente *spillover* de atribuição por parte das instituições da UE. Cfr. GOMES CANOTILHO J. J., *Brancosos e Interconstitucionalidade*..., cit., p. 256-257.

[729] Cfr. LENAERTS Koen; VAN NUFFEL Piet, *European Union Law*, 3.° ed., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 292 e 298.

[730] Cfr. SOARES António Goucha, A Divisão de Competências..., cit., p. 55.

[731] Cfr. SOARES António Goucha, A Divisão de Competências..., cit., p. 55.

[732] Cfr. WEATHERILL Stephen, Why Harmonise?, in *EU Law for the XXI*..., cit., 2, p. 23.

introduzido, posteriormente, um catálogo de competências no Tratado de Lisboa, o qual se faz presente nas disposições do artigo 5.º do TUE, dos artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º do TFUE e do Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade.

Restando então plasmado nos Tratados uma melhor definição quanto à repartição de competências, todas a vezes que a UE alega possuir poder de ação com base nos objetivos a serem alcançados, o exercício deste poder há de ser devidamente justificado conforme os princípios da atribuição, da proporcionalidade e da subsidiariedade (n.º 1 do artigo 5.º do TUE). Quanto ao princípio da atribuição, o TUE foi enfático ao enunciar que as competências que não sejam expressamente atribuídas à UE permanecem na titularidade dos Estados-Membros (n.º 1 do artigo 4.º e n.º 2 do artigo 5.º – segunda parte). Pode assim dizer-se que o princípio da atribuição constitui a base da repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros. Em virtude do princípio da atribuição, a UE age apenas dentro dos limites das competências que lhe foram atribuídas pelos Estados-Membros, ou seja, seus poderes de ação não podem ir além das competências estabelecidas nos Tratados (n.º 2 do artigo 5.º – primeira parte)[733]. Por conseguinte, a UE deve associar qualquer ato que adote a uma disposição dos Tratados que a habilite a aprovar esse ato[734].

Consoante o disposto no n.º 6 do artigo 2.º do TFUE, "[a] extensão e as regras de exercício das competências da União são determinadas pelas disposições dos Tratados relativas a cada domínio". Este dispositivo remete à parte III do TFUE, relativa às políticas e às ações internas da UE, que se estende desde o artigo 26.º até o artigo 197.º do TFUE. Ali estão descritos os domínios, os objetivos e os procedimentos que recaem no âmbito das competências atribuídas à UE. Algumas disposições são específicas a determinados setores, por exemplo: a UE pode adotar normas relacionadas à proteção ambiental dentro dos parâmetros estabelecidos pelos artigos 191.º a 193.º do TFUE; ou à política agrícola e das pescas, que está sujeita à regulamentação prevista nos artigos 38.º a 44.º do TFUE.

Com base no princípio da atribuição, o TFUE enumerou ainda em seus artigos 3.º, 4.º, 5.º e 6.º as matérias que são de competência exclusiva, partilhada, paralela e complementar da UE. Uma das características que distingue a UE das organizações intergovernamentais tem a ver precisamente com a autonomia da sua capacidade regulamentatória, especialmente no que se refere ao poder de exercer competência exclusiva[735]. No âmbito da competência exclusiva, só a UE pode legislar e adotar

[733] Neste mesmo sentido, o n.º 1 do artigo 6 do TUE dispõe que "[a] União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...], que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados".

[734] Veja-se o parecer 2/00 do TJUE, *Protocolo de Cartagena sobre Biosegurança*, de 6 de dezembro de 2001, n.º 5.

[735] Cfr. ROSAS Allan, EU External Relations: Exclusive Competence Revisited, *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n.º 4, 2015, p. 1073.

atos vinculativos. Isto significa que os Estados-Membros não podem tomar a iniciativa, cabendo-lhes apenas uma intervenção secundária ou subordinada (n.º 1 do artigo 2.º do TFUE). Deste modo, nas situações em que a UE detém competência exclusiva para adotar atos juridicamente vinculativos, é vedada a intervenção estadual sem expressa habilitação, sendo que qualquer violação neste sentido enseja uma ação por incumprimento (artigos 258.º a 260.º do TFUE)[736].

Atualmente o n.º 1 do artigo 3.º do TFUE atribui expressamente competência exclusiva à UE nos seguintes domínios: a) união aduaneira; b) estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; c) política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro; d) conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; e e) política comercial comum. Frise-se que os domínios remetem à base sobre a qual a UE está habilitada a adotar atos jurídicos. Considerando assim, por exemplo, que a UE tem competência exclusiva para estabelecer regras de concorrência, deve presumir-se que esta competência está relacionada de alguma forma com a necessidade da sua intervenção no sentido de garantir o funcionamento do mercado interno. Caso contrário os Estados-Membros perderiam completamente o poder de regulamentar sobre matérias de política de concorrência, mesmo nos casos onde se verificassem situações puramente internas[737]. Por conseguinte, a UE possui competências exclusivas somente se puder comprovar que as operações comerciais realizadas entre os Estados-Membros são afetadas e que as suas regras tratam, de uma forma ou de outra, da política da concorrência. As regras do mercado interno que não tratam da política de concorrência – como as diretivas relativas à publicidade do tabaco, conforme decisão do TJUE no âmbito do caso "Publicidade e patrocínio de produtos de tabaco"[738] – inserem-se na política do mercado interno e, por conseguinte, no âmbito da categoria das competências partilhadas entre a UE e os Estados-Membros.

Antes de tecer algumas considerações sobre as competências partilhadas, note-se que o n.º 2 do artigo 3.º do TFUE ainda atribui à UE competência exclusiva para celebrar acordos internacionais, mesmo que a matéria não recaia em nenhuma das categorias enumeradas no n.º 1 do artigo 3.º do TFUE[739]. Esta disposição, introduzida pelo Tratado de Lisboa, acompanha a jurisprudência anterior do

[736] Neste sentido, veja-se: ABREU Joana Covelo, Ação por incumprimento in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 15-18.

[737] Cfr. OOIK Ronald van, The European Court of Justice and the Division of Competences in the European Union, in OBRADOVIC Daniela e LAVRANOS Nikolaos (cords.), *Interface between EU law and national law proceedings of the annual Colloquium of the G.K. van Hogendorp Centre for European Constitutional Studies*, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2007, p. 15.

[738] Acórdão *Alemanha c. Parlamento Europeu e Conselho*, processo C-376/98 do TJUE, de 5 de outubro de 2000.

[739] Cfr. ROSAS Allan, EU External Relations..., cit., p. 1073.

TJUE[740]. Desde a famosa decisão sobre o Acordo europeu relativo ao trabalho das tripulações de veículos que efetuam transportes internacionais rodoviários (AETR), o TJUE já havia esclarecido que a competência da UE para assumir compromissos internacionais decorre não só de uma atribuição explícita, mas também deriva de forma implícita de outras disposições que estabelecem a competência interna[741]. Esta afirmação conduziu imediatamente ao que ficou conhecido como competência "implícita"[742], que anteriormente, no acórdão *Fédération Charbonnière de Belgique*[743], havia sido incluída pelo TJUE como parte dos princípios gerais do direito da UE. Isto significa que sempre que os Tratados confiram competências à UE no plano interno, com vista à realização de um objetivo determinado, a UE é investida igualmente de competência para assumir as obrigações internacionais necessárias à realização desse objetivo – o âmbito deste poder está limitado ao objetivo –, mesmo na falta de uma disposição expressa nesse sentido[744].

Em relação às competências partilhadas, tanto a UE quanto os Estados-Membros estão habilitados a legislar e adotar atos juridicamente vinculativos. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a UE não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a UE tenha decidido deixar de exercer a sua (n.º 2 do artigo 2.º do TFUE). Aqui a orientação sobre o modo como a UE deve exercer as suas competências em relação aos Estados-Membros é feita à luz dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade[745].

O princípio da proporcionalidade indica que as ações da UE não devem exceder o necessário para atingir os objetivos previstos nos Tratados (n.º 4 do artigo 5.º do TUE). Por outras palavras, devem

---

[740] As circunstâncias em que a UE dispõe de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais, elencadas no n.º 2 do artigo 3 do TFUE (quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União Europeia; quando tal celebração seja necessária para dar à União Europeia a possibilidade de exercer a sua competência interna; ou na medida em que tal celebração seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas), refletem em grande medida a jurisprudência anterior do TJUE. O primeiro pressuposto reflete em parte o parecer 1/94, *Acordos Anexos ao Acordo OMC*, de 15 de novembro de 1994, n.º 95; o segundo pressuposto reflete o parecer 1/76 do TJUE, *Acordo que institui um Fundo de Imobilização da Navegação Interior*, de 26 de abril de 1977, n.º 3; o terceiro e quarto pressupostos refletem o princípio estabelecido no acórdão *AERT* , processo 22/70 do TJUE, de 31 de março de 1971, n.º 17 e 18.

[741] Acórdão *Comissão c. Conselho*, processo C-22/70 do TJUE, de 31 de março de 1971, n.º 16.

[742] Cfr. ROSAS Allan, EU External Relations..., cit., p. 1077.

[743] Acórdão *Fédération Charbonnière de Belgique*, processo 8/55 do TJUE, de 29 de novembro de 1956, p. 94.

[744] Nos termos Parecer 2/94 do TJUE, *Adesão da Comunidade à CEDH,* de 28 de março de 1996, a UE atua nos limites das atribuições que lhe foram conferidas e dos objetivos que lhe foram cometidos pelos Tratados. O respeito deste princípio da atribuição de competências é exigível tanto para a ação interna como para a ação internacional da UE. A UE age normalmente com base em competências específicas, não sendo necessário que resultem expressamente de disposições específicas dos Tratados, podendo igualmente ser deduzidas, de forma implícita, dessas disposições (n.ºs 23 a 25). Recentemente, este entendimento foi reiterado pelas conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston apresentadas em 21 de dezembro de 2016 no parecer 2/15 do TJUE, EUSFTA – *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*, de 16 de maio de 2017.

[746] Cfr. DŁUGOSZ Joanna, The Principle of Proportionality in European Union Law as a Prerequisite for Penalization, *Adam Mickiewicz University Law Review*, vol. 7, 2017, p. 285.

ser evitadas todas as medidas da UE que possam ter mais custos do que benefícios[746]. Sua atual previsão nos Tratados recupera a disposição antes introduzida pelo Tratado de Maastricht, porém deriva sobretudo do processo de constitucionalização da UE levado a cabo pela jurisprudência do TJUE. Nas primeiras decisões do TJUE, o princípio da proporcionalidade não era considerado um princípio geral de direito, tendo apenas adquirido este *status* a partir dos acórdãos proferidos na década de 1970[747]. A propósito, destaque-se o acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, no qual o TJUE estabeleceu que a liberdade de ação dos particulares não devia ser limitada para além do necessário à consecução dos fins de interesse público[748]. Nos acórdãos sucessivos, o TJUE foi alargando o alcance do princípio da proporcionalidade, especialmente no que tange ao exercício das competências atribuídas à UE, tendo afirmado, no processo *Fromançais/Forma*, que para determinar se uma disposição de direito da UE está em conformidade com o princípio da proporcionalidade, é necessário estabelecer, em primeiro lugar, se os meios empregados para atingir o seu objetivo correspondem à importância do objetivo e, em segundo lugar, se eles são necessários para a sua realização[749]. Desde então o princípio da proporcionalidade passou a impor um limite material e formal ao exercício das competências da UE, ao exigir um equilíbrio entre os meios utilizados e os resultados a serem alcançados. Assim sendo, o princípio da proporcionalidade deve ser levado em consideração no exercício de quaisquer competências, não se limitando ao âmbito das partilhadas.[750].

Diferentemente, o princípio da subsidiariedade só faz sentido no âmbito das competências partilhadas, constituindo um princípio de fundamental importância em matéria de repartição de competências, uma vez que assegura a paridade e o equilíbrio institucional[751]. De acordo com o n.º 3 do artigo 5.º do TUE, em virtude do princípio da subsidiariedade, a UE intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros. Para tanto, de acordo com o Protocolo n.º 2, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, a Comissão deve fundamentar as razões da sua iniciativa incluindo dados qualitativos e quantificativos que permitam concluir que um determinado objetivo pode

---

[746] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 90-91.

[747] Cfr. DŁUGOSZ Joanna, The Principle of Proportionality..., cit., p. 286.

[748] Cfr. Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, processo C-11/70 do TJUE, de 17 de dezembro de 1970, nºs 20 e 25.

[749] Acórdão *Fromançais c. Forma*, processo 66/82 do TJUE, de 23 de fevereiro de 1983, n.º 8.

[750] Cfr. PETRIĆ Davor, The principle of subsidiarity in the European Union: 'Gobbledygook' entrapped between justiciability and political scrutiny? The way forward, *Zagrebačka Pravna Revija*, vol. 6, n.º 3, 2017, p. 296.

[751] De acordo com Alessandra Silveira, a subsidiariedade não se cinge ao exercício das competências partilhadas, pois funciona como um requerimento de justificação imposto sobre o poder central e tendente a legitimar as suas intervenções, na medida em que o obriga a fazer prova de que prossegue efetivamente os objetivos do fundamento jurídico invocado para atuar. Neste sentido, veja-se: SILVEIRA Alessandra, Sull'esercizio delle competenze dell'Unione europea: il Parlamento portoghese e il giudizio di conformità al principio di sussidiarietà, in *Il ruolo dei parlamenti nazionali*..., cit., p. 284-285.

ser melhor alcançado a nível da UE (artigo 5.º do Protocolo n.º 2)[752]. Existem ainda acordos interinstitucionais, tais como o "Acordo sobre Legislar Melhor", que obriga a Comissão a clarificar, na sua exposição de motivos, como suas propostas legislativas são justificadas à luz do princípio da subsidiariedade, tendo em consideração o impacto de suas medidas em termos da necessidade de harmonização[753].

As competências partilhadas estão elencadas no n.º 2 do artigo 4.º do TFUE, contemplando os seguintes domínios: a) mercado interno; b) política social, no que se refere aos aspectos definidos no TFUE; c) coesão económica, social e territorial; d) agricultura e pescas, com exceção da conservação dos recursos biológicos do mar; e) ambiente; f) defesa dos consumidores; g) transportes; h) redes transeuropeias; i) energia; j) espaço de liberdade, segurança e justiça; e k) problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no TFUE.

Ao abrigo do n.º 2 do artigo 2.º do TFUE, a UE dispõe de um direito de preempção, ou seja, pode optar por exercer a sua competência em qualquer um dos domínios acima citados. Quando a UE exerce o seu direito de preempção, os Estados-Membros deixam de poder exercer a sua competência partilhada. Isto porque ao chamar para si uma das matérias previstas no n.º 2 do artigo 4.º do TFUE, a UE passa a dispor de competência exclusiva nesse aspecto específico[754]. Contudo, há de fazer-se uma diferença entre as competências exclusivas que são conferidas à UE pelo n.º 1 do artigo 3.º do TFUE, e as competências que se tornam exclusivas da UE através do direito de preempção previsto no n.º 2 do artigo 2.º do TFUE. Uma competência exclusiva da UE nunca pode (salvo alteração nos Tratados) ser convertida numa competência não exclusiva da UE. Em contrapartida, é teoricamente possível que um

---

[752] Esta tarefa é coadjuvada pelo Parlamento Europeu e pelos Parlamentos nacionais. O Regimento do Parlamento Europeu prevê que durante a análise de uma proposta de ato legislativo, o Parlamento Europeu deve prestar particular atenção ao respeito pelo princípio da subsidiariedade. O artigo 6 do Protocolo n.º 2 estabelece que os Parlamentos nacionais podem apresentar um parecer com as razões pelas quais considera que o projeto de um ato legislativo não obedece ao princípio da subsidiariedade. Embora os parlamentos nacionais não possam bloquear expressamente uma proposta legislativa, mas apenas provocar uma revisão, as objeções levantadas por um número significativo de parlamentos nacionais podem influenciar a decisão da instituição de origem da proposta. É difícil imaginar, por exemplo, que a Comissão ignore completamente as objeções feitas pelos parlamentos nacionais e corra o risco de uma reação política. Contudo, se a Comissão decidir manter a proposta inalterada, tem de apresentar o seu próprio parecer fundamentado, explicando porque entende que proposta está em conformidade com a subsidiariedade (artigo 7 do Protocolo n.º 2). Sobre o papel dos parlamentos nacionais e o princípio da subsidiariedade, veja-se: BARUFFI Maria Caterina, Il Trattato di Lisbona tra Vecchio e Nuovo, in BARUFFI Maria Caterina (coord), *Dalla Costituzione Europea al Trattato di Lisbona*, Verona, CEDAM, 2008, p. 22-27; DE BELLIS Saverio, L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona, *Studi sull'integrazione europea*, anno V, n.º 3, 2010, p. 621-629; e PETRIĆ Davor, The principle of subsidiarity..., cit., p. 308.

[753] Comunicação da Comissão para o Parlamento Europeu e o Conselho "*Proposal for an Interinstitutional Agreement on Better Regulation*", Strasbourg, 19 de maio de 2015, COM(2015) 216 final, disponível em «http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9121-2015-INIT/en/pdf», última visualização em 03-06-2019.

[754] Cfr. Conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston apresentadas em 21 de dezembro de 2016 no parecer 2/15 do TJUE, EUSFTA – *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*, de 16 de maio de 2017, considerando n.º 61.

domínio abrangido por legislação da UE adotada no exercício do referido direito de preempção possa ser recuperado pelos Estados-Membros – basta que a UE decida não legislar e revogue a legislação da UE existente neste domínio[755]. O único artigo do Protocolo n.º 25 anexo ao TFUE, relativo ao exercício das competências partilhadas, ainda dispõe que quando a UE toma medidas num determinado domínio, o âmbito desse exercício de competências abrange apenas os elementos regidos pelo ato da UE em causa e, por conseguinte, não abrange o domínio na sua totalidade. Se a UE deixa de agir relativamente a uma parte específica de determinada competência partilhada, essa competência é recuperada pelos Estados-Membros. Isto significa que qualquer competência num domínio partilhado é exercida ou pela UE ou pelos Estados-Membros, sendo que a soma das partes deve corresponder sempre ao todo[756].

Ressalte-se que, diferentemente das matérias arroladas no n.º 2 do artigo 4.º do TFUE, as que constam nos incisos n.ºs 3 e 4 do artigo 4.º do TFUE, embora estejam sob a epígrafe das competências partilhadas, referem-se ao rol das competências paralelas. Verifica-se aqui uma atuação paritária entre a UE e os Estados-Membros, onde cada um pode definir e executar programas, desenvolver ações ou uma política comum sem que isto implique exclusão de competências um do outro[757]. Assim sendo, nos domínios da investigação, do desenvolvimento tecnológico e do espaço, a UE dispõe de competências para desenvolver ações, nomeadamente para definir e executar programas; bem como ainda dispõe de competências para desenvolver ações e uma política comum nos domínios da cooperação para o desenvolvimento e da ajuda humanitária, sem que o exercício dessa competência possa impedir os Estados-Membros de exercerem a sua.

As competências complementares, por sua vez, referem-se àquelas segundo as quais a UE adota medidas destinadas a apoiar as políticas dos Estados-Membros no sentido de servirem finalidades europeias[758]. Nos termos do artigo 5.º do TFUE, o Conselho pode adotar medidas tendentes a orientar políticas económicas, nomeadamente no que se refere à definição de diretrizes no âmbito das políticas de emprego e das políticas sociais dos Estados-Membros. Ainda de acordo com o artigo 6.º do TFUE, a UE dispõe de competência para desenvolver iniciativas de apoio, coordenação e complementação da ação dos Estados-Membros nos seguintes domínios: a) proteção e melhoria da

[755] Cfr. Conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston apresentadas em 21 de dezembro de 2016 no parecer 2/15 do TJUE, EUSFTA – *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*, de 16 de maio de 2017, considerando n.º 59.

[756] Cfr. Conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston apresentadas em 21 de dezembro de 2016 no parecer 2/15 do TJUE, EUSFTA – *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*, de 16 de maio de 2017, considerando n.º 61.

[757] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 107.

[758] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 107.

saúde humana; b) indústria; c) cultura; d) turismo; e) educação, formação profissional, juventude e desporto; f) proteção civil; e g) cooperação administrativa.

Para além das competências até agora mencionadas, o artigo 24.º do TUE estabelece que a UE é competente em todos os domínios da política externa e da segurança comum. Os Estados-Membros consultam-se mutuamente no seio do Conselho sobre qualquer questão relacionada com assuntos externos e política de segurança que seja de interesse geral, de modo a assegurar que a influência da UE seja exercida da forma mais eficiente possível através de uma ação concertada e convergente [759]. Todavia, a UE não pode adotar atos legislativos, bem como o TJUE não tem competência para decidir no âmbito deste domínio, salvo para verificar a observância do artigo 40.º do TUE e fiscalizar a legalidade de determinadas decisões a que se refere o segundo parágrafo do artigo 275.º do TFUE.

Por fim, interessa notar que existem duas disposições do TFUE que conferem uma competência particularmente ampla à UE, quais sejam, os artigos 352.º e 114.º do TFUE. Não é da competência do legislador da UE ultrapassar os limites estabelecidos pelo princípio da atribuição. Aliás, a violação do princípio da atribuição configura uma perturbação ao equilíbrio institucional entre a UE e os Estados-Membros, podendo despoletar um controlo *ultra vires* pelas jurisdições nacionais [760]. Contudo, estas duas referidas disposições parecem desafiar os limites da competência atribuída à UE. Isto porque, na ausência de poderes de ação necessários para a realização de um dos objetivos definidos pelos Tratados, a UE pode recorrer ao artigo 352.º do TFUE para adotar as disposições adequadas. Sua missão consiste, pois, em colmatar as lacunas dos Tratados. Em razão disso, trata-se de um dispositivo que ficou conhecido como "cláusula de flexibilidade"[761] ou "cláusula residual"[762]. De qualquer modo, sublinhe-se que o artigo 352.º do TFUE não pode ser utilizado a menos que suas pré-condições sejam atendidas[763], quais sejam, a deliberação por unanimidade (n.º 1 do artigo 352.º do TFUE) e as restrições impostas pelos seus incisos n.ºs 3 e 4[764].

[759] Cfr. CIONGARU Emilian, Principles of the Exercise of the European Union Competences, *Acta Juridica Hungarica*, vol. 55, n.º 2, 2014, p. 129-130.

[760] Cfr. MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 88-89.

[761] Cfr. CIONGARU Emilian, Principles of the Exercise..., cit., p. 130.

[762] MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 32.

[763] Cfr. WEATHERILL Stephen, *Cases and Materials on EU Law*, 12.ª ed., Oxford, Oxford University Press, p. 32.

[764] De acordo com o n.º 3, as medidas baseadas no artigo 352 do TFUE não "podem implicar a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos casos em que os Tratados excluam tal harmonização"; e o n.º4 dispõe que o artigo 352 do TFUE "não pode constituir fundamento para prosseguir objetivos do âmbito da política externa e de segurança comum e qualquer ato adotado por força do artigo 352 do TFUE deve respeitar os limites estabelecidos no segundo parágrafo do artigo 40 do TUE".

O mesmo se aplica ao artigo 114.º do TFUE, que confere competências à UE para realizar os objetivos enunciados no artigo 26.º do TFUE (relacionados ao mercado interno)[765]. Trata-se de uma base geral que não indica exatamente sobre quais setores do mercado interno recaem as medidas de harmonização[766]. Contudo, o fato de o artigo 114.º do TFUE constituir uma base jurídica geral não significa que a UE tem uma competência geral para regulamentar o mercado interno. As medidas de harmonização jurídica com base no artigo 114.º do TFUE só são possíveis quando têm por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, devendo ainda ser utilizadas apenas quando nenhuma outra disposição mais específica aplica-se ao caso em questão[767]. Não obstante a natureza ampla das disposições do artigo 114.º do TFUE, em grande parte devido à própria abrangência do artigo 26.º do TFUE, frise-se que o artigo 114.º do TFUE serve de base aos poderes de harmonização jurídica, não constituindo um poder geral da UE para regulamentar o mercado interno[768]. Em razão disso, a mera constatação de disparidades entre as legislações nacionais não se afigura motivo suficiente para recorrer ao artigo 114.º do TFUE, se estas disparidades não têm o condão de obstaculizar as liberdades fundamentais e, por conseguinte, afetar diretamente o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno[769].

Ao confrontar os objetivos e as competências estabelecidos nos Tratados, é possível perceber que alguns destes objetivos ultrapassam às competências atribuídas à UE. Isto aplica-se a muitos domínios relacionados ao espaço de liberdade, segurança e justiça, quando estão em causa, por exemplo, a cidadania europeia e a liberdade de circulação, permanência e residência num dos Estados-Membros. O mesmo sucede em domínios tais como a tributação direta, organização da segurança social e do sistema de saúde, ou a adoção de medidas adequadas a garantir a segurança interna e externa. A ausência de poder de ação da UE nestes domínios não significa, no entanto, que os objetivos que deles decorrem não podem ser alcançados, simplesmente inviabiliza a realização da harmonização jurídica – que, por evitar conflitos normativos, em muito facilitaria a realização de tais objetivos[770].

---

[765] Cfr. WEATHERILL Stephen, *Cases and Materials*..., cit., p. 33.

[766] Cfr. WALLGREN Malin, *Exploring the outer limits*..., cit., p. 24.

[767] Cfr. WEATHERILL Stephen, *Cases and Materials*..., cit., p. 33.

[768] Cfr. WALLGREN Malin, *Exploring the outer limits*..., cit., p. 25.

[769] Neste sentido, veja-se o acórdão *Alemanha c. Parlamento e Conselho*, processo C-376/98 do TJUE, de 5 de outubro de 2000, n.os 84 e 95; acórdão *British American Tobacco e Imperial Tobacco*, processo C-491/01 do TJUE, de 10 de dezembro de 2002, n.os 59 e 60; acórdão *Vodafone*, C-58/08 do TJUE, de 8 de junho de 2010, n.º 32.

[770] No âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça estão previstas apenas as medidas de harmonização contempladas nos artigos 81.º a 83.º do TFUE. O artigo 81.º do TFUE, relativo à cooperação judiciária em matéria civil, legitima o recurso à aproximação das legislações nacionais no sentido de reforçar essa cooperação, no entanto apenas se isso se justificar ao bom funcionamento do mercado interno (n.º 2 do artigo 81.ª do TFUE). No que diz

Nos casos em que os Estados-Membros assumem as competências remanescentes (não atribuídas à UE), para que os objetivos previstos nos Tratados possam ser realizados, há de recorrer-se a medidas alternativas à harmonização jurídica, como por exemplo o reconhecimento mútuo, que foi acolhido nos Tratados como um princípio geral de direito da UE (veja-se os artigos 53.º, 70.º, 81.º, 82.º e 87.º do TFUE). Conforme mencionado alhures, trata-se de um procedimento alternativo para superar a oposição dos Estados-Membros às medidas de harmonização jurídica[771]. Devido ao fato de permitir uma maior flexibilidade, o reconhecimento mútuo exige formalidades bem mais simples de coordenação entre os ordenamentos jurídicos nacionais.

O reconhecimento mútuo não se restringe, no entanto, ao espaço de liberdade, segurança e justiça, visto que também é utilizado como uma ferramenta coadjuvante no âmbito do funcionamento do mercado interno – aliás, o reconhecimento mútuo nasce como uma ferramenta chave para o desenvolvimento inicial do mercado interno, sendo sua utilização expandida, na sequência, para o espaço de liberdade, segurança e justiça. Todavia, se, por um lado, no contexto do mercado interno o reconhecimento mútuo apoia a liberdade individual, por outro lado, no âmbito do espaço de liberdade segurança e justiça o reconhecimento mútuo limita a liberdade individual. A fim de estabelecer o mercado interno, o reconhecimento mútuo foi entendido como um instrumento que permite os operadores económicos exercerem atividades económicas no Estado-Membro de acolhimento em conformidade com as normas do Estado-Membro de origem[772]. Diferentemente, ao favorecer a aplicação extraterritorial de decisões judiciais em matérias civis ou criminais que possam envolver a aplicação de medidas coercitivas, o reconhecimento mútuo contribui para o exercício efetivo do poder público pelos Estados-Membros. Ao produzir este efeito, o reconhecimento mútuo limita a liberdade individual. Isto significa que na ordem jurídica europeia tanto a liberdade individual quanto o interesse público estão sujeitos a limitações. A aplicação bem sucedida do princípio do reconhecimento mútuo exige, portanto, um justo equilíbrio entre a liberdade individual e os interesses públicos[773].

Não só o princípio do reconhecimento mútuo, mas os princípios gerais do direito da UE de um modo em geral estabelecem limites à liberdade individual e ao interesse público, pelo que são utilizados como diretrizes para interpretar as disposições de direito da UE. Assim sendo, os princípios gerais do direito da UE têm a capacidade de assegurar uma certa coerência ao sistema internormativo,

---

respeito à cooperação judiciária em matéria penal, a funcionalidade da aproximação entre legislações das legislações está consagrada no artigo 67.º, §3.º do TFUE e especificada nos artigos 82.º, §2.º e 83.º do TFUE.

[771] Em sentido semelhante, veja-se: AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in *The Oxford Handbook*..., cit., p. 594-595.

[772] Cfr. BARNARD Catherine, *The Substantive Law*..., cit., p. 93.

[773] Cfr. MÖSTL Markus, Preconditions and Limits of Mutual Recognition, *Common Market Law Review*, vol. 47, n.º2, 2010, p. 405.

na medida em que estabelecem um *standard* europeu até mesmo em domínios que não são da competência da UE. Isto dá-se porque o âmbito de aplicação do direito da UE é mais amplo do que aquele resulta das suas competências[774]. Todas as vezes que uma disposição nacional conflitua ou obstaculiza os resultados do direito da UE, diz-se que entra no âmbito de aplicação do direito da UE, estendendo-se aí a aplicação do *standard* europeu. Ressalte-se que o *standard* europeu não resulta de uma medida impositiva, mas antes decorre da internormatividade que fundamenta e legitima a ordem jurídica da UE. A propósito, cite-se os direitos fundamentais, que foram estabelecidos na ordem jurídica europeia a partir dos valores e das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (n.º 3 do artigo 6.º do TFUE). Com base na conexão estabelecida pela jurisprudência do TJUE, no sentido de que os Tratados protegem os direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros enquanto princípios gerais do direito da UE[775], os direitos fundamentais tornaram-se potenciais catalisadores do programa de harmonização jurídica. Além disso, uma interpretação baseada em valores e princípios de direito fundamental torna explícita a teoria social subjacente às decisões do TJUE[776].

No acórdão *Sayn Wittgenstein*, por exemplo, o TJUE afirmou que o respeito ao princípio da igualdade de tratamento, consagrado no direito constitucional austríaco, reflete um valor importante que deve ser reconhecido como um princípio geral de direito que orienta a interpretação do direito de livre circulação, podendo ainda restringir em última análise a sua aplicação[777]. Em sentido semelhante foi o entendimento do TJUE no acórdão *Schmidberger.* Neste caso, o governo austríaco havia autorizado a realização de uma manifestação que reivindicava a redução do tráfego e protestava contra a poluição sonora daí resultante na região dos Alpes. Contudo, a referida manifestação bloqueou a circulação numa auto-estrada, impedindo Schmidberger, uma empresa de transporte alemão, de transportar mercadorias da Alemanha através da Áustria para a Itália. De acordo com a interpretação do TJUE, a proteção dos direitos fundamentais (nomedamente a liberdade de expressão e a liberdade de reunião, cuja previsão decorre não só das constituições nacionais, mas também da Convenção Europeia de Direitos do Homem ratificada pelos Estados-Membros) poderia justificar uma restrição às liberdades fundamentais. Em razão disso, pese o impacto negativo causado à livre circulação, tendo

[774] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., p. 15.

[775] Neste sentido veja-se o acórdão *Stauder*, processo C-29/69 do TJUE, de 12 de novembro de 1969; acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, processo C-11/70 do TJUE, de 17 de dezembro de 1970.

[776] Jürgen Habermas enfatiza a importância de um paradigma para orientar o processo de interpretação. O paradigma do direito baseia-se em uma teoria social implícita do sistema jurídico. Neste sentido, veja-se: HABERMAS Jürgen, *Between Facts and Norms – Contributions to a Discourse Theory of Law*, Boston, Blackwell Publishing, 1998, p. 194–195.

[777] Acórdão *Sayn-Wittgenstein*, processo C-208/09 do TJUE, de 22 de dezembro de 2010, n.º 89.

em vista a necessidade de garantir-se o respeito pelos direitos fudamentais, as autoridades nacionais tinham o direito de autorizar a referida manifestação[778].

Nesta mesma esteira vale ainda mencionar a decisão do TJUE no acórdão Mangold[779]. Em suma, a Alemanhã havia adotado uma norma (resultante da transposição da Diretiva 1999/70/CE, relativa a contratos de trabalho a termo) que discriminava os trabalhadores mais velhos em relação aos mais jovens. Em virtude do princípio da não discriminação em razão da idade, que consiste na expressão do princípio geral da igualdade na ordem jurídica da UE, o TJUE determinou que a escolha do legislador alemão sobre uma solução adequada ao transpor uma diretiva estava limitada a este referido princípio. Portanto, a partir do momento em que os direitos fundamentais foram reconhecidos pela ordem jurídica europeia, enquanto princípios gerais do direito da UE (hoje consagrados igualmente na CDFUE), passaram a atuar como um *standard* de proteção que afeta as liberdades individuais e limita a autonomia dos Estados-Membros quando implementam e aplicam o direito da UE[780].

Além do mais, sempre que a implementação e/ou a aplicação dos direitos fundamentais nacionais possa afetar a efetividade do direito da UE, seu nível de proteção deve coincidir com aquele que é conferido pelos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica da UE (leia-se a CDFUE). Nos acórdãos *Melloni*[781] e *Taricco*[782], por exemplo, devido ao fato de a aplicação dos direitos fundamentais nacionais afetarem a efetividade do direito da UE, a proteção dos direitos fundamentais naqueles casos foi garantida pela CDFUE. Recentemente, no entanto, no acórdão *M.A.S.*[783], o TJUE fez uma ponderação entre a efetividade do direito da UE e a proteção dos direitos fundamentais, reconhecendo a possibilidade de os juízes nacionais assegurarem o nível de proteção mais elevado previsto no artigo 53.º da CDFUE[784]. Trata-se de um critério a tomar em consideração em caso de conflitos entre normas no sistema internormativo europeu, que manda aplicar os preceitos mais protetores, devendo considerar-se como assegurado uma proteção mais elevada as disposições mais favoráveis ao indivíduo[785]. Ao assegurar assim a homogeneidade de proteção dos direitos fundamentais,

---

[778] Acórdão *Schmidberger*, processo C-112/00 do TJUE, de 12 de junho de 2003.

[779] Acórdão *Mangold*, processo C-144/04 do TJUE, de 22 de novembro de 2005.

[780] Cfr. BACKER Larry Catá, Harmonization, Divergence, and Resistance: The European Union and the Dynamics of Multilayered Governance, in BACKER Larry Catá (ed.), *Harmonizing Law in an Era of Globalization Convergence, Divergence, and Resistance*, Durham, Carolina Academic Press, 2007, p. 315-320.

[781] Acórdão *Melloni*, processo C-399/11 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, n.º 60.

[782] Acórdão *Taricco*, processo C-105/14 do TJUE, de 8 de setembro de 2015, n.º 26.

[783] Acórdão *M.A.S. e M.B.*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017, n.º 62.

[784] Sobre o princípio do nível de proteção mais elevado, veja-se: CANOTILHO Mariana Rodrigues, O princípio do nível de proteção mais elevado de proteção e garantia dos direitos fundamentais na União Europeia, in SILVEIRA Alessandra (coord.), *50 Anos do Tratado de Roma*, Lisboa, Quid Juris, 2007, p. 325-346.

[785] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., p. 6.

a UE acabou por criar um *standard* de proteção dos direitos fundamentais que se fundamenta na internormatividade do sistema jurídico da UE. Ao admitir que os Estados-Membros apliquem o seu próprio *standard* de proteção dos direitos fundamentais quando estejam a aplicar o direito da UE (desde que não se comprometa o primado, a efetividade e a unidade do direito da UE), isto reforça o entendimento de que as normas de um sistema internormativo não podem ignorar-se umas às outras, pois uma decisão sobre as dimensões materiais tomada em um Estado-Membro afeta a todos os demais[786]. Isto acontece porque, como ensina Alessandra Silveira, "[...] a partir do momento em que o TJUE reconhece que o padrão de jusfundamentalidade aplicável a uma dada situação concreta é o da Constituição alemã ou belga, em Portugal, por força do precedente vinculativo, todos beneficiam daquele padrão de proteção considerado mais elavado"[787]. Opera-se assim uma espécie de assimilação a nível da UE do *standard* mais elevado de proteção de certo direito fundamental que se impõe, depois, a todos os Estados-Membros e benefia a todos os cidadãos. Não de outro modo que, para atingir o nível de proteção mais elevado, faz-se necessário o estabelecimento de um diálogo permanente entre os juízes nacionais e os de Luxemburgo quando esteja em causa, no âmbito de aplicação do direito da UE, a invocação de um direito fundamental protegido simultaneamente pelas distintas ordens jurídicas que integram o sistema internormativo europeu.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a harmonização jurídica busca substancialmente dar coerência aos sistemas internormativos, tendo como referência as competências atribuídas à UE pelos Estados-Membros. Frise-se que é a competência que orienta a solução de eventuais conflitos entre normas de fontes e legitimidades diversas, pelo que não está aqui em causa uma disputa de poderes fundamentada na hierarquia – isto explica inclusivamente porque o primado não invalida as normas nacionais, mas apenas impõe sejam afastadas aquelas que estejam em desconformidade com o direito da UE. A repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros, por sua vez, pauta-se nos princípios da atribuição, da proporcionalidade e da subsidiariedade. Estes princípios orientam o poder de ação da UE no sentido da consecução dos objetivos previstos nos Tratados, dosando as forças centrípetas e as reivindicações de soberania dos Estados-Membros. Nesta mesma senda, outros princípios gerais do direito da UE, tais como a cooperação leal, o reconhecimento mútuo, os direitos fundamentais e a interpretação conforme, auxiliam os Estados-Membros quando aplicam o direito da UE em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais.

---

[786] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., p. 7.

[787] SILVEIRA Alessandra, Comentário ao art.º 51.º (âmbito de aplicação), in SILVEIRA Alessandra e CANOTILHO Mariana Rodrigues (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 442-443.

Considerando que o âmbito de aplicação do direito da UE é bastante abrangente, a questão de saber se um determinado domínio encontra-se ou não dentro da esfera de competências atribuídas à UE nem sempre é tão simples e inequívoca, principalmente tendo em conta os objetivos a serem alcançados [788]. Além do mais, algumas iniciativas legislativas, especialmente no âmbito do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno, preveem vários objetivos simultaneamente – alguns destes objetivos exigem apenas uma ação da UE, enquanto outros requerem uma ação comparticipada dos Estados-Membros. Encontrar aqui um equilíbrio entre estes objetivos e ao mesmo tempo identificar as bases jurídicas correspondentes, principalmente quando, por exemplo, um objetivo é suficientemente alcançado através da regulamentação a nível da UE, porém, em alguns outros aspectos, a sua implementação, controlo e aplicação são mais bem conseguidos a nível dos Estados-Membros, isto apresenta-se como uma questão politicamente relevante e, em última análise, uma tarefa desafiadora para o TJUE, cuja solução há de ser encontrada através de um processo discursivo levado a cabo com os tribunais (constitucionais) nacionais, mediante dinâmicas jurisdicionais, como será abordado no próximo capítulo[789].

3.3. A harmonização jurídica no sistema internormativo da Comunidade Andina de Nações

O Acordo de Cartagena menciona logo em seus primeiros artigos, mais especificamente em seu Capítulo I, os objetivos do projeto de integração regional andina. De entre esses objetivos listados, destacam-se aqueles que constam no artigo 1.º, quais sejam: promover o desenvolvimento equilibrado e harmónico dos seus Estados-Membros em condições de igualdade, mediante a integração e a cooperação económica e social; acelerar o crescimento e gerar emprego; diminuir a vulnerabilidade externa e melhorar a posição dos Estados-Membros no contexto económico internacional; fortalecer a solidariedade regional e reduzir as diferenças de desenvolvimento entre os Estados-Membros, bem como facilitar a sua participação no processo de integração regional, com vista à formação gradual de

[788] Inicialmente, esta era a estratégia adotada para expandir ou restringir o escopo da integração europeia, ou seja, para criar mais Europa em algumas áreas e menos Europa noutras, a depender das circustâncias e dos interesses em causa. Cfr. TOTH A. G., Is Subsidiarity Justiciable?, *European Law Review*, vol. 19, n.º 3, 1994, p. 281; Cfr. CONSTANTIN S., Rethinking Subsidiarity and the Balance of Powers in the EU in Light of the Lisbon Treaty and Beyond, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 4, n.º 4, 2008, p. 159. No entanto, deve-se assinalar que no quadro do sistema de competências da UE a escolha do fundamento jurídico de um ato não depende somente da convicção de uma instituição quanto ao fim prosseguido, mas antes deve fundar-se em elementos objetivos, suscetíveis de controlo jurisdicional. Neste sentido, veja-se o acórdão *Reino Unido c. Conselho*, processo C-84/94 do TJUE, de 12 de novembro de 1996, n.º 25; bem como também o acórdão *Comissão c. Conselho*, processo 45/86 do TJUE, de 26 de março de 1987, n.º 11.

[789] Cfr. PETRIĆ Davor, The principle of subsidiarity..., cit., p. 298.

um mercado comum latinoamericano. Esse dispositivo ainda acrescenta que tais objetivos têm por finalidade a melhoria de vida dos cidadãos dos Estados-Membros da CAN, ressaltando, portanto, a dimensão social e não apenas económica da integração regional andina[790].

O artigo 3.º do Acordo de Cartagena definiu alguns dos mecanismos que devem ser adotados para a realização dos objetivos acima mencionados, de entre os quais cite-se a harmonização gradual das políticas económicas e sociais. O Captítulo IV do Acordo de Cartagena, intitula-se, por sua vez, "harmonização das políticas económicas e coordenação dos planos de desenvolvimento", determinando em seu artigo 53.º que os Estados-Membros adotarão progressivamente estratégias para a consecução dos objetivos estabelecidos naquele documento. Essas estratégias estão previstas substancialmente no artigo 54.º, o qual dispõe que os Estados-Membros devem coordenar seus planos de desenvolvimento em setores específicos e harmonizar gradualmente suas políticas económicas e sociais mediante ações planeadas, tais como as seguintes: a) o programa de desenvolvimento industrial (definido nos artigos 60.º a 71.º do Acordo de Cartagena); b) o programa de desenvolvimento agropecuário e agroindustrial (definido nos artigos 87.º a 92.º do Acordo de Cartagena); c) o programa de desenvolvimento de infraestrutura física (definido nos artigos 104.º a 108.º do Acordo de Cartagena); d) o programa de liberalização regional dos serviços (definido nos artigos 72.º a 78.º do Acordo de Cartagena); e) a harmonização das políticas cambiária, monetária, financeira e fiscal; f) a política comercial comum frente a Estados terceiros; e g) a harmonização de métodos e técnicas de planeamento.

Da análise dos dispositivos aos quais remete o artigo 54.º do Acordo de Cartagena, verifica-se que a harmonização das políticas económicas fundamenta-se sobretudo na coordenação de planos de desenvolvimento em setores específicos, ou seja, consiste em um conjunto de medidas e estratégias a serem adotadas em âmbito político dos Estados-Membros. A harmonização às vezes tem sido associada a outras figuras jurídicas, tais como a coordenação. Naturalmente a harmonização requer medidas de coordenação, mas a coordenação dispensa a harmonização jurídica. A coordenação não pressupõe a modificação de normas internas dos Estados, pois trata-se apenas de "um mecanismo de

[790] Ressalte-se que, muito embora a CAN ainda não tenha estabelecido um mercado comum, já conseguiu implementar uma área de livre comércio que tem por objetivo o bem-estar dos cidadãos andinos em todos Estados-Membros. A livre concorrência no âmbito interno da integração regional andina tem promovido uma aproximação de legislações dos Estados-Membros em diversos domínios relacionados à concorrência e defesa comercial, facilitação de comércio e alfândega, eliminação de ônus e restrições, interconexão elétrica e de telecomunicações, serviços e investimentos, propriedade intelectual, transporte de passageiros e mercadorias, de entre outros. Cfr APAC Hugo R. Gómez, Prólogo, in APAC Hugo R. Gómez, QUINTERO Luis Rafael Vergara, ZAMBRANO Hernán Rodrigo Romero, FEIJOÓ Luis Felipe Aguilar, NOBLEJAS Karla Margot Rodríguez (eds.), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino*, Portoviejo, Editorial San Gregorio, 2019, p. XII.

organização de atuação conjunta"[791]. Por outro lado, a harmonização jurídica possui um alcance evidentemente normativo, constituindo-se num dos instrumentos utilizados pelas integrações regionais para atingir os seus objetivos[792]. Não obstante seja relevante a análise da harmonização que tem por base o emprego da coordenação, este enfoque desvirtua-se do objeto desta tese. Na medida em que a coordenação está reservada à seara política dos Estados, acredita-se que o seu estudo tenha condições de ser melhor desenvolvido em outra oportunidade, nomeadamente em sede de uma investigação nas áreas das relações internacionais ou das ciências políticas.

A despeito de o Capítulo IV do Acordo de Cartagena referir-se a medidas de coordenação como uma das ferramentas para obter-se a harmonização das políticas económicas, note-se que o seu artigo 57.º também determina que a Comissão, por meio de proposta formulada pela Secretaria-Geral, estabelecerá os procedimentos e os mecanismos de caráter permanente que sejam necessários à consecução dos planos de desenvolvimento tratados no artigo 54.º. Considerando que as propostas submetidas à Comissão pela Secretaria-Geral podem resultar em decisões, as quais são normas de direito derivado que formam parte do ordenamento jurídico andino, conclui-se que, não obstante as medidas de harmonização de políticas económicas estejam voltadas predominamente ao plano da coordenação política, podem significar igualmente a adoção de medidas legislativas pelos órgãos andinos. Nesta senda, verifica-se também que o artigo 88.º do Acordo de Cartagena dispõe que, para a realização dos objetivos previstos no artigo 87.º, que trata do programa de desenvolvimento agropecuário previsto no artigo 54.º, "b", a Comissão, por meio de proposta formulada pela Secretaria-Geral, poderá adotar normas sanitárias relacionadas aos vegetais e animais.

O sentido de harmonização no direito andino não se esgota, portanto, nas referidas medidas de coordenação, mas também compreende a adoção de um conjuto de normas comuns que regulamentam matérias necessárias à realização dos objetivos previstos no Acordo de Cartagena[793]. Neste sentido, o artigo 3.º do Acordo de Cartagena ainda dispõe que, para alcançar os objetivos estabelecidos no artigo 1.º, além da harmonização das políticas económicas e sociais, faz-se necessário a adoção de medidas de aproximação das legislações nacionais em matérias pertinentes. Convém ressaltar que em nenhum outro artigo do referido instrumento constitutivo da CAN aparece a

[791] Cfr. BOUZA Núria Vidal, Modalidades de unificación e armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea, in GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, GONZÁLEZ Julio Diego Campos e MUÑOZ Santiago Machado (orgs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1986, p. 554.

[792] Cfr. PLAZAS VEGA Mauricio A., *Derecho tributario Comunitario, la armonización tributaria en el Sistema Andino de integración*, 1ª ed. Legis Editores S.A., Bogotá, 2001, p. 124.

[793] Cfr. BOUZA Núria Vidal, Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, n.º 2, 1981, p. 402.

expressão "aproximação de legislações nacionais", porém o seu artigo 43.º estabelece que de entre as atribuições conferidas ao Parlamento Andino está a de promover a harmonização das legislações nacionais dos Estados-Membros. O artigo 58.º também determina que a Comissão, por meio de proposta formulada pela Secretaria-Geral, adotará normas e definirá prazos para a harmonização gradual das legislações económicas dos Estados-Membros, com vista à consecução de um mercado comum.

Ao fazer uma comparação entre esses dispositivos, verifica-se que ambas as expressões "harmonização de legislações" e "aproximação de legislações" são utilizadas indistintamente para referir-se ao procedimento que consiste na elaboração de normas, através das quais busca-se estabelecer uma regulamentação homogénea, a qual deve ser implementada nos ordenamentos jurídicos nacionais, a fim de realizar os objetivos definidos no Acordo de Cartagena[794] (harmonização positiva). Recorde-se que a aproximação de legislações pode dar-se igualmente de forma indireta (harmonização negativa) [795], o que significa que há casos em que Estados-Membros devem simplesmente adotar uma postura no sentido de não contrariar as normas de direito andino. Cite-se, como exemplo, o artigo 86.º do Acordo de Cartagena, que determina que os Estados-Membros não podem alterar unilateralmente as taxas relacionadas à tarifa externa comum. Neste caso, os Estados-Membros não têm de lançar mão de nenhuma medida nacional para implementar a norma andina em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais. No máximo, por força dos princípios do primado e da efetividade do direito andino, devem afastar a aplicação da norma nacional que seja lhe seja incompatível. Frise-se que os mecanismos de harmonização tanto positiva quanto a negativa apelam ao atendimento do princípio da cooperação leal, previsto no artigo 4.º do TCTJCA.

Em síntese, de acordo com o Acordo de Cartagena, a harmonização pode compreender medidas de coordenação (que não serão aqui abordadas, pelos motivos já expostos) e mecanismos de aproximação de legislações (harmonização positiva e negativa). Considerando que, a harmonização jurídica tem sido referida, neste trabalho, como um processo mediante o qual se busca aproximar as legislações dos Estados-Membros de uma integração regional, a fim de serem viabilizadas as condições para a realização dos objetivos mantidos em comum[796], interessa então saber de que forma essa aproximação de legislações acontece no âmbito da CAN. Para tanto, partindo do pressuposto de que a

[794] Cfr. TORRES Augustín, Derecho Tributario Comunitario, in BELSÚNCE Horacio García (org.), *Tratado de Tributación*, *Derecho Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 574.

[795] Cfr. WALLGREN Malin, *Exploring the outer limits*..., cit., p. 21.

[796] Neste sentido, veja-se: BOUZA Nuria Vidal, Modalidades de unificación e armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea, in, *Tratado de Derecho Comunitario*..., cit., p. 555; MORENO Pablo Antonio Valero, *La armonización del IVA comunitário: un proceso inacabado*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2001, p. 64.

aproximação de legislações demanda uma ação de direção ou supervisão a nível supranacional, que normalmente conduz a adoção de disposições que afetam em maior ou menor medida os respetivos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros[797], cumpre fazer uma breve revisão a respeito do quadro institucional andino.

Inspirando-se no projeto de integração europeu, a CAN criou uma estrutura institucional permanente que enforma o Sistema Andino de Integração (SAI)[798], o qual é composto por órgãos e instituições com competências e funções específicas atribuídas pelos Estados-Membros[799]. Observe-se que não existe referência expressa ao princípio da atribuição nos tratados constitutivos da CAN. Contudo, pode depreender-se a sua presença, ainda que implicitamente, a partir da multiplicidade dos órgãos que integram o SAI. Neste mesmo sentido, o TJCA afirmou que *"[e]l fenómeno comunitario entre nosotros nos muestra a los Estados de la región latinoamericana y de la subregión andina, por conducto de sus plenipotenciarios y directamente por sus jefes de Estado, como voceros de los países, que en uso precisamente de sus poderes soberanos individuales, manifiestan su disposición de asociarse con otros estados en un esfuerzo común a fin de hacer frente a los retos del mundo contemporáneo. Deciden [...] acometer las tareas del desarrollo económico y el progreso social en materias que rebasan el espacio interno para constituirse en objeto de la organización común. En este proceso las naciones, más que limitar su soberanía, lo que hacen en ejercicio de ese mismo poder*

[797] Cfr. LAGUNA Irene Roche, *La integración europea como limite a la soberania fiscal de los Estados miembros*, Valencia, Polo Europea Jean Monnet, Tirant lo Blanch, 2000, p. 40.

[798] Sobre a efetivadade do quadro institucional andino, veja-se: HELFER Laurence R.; ALTER Karen J.; GUERZOVICH Florencia, Islands of Effective International Adjudication: Constructing na Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community, *American Journal of International Law*, vol. 103, n.º 1, 2009, p. 1-47.

[799] De acordo com o artigo 6.º do Acordo de Cartagena, o SAI é formado por um órgão de direção política (Conselho Presidencial Andino), dois órgãos legislativos (Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e Comissão da Comunidade Andina), um órgão executivo (Secretaria-Geral da Comunidade Andina), um órgão jurisdicional (Tribunal de Justiça da Comunidade Andina) e outros órgãos que auxiliam no funcionamento e no desenvolvimento das atividades da integração regional andina (Parlamento Andino, Conselho Consultivo Empresarial, Conselho Consultivo Laboral, Corporação Andina de Fomento, Fundo Latinoamericano de Reservas, Convénio Simón Rodríguez e outros eventualmente criados pela SAI, Universidade Andina Simón Bolívar, Conselhos Consultivos estabelecidos pela Comissão e demais órgãos estabelecidos no âmbito da integração regional andina). Cfr. GÁRATE Elizabeth Salmón, Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas, in NOVAK TLAVERA, Fabián (dir.), *Derecho Comunitário Andino*, Lima, Fondo Editorial, 2003, p. 31-32. Tais órgãos e instituições dividem-se em três categorias: a) órgãos intergovernamentais (Conselho Presidencial Andino, o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e a Comissão da Comunidade Andina); b) instituições supranacionais (Secretaria-Geral da Comunidade Andina, Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, Parlamento Andino, Corporação Andina de Fomento – Banco de Desenvolvimento da América Latina, o Fundo Latinoamericani de Reservas, o Convénio Hipólito Unaune, a Universidad Andina Simón Bolívar e o Convénio Simón Rodriguez); c) órgãos de participação da sociedade civil (Conselho Consultivo Empresarial, Conselho Consultivo Laboral, Conselho Consultivo dos Povos Indígenas e Conselho Consultivo Andino de Autoridades Municipales). Cfr. APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in APAC Hugo R. Gómez, QUINTERO Luis Rafael Vergara, ZAMBRANO Hernán Rodrigo Romero, FEIJOÓ Luis Felipe Aguilar, NOBLEJAS Karla Margot Rodríguez (eds.), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino*, Portoviejo, Editorial San Gregorio, 2019, p. 30-31.

soberano, es delegar parte de sus competencias, trasfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria"[800].

Ressalte-se que a atribuição de competências é feita a órgãos intergovernamentais e supranacionais, pelo que é possível inferir desde já a influência e o peso dos Estados-Membros na condução do projetos da integração regional andina. Isto porque os dois órgãos decisórios da CAN, nomeadamente o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores (CAMRE)[801] e a Comissão[802], são ambos intergovernamentais. O CAMRE expressa-se mediante decisões, que são adotadas por consenso (artigo 17.º do Acordo de Cartagena), sendo que tais decisões formam parte do ordenamento jurídico andino como normas de direito derivado que possuem efeito jurídico vinculativo (artigos 1.º, "c" e 4.ª do TCTJCA). A Comissão também possui competência para emitir decisões obrigatórias, que são adotadas mediante a presença da maioria absoluta dos Estados-Membros e com o voto da maioria absoluta dos Estados-Membros (artigo 24.º do Acordo de Cartagena), salvo nos casos em que se requer, além da referida maioria, a ausência de voto negativo (artigo 26.º do Acordo de Cartagena). Note-se ainda que a Secretaria-Geral, a despeito da sua natureza executiva, é o único órgão supranacional[803] que, além de formular projetos de normas que são submetidos à apreciação dos órgãos decisórios da CAN (artigo 30.º, "c" do Acordo de Cartagena), também dispõe de competência para adotar resoluções, que são normas com efeito jurídico vinculativo (artigos 1.º, "d" e 4.º do TCTJCA)[804].

Em relação ao Parlamento Andino[805], muito embora não seja um dos órgãos com capacidade decisória dentro do SAI, foi encarregue, conforme já mencionado, de promover a harmonização das legislações dos Estados-Membros (artigo 43.º, "f" do Acordo de Cartagena). De entre as suas funções, também é responsável por formular recomendações sobre projetos de normas relacionados aos temas de interesse comum (artigo 43.º, "e" e "f"). Apesar de ser o único órgão composto por representantes

---

[800] Processo 1-IP-96 do TJCA, de 9 de dezembro de 1996, ponto III, p. 6-7.

[801] Sobre o CAMRE, veja-se: GÁRATE Elizabeth Salmón, Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas, in *Derecho Comunitário Andino*, cit., p. 40.

[802] Sobre a Comissão, veja-se: APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in *Apuntes de Derecho Comunitario...*, cit., p. 35.

[803] Sobre a Secretaria-Geral, veja-se: APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in *Apuntes de Derecho Comunitario...*, cit., p. 30-31.

[804] De entre as matérias previstas no Acordo de Cartagena que a Secretaria-Geral possui um poder resolutivo próprio, cite-se as restrições e taxas compensatórias, diferimentos tarifários, salvaguardas, *dumping*, subsídios e competência comercial, confome as disposições previstas na Decisão 425 – Regulamento de Procedimentos Administrativos da Secretaria-Geral da Comunidade Andina. Cfr. APAC, Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in *Apuntes de Derecho Comunitario...*, cit., p. 36.

[805] O Parlamento Andino foi criado em 1979, através da aprovação do Tratado de Criação do Parlamento Andino, o qual foi alterado em 1997 pelo seu Protocolo Adicional firmado em Sucre. Cfr. GÁRATE Elizabeth Salmón, Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas, in *Derecho Comunitário Andino*, cit., p. 45.

cuja escolha é feita mediante sufrágio direto e universal (artigo 42.º do Acordo de Cartagena)[806], suas recomendações ou declarações carecem de efeito jurídico vinculativo[807].

Do exposto, verifica-se que a CAN é formada por órgãos que integram o SAI, sendo que apenas o CAMRE, a Comissão e a Secretaria-Geral emitem normas obrigatórias. Não obstante o Parlamento Andino também participe dos processos decisórios, através da formulação de projetos de normas que são submetidos à apreciação dos órgãos do SAI, suas recomendações e declarações não integram o rol das normas de natureza obrigatória do ordenamento jurídico andino. Lembre-se que as decisões adotadas pela CAMRE e pela Comissão e as resoluções emitidas pela Secretaria-Geral gozam de efeito direto, são vinculativas e possuem aplicabilidade imediata desde a sua publicação na *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, a menos que indiquem uma data posterior (artigo 3.º do TCTJCA)[808]. Além do mais, em caso de conflitos normativos, gozam de preferência aplicativa, o que implica o afastamento da norma nacional que lhe é desconforme.

O objeto das decisões e das resoluções correponde às competências que os Estados-Membros atribuíram à CAN. Contudo, conforme referido alhures, não existe nos tratados constitutivos uma repartição de competências bem definida entre a CAN e os seus Estados-Membros. De qualquer modo, a partir de uma leitura conjugada entre os artigos que definem as competências dos órgãos decisórios da CAN (artigos 16.º, 22.º e 30.º do Acordo de Cartagena) e aqueles que definem os objetivos da integração regional andina (artigos 1.º a 4.º do Acordo de Cartagena) pode depreender-se o que está a cargo de cada qual. Verifica-se, por exemplo, que o CAMRE, de acordo com o disposto no artigo 16.º, "a" do Acordo de Cartagena, é competente para adotar as normas necessárias no âmbito da política externa comum[809]. Tais medidas devem ter em conta, no entanto, as diretivas emitidas pelo Conselho Presidencial Andino, que é o órgão de direção política do SAI. O artigo 82.º do Acordo de Cartagena

---

[806] Sobre o procedimento eleitoral, veja-se o artigo 7.º do Regulamento Geral do Parlamento Andino, de 21 de julho de 2015, modificado pela Decisão 1409 do Parlamento Andino de 25 de outubro de 2018.

[807] Cfr. APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in *Apuntes de Derecho Comunitario*..., cit., p. 38.

[808] A título de ilustração, cita-se a Decisão 24 da Comissão, de 31 de dezembro de 1970, que trata do regime comum sobre o tratamento dos capitais estrangeiros, marcas, patentes, licenças e regalias. Essa decisão não foi aplicada imediata e diretamente no ordenamento jurídico dos Estados-Membros porque, por um lado, dependia de um regulamento que a Comissão deveria adotar por meio de uma proposta da Junta (atual Parlamento Andino); e, por outro lado, a Decisão só entraria em vigor quando todos os Estados-Membros tivessem depositado na Secretaria da Junta os instrumentos nacionais da sua execução em seus respetivos ordenamentos jurídicos. Do mesmo modo, menciona-se a Decisão 85 da Comissão, de 5 de junho de 1974, que trata do regulamento para a aplicação de normas sobre propriedade industrial. Sua aplicação também não foi direta e imediata, porque os Estados-Membros haviam comprometido adotar as providências necessárias para incorporar tal regulamento em seus respetivos ordenamentos jurídicos dentro de um prazo de seis meses contados a partir da aprovação da referida Decisão. Cfr. MELO Gabriel Santiago Galán, Interpretación prejudicial y restricciones a la potestad jurisdicional de los Estados miembros de la CAN, *Foro – Revista de Derecho*, n.º 22, 2014, p. 2.

[809] Neste sentido, veja-se também a Decisão 407, Regulamento do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, de 25 de junho de 1997, publicada na *Gaceta Oficial* 273, de 4 de julho de 1997.

estabelece, por sua vez, que a Comissão é competente para adotar normas relacionadas à tarifa externa comum, mediante proposta da Secretaria-Geral.

Acontece que, se, por um lado, a identificação das matérias a cargo de cada um dos órgãos andinos não suscita grandes problemas, por outro lado, nem sempre é fácil saber quais seriam os limites do exercício das competências atribuídas em determinados domínios. Note-se que o artigo 22.º, "b" do Acordo de Cartagena estabelece o seguinte: *"[c]orresponde a la Comisión de la Comunidad Andina: b) adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino*". Do mesmo modo o artigo 16.º, "g" do Acordo de Cartagena dispõe que: "*[c]orresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: g)recomendar o adoptar las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia*". Considerando que os objetivos definidos no Acordo de Cartagena são muito abrangentes, as competências atribuídas aos órgãos andinos parecem praticamente ilimitadas, pelo que as suas ações haveriam de ser sempre apreciadas à luz dos principios da subsidiariedade e da proporcionalidade[810].

Acontece que, diferentemente da UE, que estabelece os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade tanto em seus tratados constitutivos quanto na jurisprudência do TJUE, tais princípios não estão previstos expressamente no ordenamento jurídico da CAN tampouco na jurisprudência do TJCA[811] – pese a doutrina já tenha reconhecido a sua imprescindibilidade ao equilibrio institucional e ao ajuste do exercício das competências entre os órgãos da CAN e os seus Estados-Membros[812]. A ausência dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade no direito andino tem sido justificada pelo fato de os órgãos decisórios da CAN serem intergovernamentais, portanto as normas que elaboram refletem em grande medida a própria vontade dos Estados-Membros[813]. Contudo, como foi verificado, a Comissão adota as suas decisões por meio da maioria absoluta dos Estados-Membros. Além do mais, a Secretaria-Geral é um órgão supranacional que emite resoluções obrigatórias. Em razão disso, a delimitação dos limites do exercício das competências através dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade revela-se de essencial importância para o

[810] Cfr. Sobre o princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade, veja-se: MANGAS MARTÍN Araceli; LIÑAN NOGUEAS Diego Julio, *Instituciones y derecho de la Union Europea*, Madrid, Ed. Tecnos, 2004, p. 119; CHICHARITO LÁZARO Alicia, *El principio de subsidiariedade en la Union Europea*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001, p. 150.

[811] Cfr. ALFARO Marvin Vargas, Los Princípios Generales del Derecho Comunitario y Andino, *Revista Derecho Comunitario Internacional y Derechos Humanos*, n.º 2, 2012, p. 102; STADEN Andreas von, Subsidiarity in Regional Integration Regimes in Latin America, *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, n.º 2, 2016, p. 39.

[812] Neste sentido, veja-se: ACHÀ LEMAITRE Daniel, *El Princípio de subsidiariedad: clave de la integración*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar - Corporación Editora Nacional, 2013, p. 113-116.

[813] Cfr. STADEN Andreas von, Subsidiarity in Regional Integration..., cit., p. 38-39.

equilíbrio institucional da integração regional andina[814], sobretudo quando forem atribuídas mais competências aos seus órgãos e a sua estrutura intergovernamental vier a ser revisada.

Interessa notar que, se, por um lado, os limites da atuação dos órgãos andinos ainda não foram estabelecidos expressamente, por outro lado, na ausência dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade no ordenamento jurídico andino, em virtude do princípio do complemento indispensável, recortado pela jurisprudência do TJCA, tem sido possível limitar a autonomia dos Estados-Membros quando da adoção de uma norma nacional cuja matéria entra no âmbito das competências atribuídas à CAN. De acordo com o princípio do complemento indispensável, uma norma nacional não pode comprometer a eficácia e a efetividade do direito andino, porém há casos em que pode (ou deve) complementá-lo[815], conforme o seguinte.

A primeira hipótese verifica-se quando uma matéria não está regulamentada pela norma andina. Neste caso, no silêncio da norma andina, os Estados-Membros podem adotar normas cuja matéria ainda não foi regulamentada pelo ordemamento jurídico andino. Cite-se, como exemplo, o artigo 276.º da Decisão 486 – Regime Comum sobre Propriedade Intelectual, publicada da *Gaceta Oficial* do Acordo de Cartagena n.º 600, de 19 de setembro de 2000, a qual estabelece que "*Los asuntos sobre Propriedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros*". Note-se que, em virtude do princípio do complemento

---

[814] Observe-se que, da leitura do artigo 17.º do TCTJCA e do 101.º do Estatuto do TJCA – "*[c]orresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina,* ***incluso por desviación de poder****, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado"* (grifo da autora) – tais dispositivos mencionam a competência do TJCA para declarar a nulidade de um ato com fundamento em um eventual desvio de poder, ou seja, pelo fato de os órgãos andinos terem excedido os limites da atribuição de competência, pelo que se poderia afirmar a existência incipiente dos princípios não só da subsidiariedade e da proporcionalidade, mas também do equilíbrio institucional. No Processo 214-AN-2005, o TJCA estabeleceu que, entende-se por desvio de poder "*[a]quel vicio que afecta la finalidad del acto administrativo y que contradice el hecho o regla de especialidad que establece en materia administrativa, que* ***los órganos u entes administrativos no pueden ir más allá de las normas que disponen sus atribuciones****. Esta desviación se expresa en tres formas: la decisión carente de todo objetivo de interés público; decisión con un objetivo de interés público que no es el correcto; y la desviación de procedimiento. Sin embargo, en un contexto comunitario andino, la finalidad de un proceso administrativo no puede analizarse desde un punto de vista individual, sino colectivo y en función a los intereses pregonados por el Acuerdo de Integración Subregional Andino, que establece que el acuerdo de integración tiene como objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, propendiendo a la disminución de vulnerabilidad externa y mejorando la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional, tal como lo dispone el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena".* Processo 214-NA-2005 do TJCA, 17 de novembro de 2006, ponto 6, p. 23. Muito embora o TJCA não tenha reconhecido um desvio de poder por parte da Secretaria-Geral no âmbito dessa ação de nulidade, tal processo assemelha-se àquele já comentado neste trabalho em que o TJUE estabeleceu pela primeira vez os limites da competência da UE na adoção de um ato jurídico, qual seja o acórdão *Alemanha contra o Parlamento Europeu e o Conselho* (Processo C-376/98 do TJUE, de 5 de Outubro de 2000), em que esteve em causa o pedido de anulação da Diretiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco.

[815] Cfr. APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in *Apuntes de Derecho Comunitario...*, cit., p. 54.

indispensável, tudo o que se refere à propriedade industrial, que não esteja contemplado na Decisão 486, é suscetível de ser regulamentado por normas nacionais, desde que tais normas não comprometam a eficácia e a efetividade do direito andino[816].

Ademais, pode haver casos em que nem sempre uma norma andina de direito derivado regulamenta a totalidade de uma matéria a qual se refere, pelo que, em algumas ocasiões, essa mesma norma permite os Estados-Membros a implementação de medidas legislativas adicionais[817]. A título de ilustração, cite-se o Capítulo IX da Decisão 351 – Regime Comum sobre Diretos do Autor e Direitos Conexos, publicada na *Gaceta Oficial* do Acordo de Cartagena n.º 145, de 21 de dezembro de 1993, que compreende os artigos 29.º a 32.º. O artigo 29.º estabelece que o direito de autor pode ser transmitido por sucessão de acordo com o disposto na legislação nacional aplicável. O artigo 30.º determina que as disposições relativas à cessão ou concessão de direitos patrimoniais e as licenças de uso de obras protegidas serão regidas de acordo com as legislações dos Estados-Membros. Ambos os referidos artigos, em virtude do princípio do complemento indispensável, autorizam os Estados-Membros a adotarem normas que complementem de forma mais específica o que apenas foi disposto de forma genérica pelas disposições andinas[818].

Cumpre salientar que, conforme resulta da jurisprudência do TJCA, o princípio do complemento indispensável trata de um regime de exceção, pelo que não são permitidas normas nacionais que regulamentem sobre a mesma matéria já disposta no ordenamento jurídico andino, salvo nos casos em que a tal implementação seja indispensável à correta aplicação da norma andina[819]. Acrescido a isso, o princípio do complemento indispensável não comporta a adoção de normas nacionais que estabeleçam exigências ou requisitos adicionais que possam comprometer a efetividade e a plena eficácia do direito andino. Neste sentido, no âmbito do Processo 2-IP-88, o TJCA estabeleceu que *"[...] los Reglamentos de la naturaleza del que se examina no siempre agotan la matéria a cual se refieren, por lo qual permiten, y aun exigen en ciertos casos, un complemento legislativo de parte del derecho interno. Incluso cuando la normatividad comunitária agota la matéria o asunto que regula, lo cual no es frecuente, podrían resultar necesarias normas nacionales de implentación o de adaptación al sistema nacional [...] ante la posibilidad de alguna injerencia nacional para complementar, ejecutar o adaptar la norma comunitária, la doctrina y la jurisprudência suelen aplicar criterios muy restrictivos, tales como el princípio del 'complemento indispensable' [...]. De esta suerte, sólo suelen legitimarse las*

[816] Cfr. APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in *Apuntes de Derecho Comunitario...*, cit., p. 54.

[817] Cfr. APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in *Apuntes de Derecho Comunitario...*, cit., p. 54.

[818] Cfr. APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in *Apuntes de Derecho Comunitario...*, cit., p. 54.

[819] Cfr. Processo 10-IP-94 do TJCA, de 17 de Março de 1995, p. 12-27.

medidas complementarias adoptadas por los Países Miembros que resulten ser estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo lo entraben o desvirtuen"[820].

Ressalte-se que o princípio do complemento indispensável deve ser sempre interpretado em conjunto com o princípio da cooperação leal (artigo 4.º do TCTJCA), para que a eficácia e a efetividade do direito andino não sejam comprometidas. Lembre-se que, de acordo com o princípio da cooperação leal, os Estados-Membros não podem adotar nem empregar quaisquer medidas que impeçam ou obstaculizem de algum modo a aplicação das normas que decorrem do ordenamento jurídico andino. Neste sentido, mais recentemente, no processo 81-IP-2017, o TJCA sublinhou que *"[...] la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar critérios restrictivos, como el principio del 'complemento indispensable' para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser 'estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitária y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entraben o desvirtúen' [...] advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento juridico comunitário, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitária. De esta manera, 'la norma interna que sea contraria a la norma comunitária, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derrogada, dejará de aplicarse automaticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista*"[821].

Como se pode perceber, em virtude do princípio do complemento indispensável, os Estados-Membros continuam a poder regulamentar sobre as matérias cujas competências foram atribuídas à CAN, a condição de as normas nacionais servirem para complementar as normas andinas numa relação de harmonia e reciprocidade[822]. Segundo Marco M. Alemán Badel[823] e Pablo E. Navarro López[824], as normas nacionais que decorrem do princípio do complemento indispensável são "*normas de clausura*", pois têm como finalidade colmatar as lacunas de um determinado sistema normativo oferecendo soluções para casos imprevistos.

---

[820] Neste sentido, veja-se: Processo 2-IP-88 do TJCA, de 28 de maio de 1988, considerando n.º 3.

[821] Processo 81-IP-2017 do TJCA, de 16 de julho de 2018, p. 13 e 14. No âmbito dessa decisão prejudicial o TJCA reiteirou o seu entendimento dado no Processo 129-IP-2012 do TJCA, de 25 de abril de 2013, que por sua vez cita o Processo 121-IP-2004 do TJCA, de 6 de outubro de 2004.

[822] Processo 10-IP-94 do TJCA, de 17 de Março de 1995, p. 12-27.

[823] Cfr. BADEL Marco Matías Alemán, *Marcas: Normatividad Subregional sobre Marcas de Productos y Servicios*, Bogotá, Editorial Top Management, 1995, p. 40-41.

[824] Cfr. LÓPEZ Pablo Eugenio Navarro, Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos, *Isonmí – Revistas de teoria y filosofia de derecho*, n.º 34, 2011, p. 111.

Neste sentido, com base no princípio do complemento indispensável, pode verificar-se que, dependendo do poder regulatório que resta nas mãos dos Estados-Membros para complementar uma norma de direito andino, a harmonização de uma determinada matéria pode dar-se, à partida, de forma máxima ou mínima[825]. Lembre-se que a harmonização máxima envolve uma significativa transferência de competência regulamentatória aos órgãos de uma integração regional, significando uma perda de autonomia dos Estados-Membros no que se refere à elaboração de normas sobre as matérias delegadas. Por outro lado, a harmonização mínima[826] confere uma maior flexibilidade aos Estados-Membros, contudo esta deve vir sempre acompanhada de um devido equilíbrio para que a falta de homegeneidade entre as disposições nacionais não conduza a processos de "desintegração"[827].

Observe-se que, diferentemente da UE em que a harmonização máxima ou mínima verifica-se conforme o ato jurídico (regulamentos e diretivas) adotado para regulamentar uma determinada matéria ou setor, na CAN, em virtude de não haver uma distinção entre as normas que devem ou não ser transpostas para o direito interno, se não fosse pelo princípio do complemento indispensável poder-se-ia pensar que os Estados-Membros não teriam flexibilidade para implementar a normas andinas em seus respetivos ordenamentos jurídicos.

Acontece que, tendo por base a aplicação do princípio do complemento indispensável, Karen J. Alter e Laurence R. Helfer afirmam que – de acordo com o que já foi constatado e mencionado nos parágrafos anteriores – o TJCA tem permitido a implementação de normas nacionais não apenas nos casos de lacuna ou ausência de harmonização total de uma determinada matéria, mas também quando a norma andina dispõe de forma genérica sobre uma determinada matéria. Neste sentido, da sua análise da jurisprudência do TJCA não resulta nenhum exemplo onde seja possível extrair a existência de competência exclusiva atribuída à CAN[828].

Isto significa que a CAN, ao exercer as suas competências apenas de forma partilhada com os Estados-Membros, confere sempre a estes bastante deferência para estabelecer os limites entre as normas nacionais e andinas[829]. Em razão disso, pode concluir-se que, no contexto da integração

---

[825] Sobre o tema da harmonização minima e máxima, veja-se: WEATHERILL Stephen, Maximum versus Minimum Harmonization: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market, in SHUIBHNE Niamh Nic e GORMLEY Laurence W. (eds.), *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher*, 2012, p. 175-199.

[826] Sobre a harmonização minima, veja-se: DOUGAN Michael, Minimum Harmonization and the Internal Market, *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 4, 2000, p. 853-885.

[827] Sobre o tema, veja-se: DE WITTE Bruno; OTT Andrea; VOS Ellen (eds.), *Between Flexibility and Desintegration – The trajectory of Differentiation in EU law*, Cheltenham/Northamptom, Edward Elgar, 2017.

[828] Cfr. ALTER Karen J.; HELFER Laurence R., *Transplanting International Courts – The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 100-101.

[829] Cfr. ALTER Karen J.; HELFER Laurence R., *Transplanting International Courts*..., cit., p. 100-101.

regional andina, não há espaço para harmonização máxima, sendo talvez este o calcanhar de Aquiles da CAN. Afinal, considerando que os órgãos decisórios andinos, além de serem intergovernamentais (com exceção da Secretaria-Geral, que, pese não seja um órgão decisório, está igualmente habilitada a emitir normas obrigatórias), também não possuem competência exclusiva para regulamentar exaustivamente uma matéria ou setor, disso resulta que são então os Estados-Membros que conduzem praticamente não só os processos de tomada de decisão, mas também lhes é dada uma grande flexibilidade para a implementação das normas andinas em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais – o que de resto fragiliza o proceso de harmonização das normas de integração regional entretanto necessárias à realização dos objetivos definidos no Acordo de Cartagena.

3.4. A harmonização jurídica no Mercado Comum do Sul

De acordo com o artigo 1.º do Tratado de Assunção, os Estados-Partes do MERCOSUL assumiram o compromisso de harmonizar as normas de seus respetivos ordenamentos jurídicos, as quais constituem ou podem constituir obstáculos ou embaraços, presentes e futuros, à formação e consolidação de um mercado comum. A harmonização jurídica foi considerada desde logo no Tratado fundador do MERCOSUL como um mecanismo imprescindível ao avanço da integração regional, nomeadamente no que concerne à concretização de um mercado comum. Com efeito, uma integração regional demanda acomodações e articulações recíprocas entre as várias normas de fontes e legitimidades distintas que convivem no seu sistema internormativo, sendo esta uma das condições sem a qual a consecução dos objetivos mantidos em comum pode ver-se afetada em termos negativos[830].

Convém salientar, antes de mais, que o Tratado de Assunção não prescreveu o que poderia vir a ser entendido como harmonização, tampouco deu indicações de como este mecanismo haveria de ser implementado. Contudo, a doutrina tem entendido que a ideia subjacente à expressão "harmonização de legislações" – tal como aparece escrita no artigo 1.º do Tratado de Assunção – corresponde à noção de aproximação entre legislações dos Estados-Partes do MERCOSUL[831]. Há ainda

[830] Cfr. FARIA Werter, Métodos de harmonização aplicáveis ao MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas, in BASSO Maristela (org.), *MERCOSUL – Seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-Membros*, 2.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 144 e 153.

[831] Cfr. FARIA Werter, Métodos de harmonização aplicáveis ao MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas, in *MERCOSUL – Seus efeitos jurídicos...*, cit., p. 143.

quem entenda que no âmbito do conceito de aproximação entre legislações inclui-se a coordenação[832], que se verifica quando são estabelecidas relações de influência entre o direito de integração regional e o direito nacional[833]. Enquanto a aproximação entre legislações promove modificações no direito nacional, alinhando-o às conceções do direito de integração regional, a coordenação limita-se apenas a alguns pequenos ajustes entre as diferentes legislações nacionais em decorrência de compromissos assumidos com base na diplomacia[834]. Segundo Jorge Alves, não obstante a harmonização jurídica possa valer-se de relações de coordenação, ela implica necessariamente uma aproximação entre legislações para ser efetivamente concretizada[835]. Deste modo, ambas as expressões harmonização jurídica (ou harmonização de legislações, como estabelece o Tratado de Assunção) e aproximação de legislações serão utilizadas indistintamente neste trabalho para determinar, no contexto mercosulino, uma articulação entre ordenamentos jurídicos diversos, com o escopo de eliminar ou pelo menos reduzir as suas diferenças mais marcantes[836] – lembrando que tais diferenças se referem apenas àquelas que eventualmente podem frustar os objetivos do projeto de integração regional[837]. Nesta senda, as medidas de harmonização jurídica ou aproximação entre legislações nacionais abrangem todas as matérias relacionadas à implementação e ao bom funcionamento do mercado comum, o qual consiste no objetivo precípuo da integração regional do MERCOSUL[838].

Ressalte-se que, segundo o preâmbulo do Tratado de Assunção, o mercado comum visa "acelerar os processos de desenvolvimento económico com justiça social", bem como "ampliar a oferta e a qualidade dos bens de serviço disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes", sendo que tal objetivo "deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconómica da complementação dos diferentes setores da economia". Como se pode perceber, o MERCOSUL tenciona inserir-se em uma dimensão social de mercado, tendo ainda como escopo promover "uma união cada vez mais estreita entre os seus povos". Deste modo, o

---

[832] SIMIONATO Frederico Augusto Monte, Métodos de harmonização legislativa na UE e no MERCOSUL: uma análise comparativa, in BASSO Maristela (coord.), *MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p.123.

[833] Cfr. ALVES Jorge de Jesus, *Lições de Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 227-229.

[834] Cfr. ALVES Jorge de Jesus, *Lições de Direito*..., cit., p. 227-229.

[835] Cfr. ALVES Jorge de Jesus, *Lições de Direito*..., cit., p. 227-229.

[836] Neste sentido, veja-se: MALINTOPPI Antonio, Il ravvicinamento delle legislazioni..., cit., p. 245.

[837] Cfr. CATALANO Nicola, *Manual de derecho de las Comunidades Europeas*, Buenos Aires, INTAL, 1966, p. 600-601.

[838] O que distingue a harmonização jurídica no âmbito de uma integração regional de outros contextos em que a aproximação entre legislações nacionais também é empregada (como no âmbito do direito internacional, por exemplo) prende-se com o seu escopo voltado ao estabelecimento de um mercado comum. Sobre a experiência europeia, que introduz este novo conceito, veja-se: MASTROIANNI Roberto, Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XII, 1997, p. 459.

Tratado de Assunção destaca o fato de que um projeto de integração regional não se limita a uma relação entre Estados, mas também tem como destinatários os seus cidadãos. Não de outro modo que a harmonização jurídica deve ser compreendida como um mecanismo a serviço da tutela dos direitos dos particulares, pois através dela são estabelecidas as condições para o recurso ao princípio da igualdade de tratamento. Sob esta perspectiva, a ausência de mecanismos eficientes de harmonização jurídica coloca em risco não só a consecução dos objetivos de uma integração regional, mas também pode frustar as pretensões jurídicas dos particulares, nomeadamente no que se refere à igualdade de tramento no espaço de uma integração regional.

De acordo com o supra referido artigo 1.º do Tratado de Assunção, o mercado comum implica, designadamente a) a livre circulação de mercadorias, serviços e fatores de produção, mediante a eliminação de direitos alfandegários e restrições não tarifárias; b) o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum; c) a coordenação das políticas macroeconómicas e setoriais, a fim de assegurar uma concorrência adequada entre os Estados-Membros em domínios relacionados ao comércio exterior, agricultura, indústria, fiscalidade, política monetária, cambial, de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e de comunicações, de entre outros acordados entre os Estados-Partes; e d) o compromisso dos Estados-Partes no sentido de empreender a harmonização jurídica de suas respetivas legislações em prol da consecução e do fortalecimento dos objetivos da integração regional mercosulina.

A princípio, pensava-se que a harmonização jurídica no MERCOSUL com vista à realização de um mercado comum não seria uma tarefa árdua, tendo em conta as afinidades entre os ordenamentos jurídicos de seus Estados-Partes. Contudo, ao longo do processo de integração mercosulino, o que parecia ser fácil tornou-se em algo melindroso em termos operacionais[839]. A escolha dos mecanismos de harmonização jurídica depende, em grande medida, do grau de comprometimento que os Estados-Partes querem assumir, bem como das áreas que pretendem harmonizar no âmbito de um projeto de integração regional. Em linhas gerais, os mecanismos de harmonização jurídica mais apropriados são aqueles que, tendo em conta os marcos normativos já existentes, correspondem às particularidades do espaço integrado e conciliam os interesses dos Estados. A harmonização jurídica pode ser compreendida, deste modo, como um espelho que reflete o grau de aprofundamento das dimensões jurídicas de uma uma integração regional.

[839] Cfr. MARTOS Frederico Thales de Araujo, MARTOS José Antonio de Faria, *Las interceptaciones telefónicas en los países del Mercosur: doctrina y jurisprudencia en el proceso civil*, Franca, Editora Lemos & Cruz, 2015, p. 230.

No âmbito do 2.º Encontro das Cortes Supremas do MERCOSUL, quando discutiu-se sobre o tema da harmonização jurídica, a juíza Elena Highton de Nolasco, da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina, destacou que 50% das normas mercosulinas ainda não foram incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais[840]. Trata-se de um défice preocupante, que demonstra a necessidade de uma revisão dos mecanismos empregados no processo de harmonização jurídica do MERCOSUL. Como já foi mencionado nos capítulos anteriores, os obstáculos que se impõem acerca da aplicabilidade das normas mercosulinas não dizem respeito propriamente ao direito originário do MERCOSUL, cujos instrumentos constitutivos submetem-se à aprovação dos procedimentos estatuídos pelas Constituições nacionais em matéria de tratados. O busílis maior recai sobre as normas de direito derivado, tendo em vista sobretudo as deficiências relacionadas às medidas nacionais de incorporação e ao sistema de vigência simultânea previsto no Protocolo de Ouro Preto. O grande desafio consiste, pois, em estabelecer uma acomodação coerente e harmonizada entre as normas nacionais e as normas mercosulinas de direito derivado no sistema internormativo mercosulino.

Considerando a estrutura intergovernamental do MERCOSUL, seus órgãos não possuem capacidade decisória vinculante, que à partida permitiria fossem engendrados mecanismos de harmonização jurídica mais eficientes no âmbito da integração regional mercosulina. Atualmente, a consecução dos objetivos do MERCOSUL depende do consenso dos Estados-Partes, obtido através dos órgãos decisórios que eles mesmos criaram para os representar na integração regional mercosulina. Frise-se que tais órgãos não possuem autonomia plena, pelo que apenas representam os interesses dos Estados-Partes [841] – ou seja, não existe no MERCOSUL uma esfera de jurisdição e gestão diferenciada das ordens nacionais[842].

Inicialmente, com vista à implementação do mercado comum, o Tratado de Assunção estabeleceu, em seu artigo 24.º, a criação da Comissão Parlamentar Conjunta, cuja estrutura institucional foi mantida no Protocolo de Ouro Preto (POP). De acordo com o artigo 25.º do POP *"[l]a*

---

[840] O 2.º Encontro das Cortes Supremas do MERCOSUL teve lugar em Brasília, nos dias 28 a 30 de novembro de 2004. A ata da reunião pode ser consultada no sítio «http://www.stf.jus.br/encontro2/imagens/pdf/degravacao_mercosul.pdf», última visualização em 03-06-2019. Não obstante o lapso temporal decorrido, considerando as publicações mais recentes sobre o tema da harmonização jurídica no MERCOSUL, tudo leva a crer que a percentagem deficitária referente à incorporação das normas mercosulinas ainda seja praticamente a mesma. Neste sentido, veja-se: ROCHA Maria Elizabeth Guimarães Teixeira, A incorporação das normativas mercosulinas e as constituições dos Estados-Partes: o desafio das superações da normatividade estatal, *Revista Universitas Relações Internacionais – UniCEUB*, vol. 9, n.º 1, 2011, p. 1-37. Além do mais, ao fazer um breve levantamento de dados no sítio oficial do MERCOSUL, é possível ainda verificar que um grande número de normas mercosulinas não se encontra vigente em virtude da falta da sua incorporação nos ordenamentos jurídicos nacionais. Para informações acerca dos referidos dados de incorporação, veja-se o sítio: «https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/decisoes/», última visualização em 03-06-2019.

[841] Cfr. ACCIOLY Elizabeth, *MERCOSUL e União Europeia*..., cit., p. 147.

[842] Cfr. VENTURA Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul*..., cit., p. 27-28.

Comisión Parlamentaria Conjunta [...] coadyuvará en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración". Mais tarde, nos termos do artigo 1.º do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL, a Comissão Parlamentar Conjunta foi substituída pelo Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL), o qual desde então assumiu o encargo de "*elaborar estúdios y anteproyectos de normas nacionales, orientados a la armonización de las legislaciones de los Estados Partes, los que serán comunicados a los Parlamentos nacionales a efectos de su eventual consideración*" (artigo 4.º, n.º 14 do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL).

Não obstante a Comissão Parlamentar Conjunta tivesse sido designada para auxiliar no processo de harmonização jurídica do MERCOSUL, nunca, nem ela tampouco o seu sucessor (o PARLASUL) possuíram competências para adotar normas de direito secundário. Consoante o disposto no artigo 19.º do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL, muito embora o PARLASUL participe dos processos de tomada de decisões, sua competência limita-se à adoção de pareceres, projetos de normas, anteprojetos de normas, declarações, recomendações, relatórios e disposições, os quais entretanto não vinculam os órgãos decisores do MERCOSUL[843].

Analisando a estrutura institucional mercosulina, percebe-se que apenas três órgãos são dotados de capacidade decisória, nomeadamente o Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM)[844]. Contudo, conforme já referido, considerando a estrutura intergovernamental do MERCOSUL, tais órgãos apenas defendem os interesses de seus Estados-Partes. Não há no MERCOSUL instituições supranacionais, como por exemplo a Comissão Europeia, conhecida por ser a guardiã dos Tratados. De qualquer modo, pode dizer-se que, de acordo com o artigo 8.º do POP, o Conselho do Mercado Comum tem como função velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, seus protocolos e acordos firmados em seu âmbito.

De entre outras competências atribuídas ao Conselho do Mercado Comum – que é o órgão decisório máximo do MERCOSUL (artigo 3.º do POP) –, está a de decidir sobre as propostas que lhe são submetidas pelo Grupo Mercado Comum. Os atos emanados do Conselho Mercado Comum, que assumem a forma de Decisões, vinculam os Estados-Partes do MERCOSUL (artigo 9.º do POP). As Decisões são adotadas por consenso e com a presença de todos os Estados-Partes no procedimento deliberatório[845]. As Decisões são dirigidas a todos os Estados-Membos, devendo ser transpostas,

---

[843] Cfr. ACCIOLY Elizabeth, *MERCOSUL e União Europeia*..., cit., p. 86.

[844] Não obstante o artigo 2.º do POP estabeleça que apenas os órgãos supramencionados possuem capacidade decisória, de acordo com o disposto no artigo 1.º do POP, são também considerados órgãos mercosulinos o Foro Consultivo Económico e Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do MERCOSUL (SAM).

[845] Artigo 6.º do Anexo I (Regimento Interno do CMC), MERCOSUL/CMC/DEC N.º 2 1998.

quando necessário, aos ordenamentos jurídicos nacionais. Em razão disso, as Decisões são particularmente úteis quando se tem por objetivo aproximar as legislações dos Estados-Partes do MERCOSUL[846].

O Conselho do Mercado Comum define, por meio de suas Decisões, políticas gerais relacionadas ao processo de integração regional mercosulino (artigo 10.º do Tratado de Assunção). Considerando a vasta gama de matérias regulamentadas através de Decisões, podem ser citadas, a título exemplificativo, as negociações com Estados terceiros, organizações internacionais e integrações regionais[847], como a Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 5, de 5 de agosto de 1995, que desencadeou as negociações entre o MERCOSUL e a UE, com vista à assinatura de um acordo inter-regional voltado ao estabelecimento de uma cooperação económica e comercial entre ambas as integrações regionais.

Além de negociações, as Decisões do Conselho do Mercado Comum também estabelecem as Reuniões de Ministros, que têm por finalidade permitir consultas recíprocas e negociações para a coordenação das políticas nacionais visando à formação do mercado comum[848]. As primeiras Reuniões de Ministros criadas pelo Conselho do Mercado Comum foram as Reuniões de Ministros da Economia e de Presidentes dos Bancos Centrais dos Estados-Partes[849]. Logo em seguida foram criadas as Reuniões de Ministros da Educação[850], da Justiça[851], do Trabalho[852], da Agricultura[853], da Cultura[854], da Saúde[855], do Interior[856] e de Minas e Energia[857]. Mais recentemente destacam-se as Reuniões de Ministros do Interior e da Segurança (que alterou a Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º

[846] Cfr. OLMOS GIUPPONI María Belén, Sources of Law in MERCOSUR – Analysis of the Current Situation and Proposals for the Future, in *The Law of MERCOSUR*, cit., p. 62.

[847] Cfr. OLMOS GIUPPONI María Belén, Sources of Law in MERCOSUR – Analysis of the Current Situation and Proposals for the Future, in *The Law of MERCOSUR*, cit., p. 62.

[848] Cfr. OLMOS GIUPPONI María Belén, Sources of Law in MERCOSUR – Analysis of the Current Situation and Proposals for the Future, in *The Law of MERCOSUR*, cit., p. 62.

[849] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 6, de 16 de dezembro de 1991.

[850] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 7, de 16 de dezembro de 1991.

[851] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 8, de 16 de dezembro de 1991.

[852] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 16, de 16 de dezembro de 1991.

[853] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 11, de 27 de dezembro de 1992.

[854] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 2, de 5 de agosto de 1995.

[855] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 3, de 5 de agosto de 1995.

[856] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 7, de 17 de dezembro de 1996.

[857] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 60, de 15 de dezembro de 2000.

07/96)[858], a Reunião de Ministros e Altas Autoridades de Gestão Integral de Riscos de Desastres do MERCOSUL[859] e a Reunião de Ministros e Altas Autoridade em Esportes e Estrutura Orgânica[860].

Importa ressaltar que, as normas adotadas no âmbito de uma Reunião de Ministros possuem uma natureza híbrida, pois resultam de uma Decisão do Conselho do Mercado Comum, porém contém, em seu anexo, o texto de um protocolo que é adotado na forma de uma norma de direito primário. Observe-se que, a despeito da denominação de protocolo ou acordo, estas normas não entram, tecnicamente, na categoria de direito primário, constituído pelos instrumentos fundadores do MERCOSUL. Portanto, tais protocolos, não obstante a sua aparência de direito primário, consistem em normas derivadas[861]. Neste sentido, cite-se os protocolos referentes à cooperação jurisdicional[862], ao direito do consumidor e da concorrência[863], a investimentos e circulação de capitais[864], a áreas de educação e cultura no âmbito do Mercosul[865], à propriedade intelectual, normalização e comércio de serviços[866], de entre outros.

Em relação ao Grupo Mercado Comum, de entre as suas funções, cite-se: a) propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum; e b) aprovar ou rejeitar propostas ou recomendações de

---

[858] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 28, de 20 de dezembro de 2017.

[859] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 47, de 10 de dezembro de 2015.

[860] Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 27, de 15 de dezembro de 2014.

[861] Cfr. Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 145-146.

[862] De entre os quais, cite-se: Protocolo de Las Lenas sobre Cooperação e Assistência em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 5/92, de 27 de junho de 1992); Protocolo de Medidas Cautelares (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 27/94, de 17 de dezembro de 1994); Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 1/94, de 5 de agosto de 1994); e Protocolo de San Luis em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados-Partes do Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 1/96, de 25 de junho de 1996).

[863] De entre os quais, cite-se: Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 10/96, de 17 de dezembro de 1996); e Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 18/96, de 17 de dezembro de 1996).

[864] De entre os quais, cite-se: Protocolo de Colônia para Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 11/94, de 17 de janeiro de 1994); e Protocolo sobre Promoção e Proteção dos Investimentos Provenientes de Estados Não-Partes do Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 11/94, de 5 de agosto de 1994).

[865] De entre os quais, cite-se: Protocolo de Integração Cultural do Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 11/96, de 17 de dezembro de 1996); Protocolo de Integração Educacional para Prosseguimento de Estudos de Pós-graduação nas Universidades dos Estados-Partes do Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 8/96, de 17 de dezembro de 1996); Protocolo de Integração Educacional para a Formação de Recursos Humanos no Nível de Pós-graduação entre os Estados-Partes do Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 9/96, de 17 de dezembro de 1996); e Protocolo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício das Atividades Acadêmicas nos Estados-Partes do Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 3/97, de 19 de junho de 1997).

[866] De entre os quais, cite-se: Protocolo de Harmonização de Normas sobre Propriedade Intelectual no Mercosul em Matéria de Marcas, Indicações de Procedência e Denominações de Origem (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 8/95, de 5 de agosto de 1995); Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do Mercosul (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 12/98, de 24 de julho de 1998); e Protocolo de Harmonização de Normas em Matéria de Desenhos Industriais (Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.° 16/98, de 10 de dezembro de 1998).

normas mercosulinas submetidas pelos demais órgãos do MERCOSUL (artigo 14.º, II e VI do POP). As decisões do Grupo Mercado Comum assumem a forma de Resoluções, que são obrigatórias para os Estados-Partes. São adotadas por consenso e com a presença de todos os Estados-Partes no procedimento deliberatório[867]. Assim como as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções adotadas pelo Grupo Mercado Comum devem ser incorporadas, quando necessário, aos ordenamentos jurídicos nacionais, sendo igualmente úteis ao objetivo de aproximar as legislações dos Estados-Partes do MERCOSUL. De um modo geral, as Resoluções abrangem assuntos relacionados à liberdade de circulação dentro do espaço de integração regional do MERCOSUL[868].

A Comissão de Comércio do MERCOSUL manifesta-se, por sua vez, por meio de Diretrizes ou Propostas, sendo as primeiras obrigatórias para os Estados-Partes (artigo 20.º do POP). As Propostas são projetos ou iniciativas a serem levados ao Grupo Mercado Comum, relacionadas à aplicação de instrumentos comuns de política comercial e matérias que envolvem questões aduaneiras e alíquotas da Tarifa Externa Comum[869]. As Diretrizes e as Propostas são adotadas por consenso e com a presença dos representantes de todos os Estados-Partes. As Diretrizes distinguem-se das Decisões e das Resoluções, na medida em que regulamentam questões comerciais técnicas específicas e, na maioria das vezes, não requerem a sua incorporação pelos Estados-Partes do MERCOSUL (ou seja, são auto-executáveis)[870].

As normas de direito secundário que vinculam os Estados-Partes do MERCOSUL são, portanto, as Decisões, as Resoluções e as Diretrizes (artigo 41.º, III do POP). Conforme já foi referido, tais normas são adotadas por consenso, por isso requerem a unanimidade dos Estados-Partes do MERCOSUL (artigo 37.º do POP)[871]. Tendo em vista que as normas mercosulias nem sempre gozam de aplicabilidade imediata, devem ser incorporadas ao ordenamento jurídico dos Estados-Partes para que possam produzir efeitos. Em decorrência do princípio da cooperação leal (artigo 38.º do POP), os

---

[867] Cfr. Artigo 10.º do Anexo I do Regimento Interno do Grupo Mercado Comum, definido pela Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 4, de 16 de dezembro de 1991.

[868] Cfr. OLMOS GIUPPONI María Belén, Sources of Law in MERCOSUR – Analysis of the Current Situation and Proposals for the Future, in *The Law of MERCOSUR*, cit., p. 62.

[869] Artigo 19.º, IV, V, VII e VIII do Protocolo de Ouro Preto; e Artigo 5.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL n.º 9, de 5 de agosto de 1994.

[870] Cfr. OLMOS GIUPPONI María Belén, Sources of Law in MERCOSUR – Analysis of the Current Situation and Proposals for the Future, in *The Law of MERCOSUR*, cit., p. 63.

[871] Segundo Elizabeth Accioly, com raras exceções, as referidas normas mercosulinas podem ser adotadas por maioria qualificada. Neste sentido, veja-se: ACCIOLY Elizabeth, *MERCOSUL e União Europeia – Estrutura Jurídico-Institucional*, 4.ª ed., Curitiba, Juruá, 2010, p. 92.

Estados-Partes do MERCOSUL comprometem-se a incorporar as normas mercosulinas, quando tal incorporação faz-se necessária[872].

De acordo com o artigo 42.º do POP, a norma mercosulina determina quando há necessidade de ser incorporada nos ordenamentos jurídicos nacionais. A interpretação de tal dispositivo leva a crer que o Estado-Parte está autorizado a considerar que a natureza de um ato guiará a necessidade ou dispensa da incorporação[873]. Acontece que nem sempre a norma mercosulina de direito derivado indica expressamente em seu texto se deve ser submetida a uma medida de incorporação. Na ausência de qualquer precisão trazida pelo Protocolo de Ouro Preto, o próprio direito derivado do MERCOSUL tratou de auxiliar na tarefa de identificar quando uma norma requer ou não uma medida nacional de incorporação.

No capítulo anterior foi constatado que, consoante o disposto no artigo 3.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 22/04, as normas dotadas de caráter funcional ou administrativo não necessitam de ser incorporadas pelos Estados-Partes, na medida em que se referem ao funcionamento interno do MERCOSUL. Tais normas entram em vigor no momento da sua adoção, conforme determina o artigo 5.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 23/00. Com base no exposto, percebe-se que existem no direito mercosulino normas de aplicabilidade imediata, pelo que é possível chegar a seguinte conclusão. As normas limitadas ao funcionamento interno do MERCOSUL possuem aplicabilidade imediata e, nesta medida, não exigem nenhuma intervenção dos Estados-Partes[874]. Em contrapartida, as demais normas que estabelecem regras de conduta aos Estados-Partes são de "aplicabilidade indireta", dirigindo-se ao conjunto dos Estados-Partes e impondo-lhes obrigações. Esta distinção constituiria, à partida, a "*summa divisio*" das disposições mercosulinas[875].

Acontece que nem sempre todas as normas acima rotuladas de "aplicabilidade indireta" precisam de submeter-se ao procedimento de incorporação[876]. Existem algumas exceções que devem ser consideradas. Há normas que, não obstante estabeleçam regras de conduta aos Estados-Partes, não mencionam qualquer exigência de incorporação[877]. Há também casos em que a incorporação de

---

[872] Cfr. IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, parágrafo 117.

[873] Cfr. VENTURA Deisy, *Asimetrías Cruzadas o Cubismo Formativo. La incorporación de normas en el MERCOSUR. Profundización del MERCOSUR y el desafio de las disparidades*, Rio de Janeiro, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración y Programas Regionales, Departamento Regional de Operaciones 1, Instituto para la integración de América Latina y el Caribe, 2005, p. 128.

[874] De acordo com Jorge Fontoura, a existência de normas mercosulinas de direito derivado destinadas às próprias instituições do MERCOSUL permite entrever o nítido delinear de um incipiente "direito administrativo intracomunitário". Neste sentido, veja-se: FONTOURA Jorge, Fontes e formas para uma disciplina jurídica comunitária, *Revista CEJ - Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal*, vol. 1, n.º 2, 1997, 49.

[875] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para*..., cit., p.50.

[876] Cfr. PEROTTI Alejandro, Estructura institucional y derecho en el Mercosur, *Revista de* derecho *del Mercosur*, ano 6, n.º 1, 2002, p. 104-105.

[877] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para*..., cit., p. 50.

normas que estabelecem regras de conduta aos Estados-Partes é dispensada, nomeadamente quando um certo Estado-Parte especifica que já possui uma norma idêntica em seu ordenamento jurídico. Neste caso, o Estado-Parte deve notificar a Secretaria do MERCOSUL (nos termos do artigo 40.º do POP) e indicar a norma nacional já existente, cujo conteúdo é equivalente ao que acaba de ser aprovado pelo órgão mercosulino. Assim sendo, um Estado-Parte pode considerar-se isento de efetuar a incorporação sempre que o conteúdo da disposição mercosulina já esteja presente em sua ordem jurídica nacional. Considera-se, deste modo, que tal norma mercosulina é imediatamente aplicável na ordem jurídica do Estado-Parte em causa, apesar da eventual exigência de incorporação para outros Estados-Partes[878].

Interessa ainda notar, a propósito da mencionada exceção à incorporação das normas que estabelecem regras de conduta aos Estados-Partes, que o artigo 5.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 23/00 determinava que, para ser dispensada do ato de incorporação, o conteúdo da norma nacional devia ser "similar" àquela do MERCOSUL que viria a ser aprovada. Esta disposição causava ambiguidades, pelo que o artigo 10.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 20/02 introduziu alterações ao artigo 5.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 23/00, determinando que a partir de então a norma nacional deveria corresponder "em termos idênticos" à norma do MERCOSUL aprovada. Assim, a partir do momento em que o Estado-Parte notifica a Secretaria do MERCOSUL para indicar qual norma nacional corresponde "em termos idênticos" àquela norma mercosulina adotada, esta última passa a ser considerada incorporada na ordem jurídica do Estado-Parte em causa.

Tendo sido analisados os casos excecionais que isentam os Estados-Partes das medidas de incorporação, interessa agora verificar como se dá a execução e a vigência das normas mercosulinas de direito derivado nos ordenamentos jurídicos nacionais e no sistema internormativo mercosulino. De um modo geral, pode afirmar-se desde já que as normas derivadas mercosulinas que exigem a adoção de uma medida nacional de incorporação seguem a lógica aplicável ao direito internacional – trata-se de uma solução inadequada, pois o direito de uma integração regional deve conformar-se à teleologia dos sistemas internormativos[879].

---

[878] Cfr. VENTURA Deisy.; PEROTTI Alejandro, *El Proceso Legislativo*..., cit., p. 41.

[879] Segundo Pescatore, referindo-se ao contexto europeu, não se pode comparar as normas dos Tratados da UE a todos os atos internacionais, pois não parece estar de acordo com os objetivos específicos dos tratados de integração aplicar discriminadamente as conceções que dizem respeito à relação entre o direito internacional e o direito interno. Neste sentido, veja-se: PESCATORE Pierre, L'application directe des traités européens par les jurisdictions nationales: la jurisprudence nationale, Bruxelas, Bruylant, 2008, p. 182.

Uma vez aprovada a norma mercosulina pelos órgãos decisórios do MERCOSUL, é de responsabilidade das autoridades nacionais adotar as medidas necessárias para executá-la[880]. São, portanto, as autoridades nacionais que intervêm nas fases de execução normativa, regulamentar ou administrativa[881]. Sublinhe-se que o Protocolo de Ouro Preto dá aos Estados-Partes toda liberdade para seguir os seus procedimentos internos de incorporação das normas mercosulinas – ou seja, cada Estado-Parte é livre para escolher a forma que considera mais apropriada para que tais normas sejam executadas[882]. Contudo, o direito derivado mercosulino tem prescrito algumas regras que devem ser atendidas pelas autoridades nacionais quando da execução das normas mercosulinas que precisam de ser incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais. Trata-se de algumas medidas que procuram limitar a autonomia dos Estados-Partes, com vista a assegurar uma maior homogeneidade na execução das normas mercosulinas nos ordenamentos jurídicos nacionais.

De acordo com o artigo 7.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 20/02, as normas mercosulinas devem ser incorporadas na sua totalidade. Isto significa que é formalmente proibido aos Estados-Partes, no momento da incorporação de uma norma mercosulina, realizar quaisquer modificações em seu texto. Note-se que os Estados-Partes não gozam de margem de apreciação quando da implementação de uma norma mercosulina – contudo, considerando que foram os próprios Estados-Partes representados pelos órgãos decisórios do MERCOSUL que a adotaram por meio do recurso à unanimidade não faria sentido fosse permitido uma conduta diversa. O objetivo da referida Decisão prende-se, pois, com o interesse em estabelecer-se uma homogeneidade do direito mercosulino em todos os Estados-Partes. Deste modo, impende sobre os Estados-Partes o dever de alinhar o seu direito nacional com os objetivos e disposições das normas de direito do MERCOSUL, bem como o dever de evitar quaisquer óbices à sua boa aplicação[883].

Os Estados-Partes também devem atender aos prazos fixados para a incorporação de uma norma mercosulina[884]. Estas normas determinam o seguinte: "os Estados-Partes deverão incorporar a presente (Decisão, Resolução ou Diretriz) em seus ordenamentos jurídicos internos antes de (data)"[885]. De acordo com o artigo 8.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 20/02, a complexidade dos procedimentos internos de adequação do direito nacional com o direito do MERCOSUL não justifica

[880] Cfr. VENTURA Deisy; PEROTTI Alejandro, *El Proceso Legislativo*..., cit., p. 34-35.

[881] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para*..., cit., p.52-53.

[882] GIUPPONI María Belén Olmos, Free Trade and Labour and Environmental Standards in MERCOSUR, *Columbia Internacional*, nº 81, 2014, p. 84.

[883] Artigo 8.º, alínea 1 da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 20/02, de 6 de dezembro de 2002.

[884] Ressalte-se que nem sempre as Decisões, as Resoluções e as Diretrizes contêm uma data ou um prazo para a sua incorporação. Artigo 7.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 23/00, de 29 de junho de 2000.

[885] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para*..., cit., p. 423.

o descumprimento dos prazos de incorporação previstos nos textos das normas mercosulinas. Cumpre observar que, a maioria das normas que contêm prazos de incorporação são executadas pela via administrativa[886]. As normas submetidas ao poder legislativo não mencionam, como regra geral, o prazo de incorporação[887]. Os Estados-Partes consideram que a imposição de um prazo para a intervenção legislativa é suscetível de interferir no exercício das competências nacionais[888].

A experiência demonstra que, quando não é estabelecida uma data limite para proceder a incorporação, os Estados-Partes, a seu critério, adiam *sine die* a vigência de uma norma mercosulina – parece até um contrassenso a ação de manter-se integrado, estabelecer normas em conjunto e depois torná-las sem efeito pelo simples fato de não as executarem nos ordenamentos jurídicos nacionais. Acrescido a isso, recorde-se que as normas mercosulinas são desprovidas de efeito direito, pelo que, se não são devidamente incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais, os particulares ficam impedidos de invocá-las no âmbito do MERCOSUL. Isto tem-se verificado de forma evidente em relação aos supra referidos protocolos adotados segundo o procedimento utilizado para as normas primárias[889]. Tais normas estabelecem as suas próprias cláusulas de entrada em vigor, respeitando os procedimentos previstos pelos tratados internacionais. Algumas delas só entram em vigor para os Estados-Partes após a apresentação do segundo ou terceiro instrumento de ratificação[890].

A propósito, interessa mencionar a primeira opinião consultiva submetida ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL[891] que ressaltou os problemas que decorrem das condições da entrada em vigor dos protocolos. Estava em causa um pedido de parecer do Supremo Tribunal de Justiça do Paraguai em relação à interpretação do Protocolo de Buenos Aires sobre a jurisdição internacional em matéria contratual[892] e o Protocolo de Santa Maria sobre as relações de consumo[893]. Neste caso os Estados-Partes divergiam sobre a escolha da jurisdição competente de acordo com as normas mercosulinas aplicáveis. Ao apreciar os protocolos em questão, o Tribunal Permanente de

---

[886] De maneira geral, as normas mercosulinas que podem ser executadas através da administração dispõem de uma cláusula que serve para determinar os órgãos nacionais competentes no âmbito de cada Estado-Parte a fim de efetuar esta incorporação. Estes órgãos são determinados pelo conteúdo da norma e de acordo com o assunto tratado. No Brasil, os principais atos administrativos que incorporam as normas mercosulinas são "portarias" do Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO) e dos ministérios da Agricultura e Saúde, "instruções normativas" da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda (SRF/MF), "circulares" do Banco Central do Brasil (BACEN) e "resoluções" dos conselhos nacionais, como o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) do Ministério da Justiça. Neste sentido, veja-se: ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 141 e 421.

[887] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 140.

[888] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 194.

[889] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 143.

[890] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 146.

[891] Opinião consultiva 01/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007.

[892] Decisão do Conselho do Mercado n.º 1/94, de 5 de agosto de 1994.

[893] Decisão do Conselho do Mercado n.º 9/96, de 16 de dezembro de 1996.

Revisão do MERCOSUL entendeu ser necessário verificar se *a priori* os mesmos tinham sido aprovados e ratificados por todos os Estados-Partes. Como ambos os protocolos foram adotados sob a forma de direito primário mercosulino, as regras relativas à sua entrada em vigor são similares àquelas aplicáveis aos tratados internacionais, sendo a ratificação, por conseguinte, indispensável. Se, por um lado, constatou-se a aplicabilidade do Protocolo de Buenos Aires, por outro lado, tendo em vista que o Protocolo de Santa Maria não tinha sido ratificado em nenhum Estado-Parte, o Tribunal Permanente de Revisão entendeu que o mesmo não se encontrava em vigor, portanto, era desprovido de qualquer efeito jurídico vinculativo[894].

Cumpre notar que o Protocolo de Santa Maria foi adotado pela Decisão do Conselho do Mercado Comum em novembro de 1996. É espantoso que à época do pedido da referida opinião consultiva (dezembro de 2006), bem como da resposta do Tribunal Permanente de Revisão (abril de 2007) – ou seja, após o transcurso de dez anos – o Protocolo de Santa Maria ainda não tivesse sido ratificado pelos Estados-Partes do MERCOSUL. Esta situação torna-se ainda mais portentosa considerando que, até o presente momento, conforme informação obtida através do sítio oficial do MERCOSUL[895], o Protocolo de Santa Maria ainda não se encontre em vigor, mesmo já tendo decorrido mais de vinte anos desde a sua aprovação. Isto demonstra o quanto pode ser lento e difícil a entrada em vigor de uma norma no sistema internormativo mercosulino. Segundo Paula W. Almeida, uma solução possível seria a inserção no texto de cada norma mercosulina de uma disposição determinando um prazo no qual devem ser tomadas as medidas nacionais de execução, a exemplo das normas derivadas submetidas a uma aprovação pelas vias administrativas[896]. Uma outra solução

[894] Opinião consultiva 01/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007, ponto F, 3.

[895] Sobre o estado de vigência do Protocolo de Santa Maria no sistema internormativo do MERCOSUL, veja-se: «http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=Ikk90C8cjD/9eWgqGr/GgA==&em=Ic4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8=», última visualização em 03-06-2019.

[896] Neste sentido, veja-se: ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 147. A Decisão do Conselho do Mercado Comum n.° 35/08, de 15 de dezembro de 2008, estabeleceu um mecanismo de controlo para verificar os casos de não incorporação das normas mercosulinas dotadas de um prazo específico de incorporação. Nos termos da referida Decisão, o órgão decisório deve ser chamado a fim de tomar as medidas necessárias para assegurar uma homogeneidade na incorporação das normas mercosulinas. O órgão decisório conta com a colaboração da Secretaria do MERCOSUL, em coordenação com a Reunião Técnica de Incorporação de Normas do MERCOSUL. Incumbe à Secretaria informar periodicamente à presidência *pro tempore* (definida conforme o artigo 5.° do Tratato de Assunção) e aos outros Estados-Partes sobre as normas não incorporadas por nenhum Estado-Parte. Cumpre notar que o início do procedimento de análise tem lugar somente após cinco anos contados a partir da aprovação da norma não incorporada, ou ainda dois anos a contar da data final para a incorporação, no caso de normas que possuem um prazo para serem incorporadas. Ademais, não basta que um só Estado-Parte não incorpore a norma, mas é necessário que todos os Estados-Partes faltem com a obrigação de incorporação de maneira conjunta. Uma crítica a ser tecida prende-se com o fato de que o mecanismo deveria de ser acionado sempre que um Estado-Parte não tomasse as medidas necessárias para incorporar uma norma mercosulina.

avançada por Rogério Santos da Costa, de entre outros juristas, consistiria em prover as normas mercosulinas de efeito direto[897].

Ressalte-se que o problema acima mencionado não se limita ao caso dos protocolos. A ausência de incorporação constitui um entrave à vigência da totalidade das normas emanadas dos órgãos decisórios do MERCOSUL. Note-se que a tentativa de enquadrar a autonomia procedimental dos Estados-Partes prevista no artigo 40.º do POP – que trata do sistema de vigência simultânea – não teve em conta as particularidades dos distintos ordenamentos jurídicos nacionais, que de resto se encontram impossibilitados de dar uma resposta às exigências do direito do MERCOSUL.

Conforme referido no capítulo anterior, de acordo com o artigo 40.º do POP, o sistema de vigência simultânea requer, além da incorporação, condições adicionais para que as normas do MERCOSUL adquiram vigência. Em síntese, este sistema envolve três etapas. Na primeira etapa, exige-se que os Estados-Partes incorporem, quando necessário, as normas aprovadas pelos órgãos decisórios do MERCOSUL. Concluída a incorporação, os Estados-Partes devem comunicar tal fato à Secretaria do MERCOSUL. A segunda etapa é iniciada quando todos os Estados-Partes tiverem comunicado à Secretaria do MERCOSUL a incorporação da referida norma. Neste caso, a Secretaria do MERCOSUL informa da plena incorporação da norma mercosulina a cada Estado-Parte. A terceira etapa compreende um prazo de trinta dias entre a comunicação efetuada pela Secretaria do MERCOSUL aos Estados-Partes e a entrada em vigor da norma mercosulina. Dentro desse prazo de trinta dias todos os Estados-Partes devem dar publicidade do início de vigência da referida norma por meio dos seus diários oficiais.

O sistema de vigência simultânea foi uma solução encontrada pela integração regional mercosulina que buscava uma alternativa ao recurso a) da aplicabilidade imediata (previsto na UE e na CAN); b) da mera incorporação e troca ou depósito dos instrumentos de ratificação (inerente ao direito internacional público); e c) da aprovação, promulgação e publicação nacionais (respeitante ao direito interno). Contudo, trata-se de um sistema complexo, que exige a ação concertada entre os Estados-Partes, na medida em que todos têm a obrigação de comunicar à Secretaria do MERCOSUL quando tiverem concluído o procedimento de incorporação de uma norma mercosulina. Todavia, sublinhe-se, as normas incorporadas só adquirem vigência trinta dias após a Secretaria do MERCOSUL ter comunicado que todos os Estados-Partes realizaram a devida incorporação ao seu ordenamento jurídico interno[898].

---

[897] Cfr. SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional, in *Organizações Internacionais de*..., cit., p. 209.

[898] Cfr. OLIVEIRA Francielle Vieira, Integração Jurídica e Diálogo..., cit., p. 722-723.

Acontece que os Estados-Partes não respeitam a obrigação de comunicar à Secretaria do MERCOSUL sobre a adoção da norma mercosulina na ordem jurídica nacional. Segundo Alejandro Perotti, os Estados-Partes deixam de comunicar a medida nacional de incorporação por razões maioritariamente burocráticas[899]. Além do mais, o desrespeito do dever de notificação dos Estados-Partes é frequentemente acompanhado pelo não cumprimento da obrigação de enviar uma cópia do texto da medida nacional de incorporação, conforme determina o artigo o artigo 2.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 23/00[900].

Acrescente-se ainda que os Estados-Partes não aguardam a comunicação da Secretaria do MERCOSUL para que a norma mercosulina entre em vigor simultaneamente dentro de trinta dias. Isto acontece porque não existem meios práticos que permitam esperar a autorização da Secretaria do MERCOSUL para que a norma mercoulina possa entrar em vigor na ordem interna[901]. Não de outro modo que a doutrina sustenta que o sistema de vigência simultânea representa uma "ficção jurídica"[902]. Observe-se que uma norma mercosulina pode encontrar-se em vigor em alguns Estados-Partes que as incorporaram, sendo que, todavia, não se aplicam para aqueles que ainda não concluíram o seu processo de incorporação.

Por fim, ressalte-se que os Estados-Partes não respeitam igualmente a obrigação de publicar a data de entrada em vigor da norma mercosulina nos diários oficiais[903]. Como faz notar Paula W. Almeida, referindo-se ao caso brasileiro, a medida de incorporação de uma norma mercosulina geralmente contém um artigo que prescreve a sua entrada em vigor na data de sua publicação no diário oficial e nenhuma menção é feita ao sistema de vigência simultânea[904].

Assim sendo, tendo em vista que os ordenamentos jurídicos nacionais não contemplam o sistema de entrada em vigor simultânea e considerando ainda que os procedimentos internos de execução diferem significativamente, tudo isso implica entraves à consecução do objetivo que consiste na harmonização do direito mercosulino e, de consequência, o próprio estabelecimento de um mercado comum – lembre-se que o MERCOSUL ainda se encontra em uma fase de união aduaneira (incompleta). Ademais, a heterogeneidade de soluções no que concerne à incorporação e vigência das

---

[899] Neste sentido, veja-se PEROTTI Alejandro Daniel, Mercosur: proceso legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalizacion, *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, vol. 2, 2007, p. 627.

[900] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para*..., cit., p. 150.

[901] No III Laudo arbitral em esclarecimento do TAHM, de 07 de abril de 2000, n.º 2, a Argentina afirmou que o MERCOSUL não conseguiu aplicar na prática o sistema de vigência simultânea instituido pelo artigo 40.º do POP, pois o direito derivado, após a sua incorporação no direito interno, entra em vigor nos Estados-Partes de acordo com a data estabelecida pelo ato de incorporação.

[902] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, Mercosur: proceso legislativo..., cit., 2, p. 619.

[903] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, Mercosur: proceso legislativo..., cit., 2, p. 630.

[904] Neste sentido veja-se: ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para*..., cit., p. 152.

normas mercosulinas coloca em risco não só a harmonização jurídica e a concretização do mercado comum, bem como impede a igualdade de tratamento entre os particulares no espaço de integração regional – afinal, como já foi constatado, a norma mercosulina não incorporada e que não atende ao requisito da vigência simultânea não pode atribuir aos particulares direitos invocáveis perante às jurisdições nacionais, tampouco os tribunais nacionais estão autorizados a aplicar as normas mercosulinas nessas referidas condições[905].

As deficiências em relação às medidas de incorporação e vigência das normas mercosulinas demonstram a falta de êxito do MERCOSUL em cercear a autonomia estatal. A imposição de limites mais eficazes à autonomia estatal poderia ajudar a neutralizar os efeitos centrífugos de uma invocação abusiva pelos Estados-Partes de sua reserva de liberdade. Lembre-se que nem ao menos existe previsão de punição para os casos em que os Estados-Partes não cumprem com as obrigações relativas à incorporação do direito mercosulino. Diferentemente da União Europeia e da Comunidade Andina de Nações, que instituiram a ação por incumprimento, o MERCOSUL não dispõe de tal meio judicial, pelo que ainda não existe remédio contra a violação do direito mercosulino[906]. A falta de mecanismos efetivos que corroborem para pressionar os Estados-Partes a internalizar as normas emanadas do MERCOSUL constitui, portanto, uma das grandes dificuldades enfrentadas hodiernamente no processo de integração regional.

Contudo, como já mencionado neste trabalho, no âmbito do IV laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, os árbitros indicaram a possibilidade de despoletar a responsabilidade dos Estados-Partes independentemente da existência de um prazo estabelecido para a incorporação de uma norma mercosulina de direito derivado[907]. Neste sentido, foi estabelecido que "[*d]ada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumpliendo apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido*"[908]. Acontece que nenhuma menção foi feita a respeito das consequências que decorrem da falta de incorporação das normas mercosulinas, pelo que os particulares ainda encontram-se em situação de insegurança jurídica a respeito do conteúdo concreto de seus direitos e obrigações[909].

---

[905] Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 118.

[906] ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 203.

[907] IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001.

[908] IV Laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001, parágrafo 117.

[909] Cfr. LABRANO Roberto Ruiz Diaz, *Mercosur, Integración y Derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 498.

Ademais, importa sublinhar que, mesmo que sejam superadas as deficiências em relação à incorporação e vigência simultânea das normas mercosulinas, existe um outro problema que se prende com a possibilidade de as normas mercosulinas suscitarem questões de ordem constitucional que evoca a compatibilidade com as Leis Fundamentais dos Estados-Partes[910]. Lembre-se que as Constituições do Brasil, do Uruguai, da Argentina, do Paraguai e da Venezuela contém dispositivos que respaldam o direito de integração regional, embora em diferentes dimensões de juridicidade, sendo as duas primeiras mais refratárias e menos permeáveis aos princípios do primado do direito mercosulino e da delegação de competências a órgãos/instituições de natureza supranacional. Assim sendo, as Constituições dos Estados-Partes divergem quanto à implementação de uma norma mercosulina em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais. Isto significa que, a depender do ordenamento jurídico em causa, uma norma nacional pode vir a invalidar uma norma mercosulina incorporada em virtude dos princípios *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat generali*.

Com o intuito de colmatar tais inconvenientes, importa mencionar a tentativa do Conselho do Mercado Comum, que introduziu, no âmbito da sua Decisão n.º 22/04 (relativa à vigência e aplicação das normas emanadas dos órgãos com capacidade decisória do MERCOSUL)[911], um Anexo contendo uma cláusula que prevê o primado das normas mercosulinas que não requeiram tratamento legislativo nos Estados-Partes. Todavia, de acordo com o disposto no sexto parágrafo do Anexo da Decisão n.º 22/04, a primazia ali referida verifica-se apenas em relação às normas nacionais de hierarquia igual ou inferior conforme o direito interno. Trata-se, portanto, de uma primazia parcial, pois depende de como cada Estado-Parte recepciona as normas mercosulinas em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais. Contudo, convém destacar que tal Decisão não se encontra atualmente em vigor, pelo que não possui efeito jurídico vinculativo[912].

Diante de todo o exposto, verifica-se uma falta de segurança jurídica no MERCOSUL, que decorre das imperfeições dos mecanismos adotados no processo de harmonização do direito mercosulino. Considerando o crescente número de matérias regulamentadas pelas normas mercosulinas, a ausência de medidas capazes de aplicá-las de forma coerente e harmonizada em todos os Estados-Partes pode comprometer os objetivos previstos nos tratados constitutivos, bem como colocar em causa a própria a sobrevivência do projeto de integração mercosulino. Além do mais, as

[910] ROCHA Maria Elizabeth Guimarães Teixeira, MERCOSUL: Intergovernabilidade e desafios à supranacionalidade. Uma análise sobre as constituições dos Estados-Partes e seus reflexos no prcesso de integração, in MONTE Mario Ferreira, CALHEIROS Maria Clara, PEREIRA Maria Assunção do Vale, GONÇALVES Anabela (orgs.), *Direito na Lusofonia – Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, Braga, EDUM, 2016, p. 287-294.

[911] Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 22/04, de 8 de julho de 2004.

[912] Informação obtida através do sítio oficial do MERCOSUL, disponível em «https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/», última visualização em 03-06-2019.

diferenças de tratamento entre os particulares em um ambiente integrado são insustentáveis a longo prazo, pelo que há de se repensar urgentemente sobre mecanismos alternativos de harmonização jurídica no MERCOSUL.

Como já foi avançado no capítulo anterior, para corrigir as deficiências do processo de harmonização jurídica, o sistema internormativo mercosulino haveria de estabelecer-se com base nos princípios da aplicabilidade imediata, do efeito direito e do primado do direito do MERCOSUL. Para tanto, as Constituições dos Estados-Partes devem aderir ao conceito de "estadualidade aberta", abandonando o modelo vestfaliano de Estado que não mais se adequa às tendências impulsionadas pelos "fenómenos-inter". Na sequência seria possível implementar meios judiciais capazes de assegurar que o direito nacional não exceda o seu próprio círculo de atribuições. Muito embora o MERCOSUL já tenha implementado o recurso às opiniões consultivas, trata-se de uma dinâmica jurisdicional desprovida de força para promover uma verdadeira interpretação harmonizada das normas mercosulinas, como ver-se-á no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4
AS DINÂMICAS JURISDICIONAIS AO SERVIÇO DA HARMONIZAÇÃO JURÍDICA

No capítulo anterior, fez-se referência a Heráclito, nomeadamente sobre a sua tese filosófica segundo a qual a harmonia pressupõe a constante dualidade dos princípios, pelo que quando se nega a identidade de um, nega-se automaticamente a identidade do seu oposto, comprometendo assim a identidade do todo. De modo alusivo, a pensar no *modus operandi* que acomoda as normas em interação num sistema internormativo, se as ordens jurídicas ali coexistentes fossem estabelecidas hierarquicamente, isto equivaleria dizer que em caso de conflito entre as suas normas uma acabaria por invalidar a outra até não existir mais um contexto de pluralismo jurídico ou ordenamental[913] – eis porque o princípio do primado constitui uma "exigência existencial"[914] ou uma "garantia atómica"[915] das ordens jurídicas de integração regional. Uma das consequências desta constatação deve ser a de que os sistemas internormativos devem ser compreendidos como integrando, simultaneamente, as pretensões de validade de ambas as ordens jurídicas nacionais e de integração regional[916].

Não de outro modo que Miguel Poiares Maduro sugere repensar o direito num contexto de pluralidade constitucional – tal como a dos sistemas internormativos – aludindo ao contraponto como método musical de harmonizar diferentes melodias ou vozes que não se encontram em uma relação hierárquica entre si. De acordo com o referido autor, a descoberta de que diferentes melodias podem ser ouvidas em simultâneo de uma forma harmónica foi um dos maiores desenvolvimentos da história da música e contribuiu fortemente para intensificar o prazer retirado da arte da música. No direito, portanto, seria interessante aprender a gerir as relações não hierárquicas entre diferentes ordens jurídicas e instituições e descobrir a melhor forma de tirar partido da diversidade e da liberdade de escolha que isso oferece[917]. Sob este diapasão, parecem mais adequados ao estudo dos sistemas internormativos, bem como das dinâmicas jurisdicionais ali realizadas, os conceitos de "modelo de

---

[913] Lembre-se que, no contexto da UE, os tribunais nacionais não têm competência para controlar os atos jurídicos europeus à luz da sua Constituição, o que significa dizer que o direito da UE não pode ser declarado inconstitucional nem desaplicado por alegada inconstitucionalidade ou por qualquer outro tipo de desconformidade com normas de direito interno. Cfr. GOMES CANOTILHO J. J.; MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa...,* cit., I, p. 243, p.270.

[914] PESCATORE Pierre, *L'Ordre juridique des Communautés européennes*, 2ª ed., Liège, Bruylant, 2006, p. 277. Do mesmo modo, veja-se as conclusões do advogado-geral Miguel Poaires Maduro, apresentadas em 21 de maio de 2008, no acórdão Arcelor, processo C-127/07 do TJUE, de 16 de dezembro de 2008, considerando n.º 16.

[915] PIRES Francisco Lucas, *Introdução ao Direito*..., cit., p. 28.

[916] Em sentido semelhante, veja-se: POIARES MADURO Miguel, O superavit democrático europeu, *Análise Social*, vol. XXXVI, 2001, p.149-150.

[917] Cfr. POIARES MADURO Miguel, O superavit democrático..., cit., p.148.

articulação" (*engagement model*) e de "aprendizagem mútua" (*Lernverbund*), pois assentam-se na horizontalidade na busca de coerência entre diferentes ordens jurídicas coexistentes[918].

Quando aqui se fala em dinâmicas jurisdicionais, está em causa o diálogo estabelecido entre os tribunais nacionais e os tribunais das integrações regionais através de mecanismos que buscam assegurar a autonomia de cada um dos ordenamentos em interação, bem como a homogeneidade e a funcionalidade de todo o sistema internormativo. É por isso que, neste trabalho, a abordagem das dinâmicas jurisdicionais terá por referência um método semelhante ao contraponto musical, o qual, transposto para a realidade do direito, assume a forma da internormatividade e seus corolários. Nesta senda, as dinâmicas jurisdicionais serão estudadas a partir de uma perspetiva que prescinde de técnicas *top down* – ou seja, que não apelam a uma disputa pela última instância decisória. Daí porque o diálogo, que enforma as dinâmicas jurisdicionais, se afigura como o elemento de apoio mais apropriado para o deslinde deste processo. Afinal, o diálogo dá a cada voz o seu lugar em um panorama que só pode ser considerado unitário se for visto desde a sua pluralidade[919].

Destaca-se, portanto, o trabalho realizado pelos juízes dos tribunais nacionais e dos tribunais de integrações regionais, pois, através das pontes de diálogo que estabelecem, tendem a dosar as tensões entre as forças centrípetas e o respeito pelas identidades e autonomias locais. A ideia é tentar demonstrar como as pretensões de validade das ordens jurídicas nacionais e de integração regional podem ser acomodadas por meio de um processo discursivo levado a cabo pelos juízes dos tribunais nacionais e dos tribunais de integrações regionais, nomeadamente através do mecanismo de reenvio prejudicial (e das opiniões consultivas, no contexto do MERCOSUL). Para tanto será averiguado de que modo os tribunais de distintas jurisdições (nacionais e de integração regional) têm interagido entre si no sentido de assegurar a aplicação correta e homogénea das normas de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais.

O reenvio prejudicial (e as opiniões consultivas) é aqui destacado exatamente porque se configura como um mecanismo que não pressupõe um relacionamento hierárquico entre os tribunais nacionais e os tribunais de integração regional[920] – tanto que é frequentemente associado a um

---

[918] Neste sentido, veja-se: SLAUGHTER Anne-Marie, A Tipology of Transjudicial Communication, *University of Richmond Law Review*, vol. 19, n.º 1, 1994, p. 124-125; SCHIMMELFENNIG Frank, Competition and Community: constitutional courts, rhetorical action, and the institutionalization of human rights in the European Union, *Journal of European Public Policy*, vol. 13, n.º 8, 2006, p. 199-201.

[919] Em sentido semelhante, veja-se: SARMIENTO Daniel, *Poder Judicial e integración europea. La construción de um modelo jurisdicional para a Unión*, Madrid, Civitas, 2004., p. 75.

[920] Neste sentido, veja-se: DASHWOOD Alan; DOUGAN Michael; RODGER Barry; SPAVENTA Eleanor; WYATT Derrick, *European Union Law*, 6.ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 209-210 e 216.

instrumento a serviço da cooperação jurisdicional[921]. Nos sistemas internormativos a aplicação do direito de integração regional é confiada às próprias autoridades nacionais. As integrações regionais não dispõem de um aparelho administrativo e judicial difuso nos distintos Estados-Membros, nem a possibilidade de recurso das decisões dos tribunais nacionais para os tribunais de integração regional. O relacionamento estabelecido entre os órgãos jurisdicionais nacionais e os tribunais de integração regional é assim enquadrado no âmbito de uma cooperação jurisdicional – os modelos de autoridade hierárquica e de normação piramidal cedem lugar a estruturas e processos de cooperação no âmbito das integrações regionais.

Nas linhas que seguem, o mecanismo de reenvio prejudicial (e as opiniões consultivas) será estudado tendo em consideração a importante tarefa encarregue aos tribunais nacionais, nomeadamente no que se refere ao balanço que fazem entre as disposições internas e as da integração regional. Por outras palavras, ao aplicar as normas dos ordenamentos jurídicos das integrações regionais, os tribunais nacionais soam um sinal de alerta quando as constituições nacionais parecem estar a ser ameaçadas. Este sinal de alerta repercute em todo o sistema internormativo, pois quando o juiz de um tribunal nacional reenvia prejudicialmente, dá a conhecer a todas as jurisdições do sistema internormativo as condições de seu ordenamento jurídico. Estas condições são discutidas e avaliadas no âmbito do processo de reenvio à luz dos *checks and balances* e dos princípios gerais de direito que governam os sistemas internormativos.

Considerando que a decisão prejudicial proferida pelo tribunal de integração regional deve ser aplicada pelos juízes dos tribunais de todos os Estados-Membros – tendo em vista o efeito *erga omnes* que possui (ao menos no caso da UE) –, abre-se ali automaticamente novas oportunidades de controlo sobre a validade e a legitimidade das normas de integrações regionais, bem como sobre a interpretação que lhes foi dada. De fato, neste contexto, a interpretação pode ser considerada uma atividade que permite aos juízes reconstruirem as normas jurídicas (re)interpretando-as constantemente[922]. Contudo, para que haja coerência e homogeneidade em todo o sistema internormativo, os juízes nacionais devem assumir uma postura dialética com os tribunais das integrações regionais no âmbito deste ininterrupto confronto entre as normas e as suas (re)interpretações, como ver-se-á mais adiante.

[921] Neste sentido, veja-se: RODRIGUES Maria Eugénia Martins de Nazaré, Anotação ao artigo 267 do TFUE", in LOPES PORTO Manuel e ANASTÁCIO Gonçalo (coords.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 963.

[922] Cfr. VAN HOECKE Mark, *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford 2002, p. 172.

4.1. As dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelo reenvio prejudicial – a experiência da União Europeia

"*No one has the last word because there is no last word*".

Hanna Pitkin[923]

No âmbito do sistema internormativo europeu, o TJUE tem exercido uma tarefa que consiste em garantir o respeito na interpretação e aplicação correta e homogénea do direito da UE (artigo 19.º, n.º 3, alínea b do TUE). Todavia, na falta de um aparelho administrativo e judicial difuso nos distintos Estados-Membros, a aplicação do direito da UE sem a colaboração dos juízes nacionais ficaria comprometida[924]. Daí que o sistema internormativo compreende as dinâmicas jurisdicionais realizadas pelos tribunais nacionais e pelo TJUE. Contudo, diferentemente dos modelos de autoridade hierárquica, o sistema internormativo europeu funciona através de processos de interação, coordenação e cooperação. Em razão disso, os tribunais nacionais, inclusivamente os tribunais de última instância dos Estados-Membros, não devem recear a autoridade do TJUE, uma vez que este último não tenciona desconstituir a autoridade dos primeiros. Cada um exerce a sua autoridade diante de seus respetivos ordenamentos jurídicos: os Tribunais de última instância representam a autoridade máxima nos ordenamentos jurídicos nacionais, enquanto o TJUE representa a autoridade máxima no ordenamento jurídico da UE. Nesta interseção entre os ordenamentos jurídicos nacionais e europeu, onde situa-se o sistema internomativo europeu, os tribunais nacionais e europeu mantêm cada qual a sua autoridade em seus respetivos ordenamentos jurídicos[925]. Considerando, no entanto, que o direito da UE não é um regime externo aos Estados-Membros, mas integra os seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais[926], é natural que ocorram alguns conflitos entre normas nacionais e europeias. Há de encontrar-se, portanto, formas de reduzir ou gerir os potenciais conflitos entre as ordens jurídicas promovendo um discurso jurídico no sentido de um entendimento mútuo.

Heidegger diria que a partilha de um conjunto de valores pressupõe significados culturais implícitos sem os quais a comunicação, bem como a interpretação e o entendimento mútuo não

[923] Ninguém tem a última palavra porque não há última palavra (tradução livre da autora). PITKIN Hanna, Obligation and Consent – II, *The American Political Science Review*, vol. 60, n.º 1, 1966, p. 52.

[924] Neste sentido, veja-se: UGARTEMENDIA Juanjo, El juez nacional como garante de los derechos en el ámbito comunitario, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 65-II, p. 205-228.

[925] Em sentido semelhante, veja-se: TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism...*, cit., p. 15.

[926] Cfr. ROSAS Allan, The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 2, 2007, p. 121-136.

seriam possíveis[927]. Partindo deste preceito, quando os tribunais nacionais e o de Luxemburgo atuam dentro do sistema internormativo da UE com vista à obtenção de um entendimento mútuo, é imprescindível que suas ações sejam pautadas nos valores subjacentes às ordens jurídicas nacionais e europeia. Por um lado, isso é viabilizado pela construção *bottom up* do direito da UE, exigindo que o TJUE respeite os valores e as tradições jurídicas constitucionais dos Estados-Membros. Por outro lado, a constitucionalização do direito da UE[928] possibilita a comunicação, a interpretação e o entendimento mútuo dentro de um quadro hermenêutico teleológico e meta-teleológico, conforme ver-se-á mais adiante[929].

Além da partilha de um conjunto de valores, segundo Hans-Georg Gadamer a comunicação requer uma partilha de preconceitos (compreensão inicial). Seria preciso possuir um preconceito inicial sobre o assunto a ser avaliado de modo a poder atribuir um significado ao objeto[930]. Neste sentido, considerando que toda comunicação requer uma compreensão inicial do que está a ser interpretado, uma cultura partilhada torna o entendimento mútuo possível[931]. Sendo o sistema internormativo europeu formado por uma comunidade jurídica que partilha um conjunto de valores e algumas ideias básicas sobre o direito, nomeadamente no que se refere a fontes, princípios e direitos fundamentais, isto já constituiria um preconceito passível de tornar o entendimento mútuo possível.

Jürgen Habermas, por sua vez, acredita que esta partilha de valores torna o entendimento mútuo possível na medida em que é construída intersubjetivamente. Para tanto, propõe uma teoria pragmática da linguagem – o agir comunicativo – como um processo de cooperação dialética, coletiva e disciplinar capaz de formar consensos/entendimentos mútuos. O agir comunicativo põe a tónica no procedimento, ou seja, no processo discursivo, visto que nem sempre o consenso é possível. O consenso pressupõe, além das "condições ideais" (simetria de posições, igualdade na oportunidade de fala, respeito às diferenças e ao pluralismo), que os participantes do processo discursivo adotem o

---

[927] HEIDEGGER Martin, *Ser e Tempo*, Tradução de Fausto Castilho, Campinas, Editora da Unicamp, 2012, p. 16-17.

[928] A construção constitucional partiu de uma compreensão do direito da UE como uma ordem jurídica autónoma, que por sua vez exigiu uma leitura do direito da UE fundado nos princípios do efeito direto e do primado, complementada pela adoção de conceitos como direitos fundamentais, competências (implícitas), responsabilidade do Estado, efetividade do direito da UE, separação de poderes (equilíbrio institucional) e, em termos gerais, uma União de direito – ou seja, uma União fundada no *rule of law*. Neste sentido, veja-se: POIARES MADURO Miguel, Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 2, 2007, p. 4-5.

[929] Cfr. LASSER Mitchel de S.-O.-l'E., *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 359.

[930] GADAMER Hans-Georg, *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Tradução de Flávio Paulo Meurer, 3.ª ed., Petrópolis, Vozes, 1999, p. 400-416.

[931] Os teóricos da interpretação do século XX declaram que toda a compreensão, todo o entendimento, resultam de um processo de interpretação – substituem um fundamento cartesiano por um outro interpretativo. Neste sentido, veja-se: AGUIAR E SILVA Joana, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 83.

enfoque performativo do "outro", mas nem sempre as partes estão motivadas neste sentido. Já a participação no processo discursivo ao menos permite aqueles atingidos pela norma tomarem conhecimento do fundamento que levaram a sua positivação e têm a possibilidade de enfrentá-la e questioná-la, se assim desejarem[932].

Para este autor, o processo discursivo parte do pressuposto de que há tanto um acordo sobre as pretensões de validade expostos nos atos de fala quanto um interesse primário de compreensão recíproca. A linguagem é um instrumento de tentativa de consenso entre os homens, representando uma superação da unilateralidade cognitiva. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. Sob essa condição, ofertas de atos de fala podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta resultam obrigações que se tornam relevantes para as consequências da interação. Assim sendo, aquele que age comunicativamente não defronta com o "ter que" prescritivo de uma regra de ação, isto porque o agir comunicativo consiste na tentativa de os falantes e ouvintes em negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respetivos planos através de processos de entendimentos mútuos[933]. Portanto, o agir comunicativo, mediado pela linguagem, tem por finalidade o consenso, a partir do qual resultam obrigações que preenchem legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas pelos interlocutores.

Num contexto de pluralismo político e jurídico como o da UE, as divergências de posições e intenções conflitantes podem inviabilizar o entendimento mútuo. Um consenso motivado racionalmente se baseia em razões que convencem as partes num mesmo sentido. Na ausência de um consenso, um compromisso pode ser alcançado quando diferentes partes aceitam uma decisão por diferentes razões. De acordo com Kari Joutsamo, em muitos casos as normas de direito da UE são adotadas em base a um compromisso[934]. Quando realiza-se um compromisso ao invés de um consenso tem-se o que Miguel Poiares Maduro denomina de "acordos incompletamente teorizados" (*incompletely theorised agreements*)[935]. Resultam de uma complexa barganha política consistente em um "acordo sem acordar" (*agreement not to agree*)[936], ou seja, um compromisso sem consenso. Enquanto as

[932] Cfr. OLIVEIRA Francielle Vieira, *Direitos Humanos e Democracia: Fundamentação Filosófica em Jürgen Habermas*, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Uberlândia, 2010, p. 57-58.

[933] Cfr. HABERMAS Jürgen, *Direito e Democracia*..., cit., p. 36.

[934] Cfr. JOUTSAMO Kari, *The Role of Preliminary Rulings*..., cit., p. 73.

[935] POIARES MADURO Miguel, Interpreting European Law..., cit., p. 9.

[936] POIARES MADURO Miguel, Interpreting European Law..., cit., p. 9.

instituições políticas que conduzem a elaboração das normas não forem capazes de suprir estes "acordos incompletamente teorizados", há de delegar-se este papel ao TJUE, que assume a posição de colmatar as insuficiências do processo legislativo através de um processo discursivo com vista a um consenso[937] – daí decorre a relevante carga política da atividade dos tribunais[938].

Este referido processo discursivo é operacionalizado pelas dinâmicas jurisdicionais realizadas no sistema internormativo europeu, mormente através do reenvio prejudicial, previsto no artigo 267.º do TFUE[939]. O reenvio prejudicial envolve o TJUE numa constante relação dialética com os tribunais nacionais, a qual poderia ser descrita como um fórum onde diferentes visões normativas se encontram e clamam por acomodação[940]. Esta relação dialética tem lugar quando os tribunais nacionais solicitam uma decisão prejudicial sempre que se defrontam com dúvidas relacionadas à interpretação ou validade de uma norma de direito da UE aplicável ao caso em concreto perante si pendente. Quando um órgão jurisdicional nacional se depara com um problema de interpretação ou de validade de uma disposição de direito da UE, os tribunais nacionais têm o direito e os tribunais de última instância uma obrigação de reenviar prejudicialmente. Portanto, são os tribunais nacionais que dão início a esta relação dialética, na medida em que cabem a eles formular as perguntas sobre as quais o TJUE pronuncia-se a título prejudicial[941]. Embora estas questões possam ser reformuladas pelo TJUE, ressalte-se que os juízes de Luxemburgo vinculam-se às questões colocadas pelos tribunais nacionais[942].

---

[937] Neste sentido, Kari Joutsamo afirma que: "*Community law and its norms are in very many cases the result of some kind of a temporary compromise, a temporay 'armistice' between the diverging and conflicting interests of the Member States (and the Comission). [...] Difficult problems can in this way be postponed at the time of formulating the norms. Solutions of this kind give the Court of Justice an important role not merely as a passive, supervising body, but also as a policy maker. In these situations the Court of Justice must look elsewhere for support for its interpretations than from the legislator's intention*". JOUTSAMO Kari, *The Role of Preliminary Rulings*..., cit., p. 73.

[938] O fato de os tribunais terem de lidar eventualmente com questões dos debates políticos, isto não os torna em atores políticos. Os tribunais podem oferecer espaço para debates, porém sua tarefa específica no âmbito da sua função jurisdicional prende-se em interpretar, aplicar e desenvolver uma jurisprudência, princípios e outros critérios meta-axiológicos. Como se pode perceber, esta atividade comporta limites, na medida em que as pautas subjacentes às práticas discursivas (deliberativas) em âmbito jurisdicional condicionam a liberdade de escolha do intérprete à vontade do legislador "constituinte"/aos objetivos transcritos nos tratados constituintes. Neste sentido, veja-se: GRIMMEL Andreas, "This is not life as it is lived here": the Court of Justice of the UE and the myth of judicial activism in the foundational period of integration through law, *European Journal of Legal Studies*, vol. 7, n.º 2, 2014, p. 64.

[939] Não de outro modo que Daniel Sarmiento qualifica a jurisprudência do TJUE como discursiva. Neste sentido, veja-se: SARMIENTO Daniel, *Poder Judicial e Integración Europeu. La construción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas Ediciones, 2004, p. 300.

[940] Cfr. ROSAS Allan, The European Court of Justice..., cit., p. 80.

[941] A faculdade atribuída aos tribunais nacionais, no sentido de decidirem se uma norma de direito da UE deve ou não ser submetida à interpretação do Tribunal de Luxemburgo, não inviabiliza o fortalecimento de uma rede de cooperação entre tribunais, mas antes enseja um espírito de responsabilidade e colaboração ainda mais intenso no âmbito da integração judicial da UE. Neste sentido, veja-se: SARMIENTO Daniel, *Poder Judicial e integración*..., cit., p. 58.

[942] Cfr. PAUNIO Elina, Conflict, power, and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts, *No Foundation: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 4, n.º 7, 2010, p. 12.

A participação dos tribunais nacionais nesta relação dialética não se limita à formulação de perguntas, pois também podem sugerir respostas aos próprios pedidos de decisão prejudical endereçados ao TJUE[943]. Embora os juízes nacionais sejam encorajados, mas não obrigados, a incluir nas questões prejudiciais argumentos que considerem mais apropriados para a resolução da pergunta submetida ao TJUE, ressalte-se que na maioria das vezes eles não dominam a linguagem do direito da UE[944]. Uma coisa é o órgão jurisdicional nacional identificar uma questão que considera necessária para a resolução do caso, outra coisa é ser suficientemente capaz de fornecer uma resposta a essa pergunta. De qualquer modo, mesmo que os tribunais nacionais proponham uma resposta à questão reenviada, o TJUE terá ainda que avaliar se a sua decisão pode ser pautada nos termos sugeridos pelo órgão jurisdicional nacional[945]. Isto faz-se necessário porque o TJUE, em nome de sua especial função de garantir a homogeneidade de aplicação do direito da UE, é o órgão competente para interpretar e dizer da validade das normas de direito da UE. Além do mais, a resposta do TJUE à questão prejudicial é vinculativa não só em relação ao tribunal nacional que faz o reenvio, mas os seus efeitos estendem-se igualmente a todos os outros tribunais de todos os Estados-Membros que tenham de decidir questões semelhantes. Ou seja, os acórdãos do TJUE não produzem efeitos apenas nos processos a que se referem, mas gozam de uma força de "precedente de fato" e do princípio da "autoridade da coisa interpretada".

Se, por um lado, os acórdãos do TJUE gozam de eficácia *erga omnes*, por outro lado, todos aqueles afetados pela decisão prejudicial têm a oportunidade de participar do processo discursivo que se desenvolve ao abrigo do reenvio prejudicial. Assim sendo, pode dizer-se que o procedimento de reenvio prejudicial, que tem por objetivo garantir a homogeneidade da aplicação do direito da UE, decorre de um processo discursivo inclusivo, na medida em que viabiliza a manifestação de argumentos que expressam a pluralidade e a diversidade do sistema internormativo europeu. Note-se que, além dos juízes do TJUE (que ainda contam com os pareceres dos advogados-gerais) e os juízes dos tribunais nacionais, também podem manifestar os seus respetivos pontos de vista em relação à

[943] Neste sentido, veja-se o Relatório Due, "do Grupo de Reflexão sobre o futuro do sistema judicial das Comunidades", de janeiro de 2000, disponível em «http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-116_en.htm», última visualização em 03-06-2019.

[944] O direito da UE é repleto de noções específicas e regula situações complexas obedecendo a princípios próprios, razões pelas quais é possível, e natural, que seja suscetível de embaraçar um juiz menos familiarizado com conceitos jurídicos estranhos ao direito nacional. Cfr. CAMPOS João Mota de; PEREIRA António Pinto; CAMPOS João Luiz Mota de, *O Direito Processual da União Europeia, Contencioso Comunitário*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 375.

[945] Cfr. CRAIG Paul, The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered, in DE BÚRCA Gráinne e WEILER Joseph H. H. (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 201.

pergunta prejudicial as partes do processo[946], os Estados-Membros[947] e as instituições europeias (veja-se o artigo 23.º do Estatuto do TJUE). Neste sentido, o procedimento de reenvio tranforma uma simples questão prejudicial, feita pelo juiz nacional no âmbito de um litígio, em uma questão jurídica muito maior que diz respeito a todos.

Para além da inclusão promovida através de uma "oportunidade de fala", a qual se acresce o respeito às diferenças e ao pluralismo, o reenvio prejudicial estabelece igualmente uma certa "simetria de posições" no âmbito do processo discursivo levado a cabo entre os tribunais nacionais e o TJUE[948]. Observe-se que o TJUE não funciona como um tribunal de recurso com poderes para anular ou modificar as decisões judiciais nacionais. A escolha de um modelo descentralizado de aplicação do direito da UE desprivilegiou o modelo jurisdicional hierarquizado, no qual caberia recurso para o TJUE das decisões dos tribunais nacionais que aplicassem contraditória ou divergentemente normas de direito da UE[949]. A criação, em cada Estado-Membro, de tribunais regionais para complementar a arquitetura judiciária existente na UE foi cogitada no passado, porém, com o passar do tempo, foi considerada inviável e desnecessária[950]. Prevalece até hoje a preferência por um sistema judicial descentralizado, que transformou os tribunais nacionais em "órgãos jurisdicionais de direito comum"[951].

Neste regime específico de tribunais nacionais descentralizados, o controlo da aplicação homogénea e conforme do direito da UE é exercido indiretamente pelo TJUE. O artigo 267.º do TFUE não autoriza o TJUE a decidir sobre a conformidade de uma determinada norma nacional face aos

---

[946] Ressalte-se que as partes apenas são convidadas a apresentar as suas observações, sem qualquer possibilidade de modificação ou constestação das questões colocadas. Cfr. RIBEIRO Maria Eugénia Martins de Nazaré, Anotação ao artigo 267, in *Tratado de Lisboa*..., cit., p. 963.

[947] Sobre as observações apresentadas pelo Estado português, veja-se: COUTINHO Francisco Pereira, Os Estados-Membros e os Processos Prejudiciais. Um balanço da participação portuguesa nos 20 anos da adesão à União Europeia, *Negócios Estrangeiros,* 9.1, 2006, p. 231 e ss.

[948] Neste sentido, Craig and De Búrca afirmam que: "*The original conception of the relationship can best be described as both horizontal and bilateral. The former trait connoted the idea that the ECJ and the national courts were separate but equal. They had differing functions, which each performed within its own appointed sphere. It was for the national court to decide whether to refer a matter to the ECJ, which the ECJ would then interpret. This interpretation of Community law would then be applied by the national court to the case at hand. The latter trait connoted the idea that, in principle at least, the rulings of the ECJ were delivered to the particular national court which made the request. In this sense, there was a series of bilateral relationships between the ECJ and each of the national courts*". CRAIG Paul; DE BÚRCA Gráinne, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 23.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 407-408.

[949] Não de outro modo que "*Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è certamente considerato uno dei pilastri che hanno consentito lo sviluppo dell'ordinamento comunitario nei termini oggi conosciuti. Permettendo, infatti, ai giudici nazionali e, per loro tramite, ai singoli cittadini di rivolgersi alla Corte di giustizia, superando lo schermo dello Stato, il rinvio pregiudiziale ha rappresentato uno strumento determinante per l'etfettività del diritto comunitario, consentendo al giudice nazionale di divenire a tutti gli etfetti un giudice comunitario decentrato*". STRAZZARI Davide, Cooperazione Giudiziaria nell'UE e principio del mutuo riconoscimiento: quali riflessi sullo strumento del rinvio pregiudiziale?, in TONIATTI Roberto e MAGRASSI Mattia (orgs.), *Magistratura, Gurisdizione ed Equilibri Istituzionali. Dinamiche e Confronti Europei e Comparati*, Milano, CEDAM, 2011, p. 545.

[950] Cfr. JACQUE Jean Paul; WEILER Joseph H. H., On the road to European Union – A New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference, *Common Market Law Review*, vol. 27, n.º 2, 1990, p. 185.

[951] Cfr. Acórdão *Tetra Pak Rausing SA* , processo T-51/89 do TJUE, de 10 de Julho de 1990, n.º 42.

Tratados, no entanto nada impede que forneça ao tribunal nacional "todos os elementos de interpretação baseados no direito [da UE] que lhe possam permitir apreciar esta compatibilidade para o julgamento da causa que lhe é submetida"[952]. São então os juízes nacionais que decidem o caso concreto, porém com as indicações dadas pelo TJUE. Neste sentido, as decisões prejudiciais assemelham-se às diretivas no âmbito do programa de harmonização pelas vias legislativas na UE, pois os juízes nacionais são encarregues de "transpor" as decisões prejudiciais na composição dos lítigios[953].

Há quem poderia argumentar que em razão de os tribunais nacionais vincularem-se às decisões do TJUE, isto desconstituiria a horizontalidade do diálogo[954]. Contudo, como já foi mencionado anteriormente, aquele que age comunicativamente não defronta com o "ter que". Quando o juiz nacional reenvia prejudicialmente, tem por finalidade o entendimento sobre a aplicação de uma norma de direito da UE. Portanto, quando o TJUE responde à questão prejudicial, há de pressupor-se que esta decisão resulta de um consenso, a partir do qual decorrem obrigações que preenchem legitimamente as expectativas recíprocas[955].

Considerando que os tribunais nacionais aplicam e interpretam diariamente o direito da UE, parece particularmente importante que exista um consenso quanto à interpretação dada ao direito da UE[956]. Acontece que a realização de consensos num contexto multilinguístico como o da UE, que atualmente reúne 24 línguas oficiais[957], é uma tarefa desafiadora. Além da ambiguidade textual

[952] Acórdão *Fattoria autonoma tabacchi*, processo apensos C-254/94, C-255/94 e C-269/94 do TJUE, de 12 de setembro de 1996, n.° 27.

[953] No âmbito do processo prejudicial, incumbe ao TJUE interpretar o direito da UE ou pronunciar-se sobre a sua validade, e não aplicar este direito à situação de fato que está em discussão no processo principal, o que incumbe ao juiz nacional. Não compete ao TJUE pronunciar-se sobre questões de fato suscitadas no âmbito do litígio no processo principal nem sobre as divergências de opinião na interpretação ou na aplicação das regras de direito nacional. O TJUE pronuncia-se sobre a interpretação ou a validade do direito da UE, procurando dar uma resposta útil para a resolução do litígio, mas é ao órgão jurisdicional de reenvio que cabe tirar as consequências dessa resposta, eventualmente afastando a aplicação da disposição nacional em questão. Cfr. Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais, JOUE (2009/C 297/01), n.ºs 7 e 8.

[954] Ainda que o TJUE tenha sido considerado o último intérprete do direito da UE, a ponto de colocar os tribunais nacionais numa posição de subordinação em relação às decisões do Tribunal de Luxemburgo, podemos verificar que esta relação não é hierárquica, mas baseia-se antes em uma coordenação horizontal de confiança mútua e partilha de valores jurídicos comuns. Neste sentido, veja-se: MAGRASSI Matia, Reti Guidiziarie ed Equilibrio istituzionale nel processo de integrazione europea, in *Magistratura, Giurisdizone ed Equilibrio*..., cit., p. 407.

[955] No âmbito de uma organização complexa como a da UE, o modelo discursivo pretende garantir coerência entre distintos ordenamentos jurídicos através da adoção de acordos racionais. Neste sentido, não se está diante de um sistema jurisdicional que busca a última instância de decisão, mas sim processos racionais na adoção de acordos. Trata-se, em suma, da possibilidade de alcançar acordos racionais a partir de um discurso inclusivo da pluralidade de formas de vida existentes no seio da UE. Lembre-se que este acordo constrói-se tendo em conta as tradições constitucionais dos Estados-Membros, substituindo a legitimidade orgânica ou formal, por uma legitimidade substantiva, baseada em um discurso. Neste sentido, veja-se: SARMIENTO Daniel, *Poder Judicial e integración*..., cit., p. 73.

[956] Cfr. PAUNIO Elina Conflict, power, and understanding..., cit., p. 15.

[957] No momento, não está totalmente claro se o Brexit afetará o número de idiomas oficiais. Tendo em vista que a Irlanda indicou o irlandês e a Malta escolheu o maltês, o inglês não seria mais uma língua oficial com a saída do Reino Unido. No entanto, tal resultado não é automático, pois o artigo 55 do TUE há ainda de ser emendado.

decorrente das traduções, o direito da UE introduziu uma terminologia especial que nem sempre encontra correspondência adequada nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros[958]. Situações ainda mais complicadas surgem quando o problema que decorre dos divergentes significados em línguas distintas é despercebido durante o processo legislativo[959]. Isto exige um esforço redobrado dos tribunais (tantos dos nacionais quanto do TJUE), já que não podem depositar confiança numa língua nem outra[960].

Em razão disso, o processo discursivo realizado no âmbito do procedimento de reenvio prejudicial recorre adicionalmente a uma linguagem pautada em valores e princípios intersubjetivamente estabelecidos[961]. Os valores e princípios subjacentes ao sistema internormativo europeu possuem então duas funções. Por um lado servem de orientação para as decisões judiciais (interpretação meta-teleológica), por outro lado constituem o médium através do qual se almeja alcançar o entendimento mútuo[962]. Devido à natureza plural do projeto de integração europeu e ao caráter incompleto de suas normas, os valores e princípios oferecem uma base racional e legítima para resolver conflitos normativos e ensejar consensos[963].

Além dos valores e princípios, os objetivos estabelecidos nos Tratados podem igualmente ser utilizados como elementos de orientação e médium da interpretação (teleológica). De certa forma, os objetivos refletem a vontade do legislador[964]. Contudo, considerando que durante o processo legislativo nem todos os atores estão orientados à realização de consensos, pelo que muitas normas resultam em "acordos incompletamente teorizados", os objetivos devem ter como parâmetro o espírito do projeto de integração[965]. A propósito, a utilização das intenções subjetivas dos legisladores como ferramentas de interpretação das normas já sofreram objeções de grandes teóricos do direito, como Joseph Raz[966], Ronald Dworkin[967] e Jeremy Waldron[968]. Deste modo, a compreensão dos objetivos não se deve limitar à

---

[958] Cfr. JOUTSAMO Kari, *The Role of Preliminary Rulings*..., cit., p. 74.

[959] Cfr. JOUTSAMO Kari, *The Role of Preliminary Rulings*..., cit., p. 75.

[960] Neste sentido, veja-se o Acórdão *CILFIT*, processo C-283/81 do TJUE, de 06 de outubro de 1982, n.º 18.

[961] Elina Paunio sublinha a importância dos valores e dos princípios gerais da UE como critérios intermediadorees e orientadores da interpretação num contexto de pluralidade de normas e de intérpretes. Com efeito, os valores e os princípios gerais da UE podem ser utilizados como uma forma de unir vários atores (internacionais, europeus e nacionais) e fomentar previsibilidade e estabilidade ao sistema jurídico. Neste sentido, veja-se: PAUNIO Elina, Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order, *German Law Journal*, vol. 10, n.º 11, p. 1480.

[962] Cfr. PAUNIO Elina, Beyond Predictability – Reflections..., cit., p. 1480.

[963] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Interpreting European Law..., cit., p. 11.

[964] Cfr. Acórdão *Lars Erik Staffan Lindberg*, processo C-267/03 do TJUE , de 21 de abril de 2005, n.º 30.

[965] Cfr. Acórdão *Van Gend & Loos*, processo C-26/02 do TJUE, de 5 de fevereiro de 1963, p. 210.

[966] Neste sentido, veja-se: RAZ Joseph, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 265-298.

[967] Neste sentido, veja-se: DWORKIN Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 2001, 146-166.

vontade do legislador tampouco ao texto da norma, mas insere-se num contexto mais abrangente que leva em consideração a construção do telos constitucional dos Tratados da UE[969].

Uma linguagem estabelecida através de valores e princípios e uma interpretação meta-teleológica e teleológica promovem uma maior interação reflexiva entre ordenamentos jurídicos, além de permitir uma maior flexibilidade imprescindível em contextos de pluralismo jurídico[970]. Considerando, no entanto, que o recurso à linguaguem quanto à interpretação pressupõe um diálogo, que por sua vez realiza-se através do reenvio prejudicial, importa verificar como e em que medida o TJUE e os tribunais nacionais tem-se articulado neste sentido.

4.2. O reenvio prejudicial na União Europeia

Até agora verificou-se que o ordenamento jurídico europeu possui importantes pontos de contato com as ordens jurídicas nacionais, especialmente no plano de aplicação do direito da UE. Para garantir a aplicação correta e homogénea das normas que decorrem do ordenamento jurídico europeu foi encetado um compromisso de cooperação leal entre a UE e os seus Estados-Membros (artigo 4.º, n.º 3 do TUE) de acordo com a ideia de subsidiariedade (artigo 5.º, n.º 3 do TUE)[971]. Neste sentido, a cooperação entre os tribunais nacionais e o TJUE foi caracterizada no acórdão *Foglia/Novelo* como uma relação que "comporta uma repartição de funções entre o juiz nacional e o juiz comunitário, no interesse da boa aplicação e da interpretação uniforme do direito [da UE] no conjunto dos Estados-

[968] Neste sentido, veja-se: WALDRON Jeremy, Legislators' Intentions and Unintentional Legislation, in MARMOR Andrei (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 352–6; WALDRON Jeremy, Legislating with Integrity, *Fordham Law Review*, vol. 72 , n.º 2, 2003, p. 386–388.

[969] Cfr. POIARES MADURO Miguel, Interpreting European Law..., cit., p. 05.

[970] De acordo com Leonard Besselink, em um contexto multinível (ou seja, internormativo), a vantagem de se aderir a uma noção de direitos enquanto princípios reside na flexibilidade, que permite a consideração das particulares circunstâncias do caso e de distintas inclinações locais. Cfr. BESSELINK Leonard, General Report, in LAFFRANQUE Julia (ed.), *Reports of the XXV FIDE Congress – Tallinn 2012*, vol. 1, Tartu University Press, Tallinn, 2012, p. 87 e 102.

[971] Desde a sua fundação, a UE organizou-se de acordo com o princípio da subsidiariedade. Isto implicou a abdicação de um sistema de tribunais próprio para aplicar o direito da UE. Assim sendo, a UE não dispõe de um aparelho judicial difuso nos distintos Estados-Membros, pelo que o direito da UE é aplicado nos distintos Estados-Membros pelas próprias autoridades nacionais, a fim de que sejam elas a zelar e a responsabilizar-se pela correta aplicação das normas de direito da UE. Deste modo, os tribunais dos Estados-Membros assumiram a obrigação de aplicar o direito da UE, para além do seu dever de aplicar o direito nacional. Neste sentido, veja-se: PIÇARRA Nuno; COUTINHO Francisco Pereira, The "Europeanization"of the Portuguese Courts, *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 4, 2012, p. 74.

Membros" [972] . E, de modo a operacionalizar esta cooperação, baseada numa repartição de competências, foi previsto o mecanismo de reenvio prejudicial (artigo 267.º do TFUE) [973].

Trata-se o reenvio prejudicial de um mecanismo que dispõe, em suma, que qualquer órgão jurisdicional nacional, quando tem dúvidas sobre a aplicação do direito da UE (originário ou derivado), dispõe da faculdade (e em algumas circunstâncias uma obrigação) de submeter ao TJUE uma questão solicitando a interpretação ou a validade de um dispositivo de direito da UE. Importa sublinhar que o mecanismo de reenvio prejudicial compete apenas ao juiz nacional que conhece do litígio. É ele que assume a responsabilidade, tendo em conta as especificidades de cada processo, de determinar a suspensão da instância e analisar tanto a necessidade de um pronunciamento do TJUE para a justa composição do litígio em concreto, como a pertinência das questões a submeter ao TJUE[974].

E, em nome da boa cooperação, o TJUE estabeleceu uma presunção de pertinência das questões prejudiciais que lhe são remetidas pelos tribunais nacionais. Tal presunção só pode ser ilidida em hipóteses excecionais, a saber: a) quando se verifica, de forma manifesta, que a interpretação solicitada do direito da UE não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal pendente perante o tribunal nacional; b) quando o problema é de natureza hipotética e o TJUE não disponha dos elementos de fato e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas. Nestas hipóteses excecionais, o TJUE declara inadmissíveis as questões prejudiciais[975].

Sendo o reenvio prejudicial uma competência exclusiva do juiz nacional, cumpre esclarecer, desde logo, que os particulares não podem, eles próprios, suscitar a apreciação de uma questão prejudicial ao TJUE, tampouco têm a faculdade de se opor ou de tentar obstaculizar o reenvio prejudicial[976]**.** Não sendo as partes competentes para decidir sobre a necessidade ou não do reenvio prejudicial, a omissão do juiz nacional nos casos em que o reenvio prejudicial é obrigatório constitui a base da responsabilização do Estado-juiz por violação do direito da UE, pois embora as partes possam

[972] Acórdão *Foglia c. Novelo*, processo C-244/80 do TJUE, de 16 de dezembro de 1981, p. 3045.

[973] Neste sentido, veja-se, de entre outros: Acórdão *Redmond*, processo C-83/78 do TJUE, de 29 de novembro de 1978; Acórdão *Bruno*, processos apensos C-395/08 e C-396/08 do TJUE, de 10 de junho de 2010; Acórdão *Stichting Natuur en Milieu,* processos apensos C-165/09 a C-167/09 do TJUE, de 26 de maio de 2011; Acórdão *Lidl & Companhia*, processos apensos C-106/10 do TJUE, de 28 de Julho de 2011; Acórdão *Paint Graphos*, processos apensos C-78/08 a C-80/08 do TJUE, de 8 de setembro de 2011.

[974] Cfr. Acórdão *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, processo C-305/05 do TJUE, de 26 de junho de 2007, n.º 18.

[975] Neste sentido, veja-se, de entre outros, o acórdão *Bosman*, processo C-415/93 do TJUE, 15 de dezembro de 1995, n.º 61; acórdão *Beck e Bergdorf*, Processo C-355/97 do TJUE, de 7 de setembro de 1999, n.º 22.

[976] Cfr. PIÇARRA Nuno; COUTINHO Francisco Pereira, The "Europeanization"of the..., cit., p. 75.

solicitar o reenvio, o juiz nacional é o responsável pela correta aplicação e interpretação do direito da UE[977].

Considerando que o reenvio prejudicial não constitui uma via de recurso aberto às partes num litígio pendente perante um juiz nacional[978], quando o juiz nacional tem a obrigação de reenviar prejudicialmente e não o faz, rompe não só o vínculo de cooperação leal a partir do qual decorre a obrigação de aplicação correta e homogénea do direito da UE, mas também viola o direito dos particulares a uma tutela jurisdicional efetiva. Frise-se que a importância de todo processo de harmonização jurídica reside em permitir que os particulares usufruam em condições de igualdade os benefícios que a integração regional pode lhes oferecer. Portanto, qualquer falha no sentido da aplicação correta e homogénea do direito da UE pode frustar as pretensões jurídicas dos particulares.

Dada a importância que o mecanismo de reenvio prejudicial exerce na promoção da aplicação correta e homogénea do direito da UE nos distintos Estados-Membros e na otimização da tutela jurisdicional efetiva que dele decorre, interessa descortinar quando a sua submissão torna-se obrigatória para o juiz nacional. De um modo em geral, pode dizer-se que o reenvio prejudicial é uma mera faculdade ao dispor dos tribunais nacionais, que são sempre soberanos na consideração da sua pertinência e oportunidade, ainda que suscitado pelas partes. Há, todavia, algumas exceções à faculdade do reenvio prejudicial. A primeira resulta do §3.º do artigo 267.º do TFUE, que impõe a obrigatoriedade do reenvio sempre que as questões prejudiciais sejam suscitadas perante um "órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno".

Aqui o reenvio deixa de ser uma opção e passa a ser uma obrigação[979], pois se o órgão jurisdicional nacional cujas decisões já não cabem mais recursos pudesse decidir isoladamente nos casos em que o direito da UE é aplicável, mas subsistissem dúvidas pertinentes à sua interpretação, o objetivo da aplicação correta e homogénea do direito da UE ficaria prejudicada. Daí que o §3.º do artigo 267.º do TFUE vai ao encontro do disposto no n.º 1 do artigo 19.º do TUE quando determina que "o Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados". A competência do TJUE no sentido de dizer, em última análise, a correta interpretação

[977] Neste sentido, veja-se o acórdão Köbler, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003, n.ºs 30-35.

[978] Neste sentido, veja-se o acórdão *Hessische Knappschaft c. Maison Singer*, processo 44/65 do TJUE, de 9 de dezembro de 1965, p. 253; Acórdão *Mattheus c. Doego*, processo 93/78 do TJUE, de 22 de novembro de 1978, n.º 5; acórdão *CILFIT*, processo 283/81 do TJUE, de 6 de outubro de 1982, n.º 9.

[979] Cfr. PIÇARRA Nuno; COUTINHO Francisco Pereira, The "Europeanization"of the..., cit., p. 75.

e validade do direito da UE[980] vincula os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno ao reenvio prejudicial.

Observe-se que o §3.º do artigo 267.º do TFUE não faz menção expressa a tribunais de última instância, apenas determina que os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam suscetíveis a recurso judicial previsto no direito interno são obrigados a reenviar prejudicialmente, pois é ali que os particulares têm a derradeira oportunidade de fazer valer os seus direitos que derivam do ordenamento jurídico europeu[981]. Neste sentido, o objetivo principal do §3.º do artigo 267.º do TFUE é impedir que as decisões judiciais nacionais que tenham força de caso julgado possam conduzir a divergências na aplicação do direito da UE e prejudicar o gozo do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

A despeito de o §3.º do artigo 267.º do TFUE não ter feito referência a tribunais de última instância, subentende-se que os órgãos jurisdicionais que ocupam o topo da hierarquia da organização judiciária de um Estado-Membro são obrigados a reenviar prejudicialmente ao TJUE. Aliás, este foi o entendimento do TJUE no acórdão *Lyckeskog*[982], quando estebeleceu que "a obrigação de os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não são suscetíveis de recurso submeterem uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça insere-se no âmbito da colaboração entre os órgãos jurisdicionais nacionais, na sua qualidade de juízes incumbidos da aplicação do direito [da UE], e o Tribunal de Justiça, instituído com o objetivo de garantir a correta aplicação e a interpretação uniforme do direito [da UE] em todos os Estados-Membros [...] Este objetivo é alcançado quando são sujeitos a esta obrigação de reenvio, sob reserva dos limites admitidos pelo Tribunal de Justiça, os Supremos Tribunais, bem como qualquer órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial". Esta posição foi densificada posteriormente nos acórdãos *Cartésio*[983], *Krizan*[984] e *Melki*[985].

Acontece que há casos em que dois tribunais podem ser considerados de última instância na jurisdição de um mesmo Estado-Membro, pelo que a obrigação de reenviar há de ser analisada de forma individualizada. A propósito, no acórdão *Parfums Christian Dior*[986], o *Hoge Raad* dos Países Baixos levantou a questão de saber qual dos dois seguintes tribunais, a *Cour Benelux* ou o *Hoge Raad*,

---

[980] Cfr. WEILER Joseph H. H., The transformation of Europe, *Yale Law Journal*, vol. 100, n.º 8, 1991, p. 2414.

[981] Neste sentido, veja-se o acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003, n.º 34.

[982] Acórdão *Lyckeskog*, processo C-99/00 do TJUE, de 4 de junho de 2002, n.ºs 14-15.

[983] Arcórdão *Cartésio*, processo C-210/06 do TJUE, 16 de dezembro de 2008, n.ºs 70 e 90.

[984] Acórdão *Križan*, processo C-416/10 do TJUE, 15 de janeiro de 2013, n.º 65.

[985] Acórdão *Melki e Abdeli*, processo C-188/10 do TJUE, 22 de junho de 2010, n.º 51.

[986] Acórdão *Parfums Christian Dior*, processo C-337/95 do TJUE, de 4 de novembro de 1997.

deveria dirigir-se ao TJUE nos termos do §3.º do artigo 267.º do TFUE. A *Cour Benelux* foi instituída por um tratado entre o Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países Baixos e é composta por juízes dos tribunais superiores de cada um desses três Estados. Nos termos desse tratado, o *Hoge Raad* está vinculado a submeter à *Cour Benelux*, a título prejudicial, questões sobre a interpretação das normas da União Benelux[987]. Em virtude de a *Cour Benelux* ter a última palavra em relação à interpretação das normas da União Benelux, este tribunal estaria à partida obrigado a dirigir-se ao TJUE sempre que fosse defrontado com uma dúvida sobre a aplicação do direito da UE. Tendo em conta que o *Hoge Raad* também é um tribunal cujas decisões não são suscetíveis a recurso judicial no direito interno, haveria igualmente de se dirigir ao TJUE nos casos em que uma questão de interpretação ou de validade do direito da UE fosse perante si suscitada. Todavia, isto não significa que ambos os tribunais estejam efetivamente obrigados a submeter questões prejudiciais ao TJUE. De acordo com o TJUE, se um órgão jurisdicional como o *Hoge Raad* reenviar prejudicialmente ao TJUE antes de se dirigir à *Cour Benelux*, esta última estaria dispensada de submeter uma questão materialmente idêntica ao TJUE. Do mesmo modo, se uma questão prejudicial não fosse submetida previamente ao TJUE por um órgão jurisdicional como o *Hoge Raad*, então a *Cour Benelux* estaria obrigada a reenviar ao TJUE, isentando o *Hoge Raad* desta obrigação. Portanto, havendo dois tribunais de última instância envolvidos em um mesmo caso em concreto, um pode isentar o outro da obrigação de reenviar, quando um deles apresenta uma questão prejudicial ao TJUE para sanar uma eventual dúvida sobre a aplicação do direito da UE[988].

Uma outra exceção à faculdade do reenvio prejudicial, embora não esteja prevista na letra do artigo 267.º do TFUE, resulta do acórdão *Foto-Frost* (confirmada pelo acórdão *IATA*[989]). Naquela oportunidade, o TJUE entendeu que quaisquer divergências entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros quanto à validade de um ato das instituições da UE seriam suscetíveis de comprometer a própria unidade da ordem jurídica europeia e de prejudicar a exigência fundamental da segurança jurídica[990], bem como a necessária coerência do sistema de proteção jurisdicional instituído pelos Tratados[991]. Em função disso, o TJUE determinou que o reenvio prejudicial de validade opera como uma

[987] Sobre a União Benelux veja-se: COGEN Marc, *An Introduction to European Intergovernmental Organizations*, New York, Rouledge, 2016, p. 21-28.

[988] Cfr. Acórdão *Parfums Christian Dior*, processo C-337/95 do TJUE, de 4 de novembro de 1997, n.ºs 15 a 31.

[989] Acórdão *IATA*, processo C-344/04 do TJUE, de 10 de janeiro de 2006, n.º 27. No âmbito do acórdão *IATA*, o TJUE assumiu a jurisprudência *Foto-Frost* como assente, ao entender que o reenvio prejudicial foi consagrado nos Tratados a fim de garantir uma aplicação correta e homogénea do direito da UE, sendo esta exigência de homogeneidade especialmente imperiosa quando está em causa a validade de um ato das instituições da UE, reiterando a sua competência exclusiva para declarar a invalidade do mesmo.

[990] Cfr. Acórdão *Foto-Frost*, processo C-314/85 do TJUE, de 22 de otubro de 1987, n.º 15.

[991] Cfr. Acórdão *Foto-Frost*, processo C-314/85 do TJUE, de 22 de otubro de 1987, n.º 16.

modalidade de controlo da legalidade dos atos da UE[992], pelo que os tribunais nacionais, independentemente de serem a última instância de recurso, estão obrigados a reenviar ao TJUE sempre que se defrontem com a questão da validade de um ato das instituições da UE. Isto significa que os tribunais nacionais são totalmente incompetentes para declarar a invalidade dos atos das instituições da UE[993]. No acórdão *Foto-Frost* resta estabelecido, portanto, a competência exclusiva do TJUE para declarar a invalidade dos atos das instituições da UE, implicando uma obrigação de reenvio para as jurisdições de instância que, de outro modo, não existiria.

A obrigatoriedade do reenvio foi flexibilizada, no entanto, no âmbito do acórdão *CILFIT*, quando o TJUE elencou três situações em que os órgãos jurisdicionais nacionais, ainda que decidam em última instância, ficam dispensados de apresentar uma questão prejudicial, quais sejam: 1) quando a questão não for necessária nem pertinente para a resolução do conflito em concreto[994]; 2) quando o TJUE já tiver se pronunciado sobre a questão em caso análogo, em sede de reenvio ou outro meio processual (teoria do ato aclarado)[995]; e, por fim, 3) quando o juiz nacional considere que as normas de direito da UE não suscitam dúvidas razoáveis quanto à solução a dar ao caso em concreto, tendo em conta que o sentido da norma em questão afigura-se claro e evidente (teoria do ato claro)[996].

Em relação ao último requisito mencionado, o TJUE estabeleceu ainda no acórdão *CILFIT* os critérios que o juiz nacional tem de utilizar para testar a clareza e a precisão da norma de direito da UE[997], os quais podem ser resumidos nas lições de Alessandra Silveira conforme o seguinte: "a) estar convicto de que a mesma evidência se impõe aos órgãos jurisdicionais de outros Estados-Membros e ao TJUE; b) comparar todas as versões linguísticas da disposição normativa a fim de bem interpretá-la; c) considerar que os conceitos jurídicos não têm necessariamente o mesmo conteúdo no direito da UE e nos diferentes direitos nacionais; d) considerar que cada disposição do direito da UE deve ser contextualizada e interpretada à luz do conjunto das suas disposições, das suas finalidades e do seu

---

[992] As causas de invalidade que podem ser invocadas contra um ato emanado por uma instituição da UE são as que decorrem dos termos do artigo 263, §2 do TFUE (incompetência; violação de formalidades essenciais; violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação; desvio de poder), relativo ao recurso de anulação, porém aplicado, por analogia, ao reenvio prejudicial. Neste sentido, veja-se: SILVEIRA Alessandra; ABREU Joana Covelo de, Percorrendo os circuitos da federalização judiciária: inquietações e expetativas sobre direitos fundamentais e reenvio prejudicial diante do hibridismo da Procuradoria Europeia, in SANTOS Margarida, MONTE Mário Ferreira e MONTEIRO Fernando Conde (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria* Europeia, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, 2017, p. 60.

[993] Cfr. Acórdão *Foto-Frost*, processo C-314/85 do TJUE, de 22 de otubro de 1987, n.º 15.

[994] Cfr. Acórdão *CILFIT,* processo 283/81 do TJUE, de de 6 de outubro de 1982, n.º 10.

[996] Cfr. Acórdão *CILFIT*, processo 283/81 do TJUE, de de 6 de outubro de 1982, n.º 13 e 14.

[996] Cfr. Acórdão *CILFIT*, processo 283/81 do TJUE, de de 6 de outubro de 1982, n.º 16.

[997] Cfr. Acórdão *CILFIT*, processo 283/81 do TJUE, de 6 de outubro de 1982, n.ºs 17 a 21.

grau de evolução"[998]. Em suma, trata-se de uma árdua tarefa que exige um domínio fluente da linguagem do direito da UE, pelo que os tribunais nacionais são levados a admitir muito das vezes que a melhor alternativa é reenviar ao TJUE.

Tendo em conta as circustâncias que podem, nos termos supramencionados, determinar a faculdade ou a obrigação do reenvio prejudicial, releva verificar como os órgãos jurisdicionais nacionais têm cooperado com o TJUE no sentido de cumprir e fazer cumprir o direito da UE em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais. Por outras palavras, importa verificar como as exceções à faculdade de reenvio têm sido aplicadas aos casos em concreto[999]. Considerando que os tribunais de primeira instância não são obrigados a reenviar (salvo nos casos de reenvio que questionam a validade das normas de direito da UE), esta obrigação recai sobretudo sobre os órgãos jurisdicionais nos quais já não cabem mais recursos[1000]. Contudo, há tribunais, sobretudo os de última instância, que ainda relutam quanto a isso. Esquecem, como diria Antonio Ruggeri, que fazem parte de um "*sistema di sistemi*"[1001], onde existe uma necessidade lógica de intercâmbio, como naquela famosa frase de Antoine de Saint-Exupéry: "Aqueles que passam por nós, não vão sós, não nos deixam sós. Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós". Esta ideia de troca no sentido de um "mútuo enriquecimento semântico"[1002] é a que deve prevalecer em sistemas internormativos como o da UE. Em razão disso, o reenvio prejudicial deve ser visto como um instrumento que viabiliza os meios para o estabelecimento de uma cooperação interjurisdicional (isto é, entre os tribunais nacionais e o TJUE), através da qual é possível assegurar não só a aplicação correta e homogénea do direito da UE, mas também, como já foi mencionado, a tutela jurisdicional efetiva dos particulares.

Na medida em que o reenvio prejudicial passou a interpretado no sentido de que a sua omissão, nos termos do §3.º do artigo 267.º do TFUE, acarreta a frustração das pretensões inerentes à tutela jurisdicional efetiva dos direitos que para os particulares decorrem do direito da UE[1003], foi sendo desenvolvida a sua dimensão subjetiva[1004], que serviu para densificar a natureza jurídico-constitucional da integração europeia. Sublinhe-se que em virtude de o reenvio prejudicial não ser uma via de recurso

---

[998] SILVEIRA Alessandra, A responsabilidade do Estado-juiz por violação do Direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, *Revista Scientia Ivridica*, tomo LVII, n.º 315, 2008, p. 445-446.

[999] Neste sentido, veja-se as conclusões do advogado-geral Pedro Cruz Villalón, apresentadas em 10 de junho de 2010, no âmbito do Processo do TJUE 173/09 do TJUE, de 5 de outubro de 2010, considerando n.º 24.

[1000] Cfr. Acórdão *Ferreira da Silva e Brito*, processo C-160/14 do TJUE, de 9 de setembro de 2015, n.º 37.

[1001] RUGGERI Antonio, Come Costruire e Preservare le Tradizioni dei Diritti in Europa?, *Consulta Online Periodico Telematico*, n.º 3, 2015, p. 836.

[1002] SCHILLACI Angelo, El sistema constitucional de Itália, *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, ano 7, n.º 14, 2010, p. 79-80.

[1003] Cfr. Acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003, n.º 35.

[1004] Sobre a dimensão subjetiva do reenvio prejudicial, veja-se: QUADROS Inês, *A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, Almedina, 2006.

à disposição das partes, constituindo uma competência exclusiva dos tribunais nacionais, o TJUE imputou aos órgãos jurisdicionais que decidem em última instância a responsabilidade pelos danos porventura causados aos particulares em razão da omissão de um reenvio prejudicial obrigatório. E, na ausência de meios específicos previstos nos Tratados, para que os particulares pudessem acionar a responsabilidade do Estado-Membro no exercício da sua função jurisdicional, o TJUE criou através da sua jurisprudência a ação de responsabilidade contra o Estado-juiz por violação do direito da UE. Desta maneira, os particulares foram habilitados a pedir uma reparação pelos danos sofridos, nomeadamente por não cumprimento da obrigação de reenvio prejudicial por um órgão jurisdicional que decide em última instância[1005].

Com base no princípio da cooperação leal, o TJUE fundamentou no acórdão *Francovich*[1006] e, de seguida, nos acórdãos *Brasserie du pêcheur*[1007] e *Factortame*[1008], a obrigação de reparação dos danos causados aos particulares pelos Estados-Membros que violem o direito da UE. Não obstante tais acórdãos estivessem relacionados especificamente à responsabilidade do Estado-legislador, posteriormente serviram de alicerce para o desenvolvimento do princípio da responsabilidade do Estado-juiz, a fim de salvguardar os direitos dos particulares decorrentes das obrigações que o direito da UE impõe aos Estados-Membros. No âmbito dos acórdãos *Köbler*[1009] e *Comissão c. República Italiana* (de 2003)[1010], o TJUE estabeleceu que o princípio da responsabilidade do Estado é válido para qualquer violação de direito da UE por um Estado-Membro, independentemente da entidade do Estado-Membro, cuja ação ou omissão esteja na origem do incumprimento[1011]. Neste sentido, nos casos em que a omissão de um reenvio prejudicial obrigatório (tendo em conta os termos do acórdão *CILFIT*) provoque danos aos particulares, estes podem dispor do recurso à ação de responsabilidade contra o Estado-juiz por violação do direito da UE[1012].

[1005] O TJUE estabeleceu que é a ordem jurídica de cada Estado-Membro que compete designar os órgãos jurisdicionais competentes e regulamentar as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a assegurar a plena proteção dos direitos conferidos aos particulares. Cfr. Acórdão *Francovich*, processos apensos C-6/90 e C-9/90 do TJUE, de 19 de novembro de 1991, n.º 42.

[1006] Acórdão *Francovich*, processos apensos C-6/90 e C-9/90 do TJUE, de 19 de novembro de 1991.

[1007] Acórdão *Brasserie du pêcheur*, processos apensos C-46/93 e C-48/93, de 5 de março de 1996.

[1008] Acórdão *Factortame*, processo C-48/93 do TJUE, de 5 março de 1996.

[1009] Acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003.

[1010] Acórdão *Comissão c. Itália,* processo C-129/00 do TJUE, de 9 de dezembo de 2003.

[1011] Neste sentido, veja-se o acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003, n.º 31.

[1012] O TJUE estabeleceu no acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003, os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade do Estado-juiz, quais sejam: a) que a norma jurídica violada visasse atribuir direitos ao particular; b) que a violação fosse suficientemente caracterizada; e c) que existisse um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbia ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas (n.ºs 51 e 52.). Quanto ao primeiro requisito, qual seja, a natureza da norma violada, cumpre salientar que a exigência no sentido de a norma conferir direitos aos particulares não implica necessariamente que a mesma seja provida de efeito direto (Cfr. SILVEIRA Alessandra, A responsabilidade do Estado-juiz..., cit., p. 439). Deste modo, para que o Estado-Membro seja responsabilizado basta que a norma violada atribua direitos aos particulares e que o

Assim sendo, no âmbito do princípio da responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da UE, o TJUE disponibilizou aos particulares uma via de direito que permite a reparação dos efeitos danosos de uma decisão judicial que negligenciou o reenvio prejudicial obrigatório – ou seja, o princípio da responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da UE veio assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos particulares, bem como o direito de acesso aos tribunais que ela implica. Com efeito, a omissão do reenvio prejudicial obrigatório rompe o acesso (ainda que indireto) através do qual os particulares podem fazer valer os direitos que o direito da UE lhes confere. Lembrando que, não sendo o reenvio prejudicial um mecanismo processual à disposição das partes, compete aos órgãos jurisdicionais a análise quanto à necessidade e viabilidade de uma questão prejudicial. Se o juiz nacional falha nesta apreciação, pode frustar seus jurisdicionados das prestações inerentes à tutela jurisdicional efetiva dos direitos que para eles decorrem do ordenamento jurídico europeu. Não de outro modo que o advogado-geral P. Léger, no âmbito das suas conclusões no acórdão *Köbler*, afirmou que o reenvio prejudicial inscreve-se na lógica do "direito de recurso aos tribunais"[1013]. Por outras palavras, o reenvio prejudicial traduz-se num "verdadeiro direito das partes ao reenvio", ou poder-se-ia até mesmo dizer um "verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva"[1014].

Embora a tutela jurisdicional efetiva, atualmente consagrada no artigo 19.º do TUE (enquanto princípio geral)[1015] e no artigo 47.º da CDFUE (como um direito fundamental), esteja intimamente relacionada ao reenvio prejudicial, ainda não foi mencionada expressamente na jurisprudência do TJUE para fundamentar especificamente um caso de omissão de reenvio prejudicial[1016]. Aliás, a primeira vez que o TJUE decidiu, em sede de reenvio prejudicial, que um órgão jurisdicional que decide em última instância não havia cumprido a obrigação de reenvio prejudicial que sobre ele impende por força do

---

conteúdo desses direitos seja suficientemente preciso. No que concerne ao segundo requisito, o TJUE esclareceu que uma violação está suficientemente caracterizada quando o órgão jurisdicional nacional não reenvia prejudicialmente nos termos do artigo 267, §3 do TFUE, bem como quando a decisão do juiz nacional é tomada de modo a violar manifestamente a jurisprudência do TJUE sobre a matéria em pauta (n.ºs 55 e 56). Por fim, relativamente ao terceiro requisito, o TJUE reconheceu que o nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas encontra-se na base da frustração das pretensões inerentes à tutela jurisdicional efetiva dos particulares – algo que cabe aos Estados assegurar.

[1013] Cfr. Conclusões do advogado-geral Philippe Léger, apresentadas em 8 de abril de 2003, no processo C-224/01 do TJUE, acórdão *Köbler*, de 30 de setembro de 2003, considerando n.º 35.

[1014] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, Anotação aos acórdãos (TEDH) Ferreira Santos Pardal c. Portugal e (TJUE) Ferreira da Silva e Brito (ou do "grito do Ipiranga" dos lesados do direito da União Europeia no exercício da função jurisdicional)", *Revista Julgar Online*, 2015, p. 14, disponível em «http://julgar.pt/anotacao-aos-acordaos-tedh-ferreira-santos-pardal-c-portugal-e-tjue-ferreira-da-silva-e-brito/» ,última visualização em 03-06-2019.

[1015] Antes da sua expressa consagração, o princípio da tutela jurisdicional efetiva já havia sido edificado pela jurisprudência do TJUE, nomeadamente no acórdão *Bozeti*, processo C-179/84 do TJUE, de 9 de julho de 1985) e no acórdão *Johnston*, processo C-222/84 do TJUE, de 15 de maio de 1986.

[1016] Por outro lado, interessa notar que o TEDH tem relacionado os casos de omissão de reenvio prejudicial a uma violação do artigo 6, n.º 1 da CEDH. Neste sentido, veja-se os acórdãos do TEDH: *Schooten e Rezabek c. Bélgica*, de 20 de setembro de 2011; *Vergauwen e outros c. Bélgica*, de 20 de setembro de 2012; *Dahbi c. Itália*, de 8 de abril de 2014; *Schipani c. Itália*, de 21 de julho de 2015.

§3.º do artigo 267.º do TFUE foi no acórdão *Ferreira da Silva Brito*[1017]. E, apenas no ano passado o TJUE declarou, pela primeira vez, no acórdão *Comissão c. França* (de 2018)[1018], que um Estado-Membro não havia cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do §3.º do artigo 267.º do TFUE, no âmbito de uma ação por incumprimento (artigos 258.º a 260.º do TFUE). Sublinhe-se que sempre houve um receio no sentido de que uma ação por incumprimento pudesse bulir a cooperação mútua necessária ao bom funcionamento do artigo 267.º do TFUE, por isso nunca se havia intentado até então tal processo[1019].

O acórdão *Comissão c. República Italiana* (de 2011)[1020] demonstra, no entanto, algumas tentativas prévias no sentido de declarar o incumprimento do Estado no exercício da sua função jurisdicional. Neste caso, o fundamento do pedido prendeu-se com a legislação italiana (especificamente o artigo 2.º, n.ºs 1 e 2 da lei n.º 117/88, de 13 de abril de 1988), que previa uma limitação ao regime de responsabilidade civil do Estado no exercício da sua função jurisdicional. A legislação italiana condicionava a configuração da responsabilidade do Estado no exercício da sua função jurisdicional apenas aos casos em que se constatasse dolo ou culpa grave do órgão jurisdicional no que tange à obrigação que sobre ele impende por força do §3.º do artigo 267.º do TFUE. Neste sentido, não era possível emergir responsabilidade civil do Estado no exercício da sua função jurisdicional quando os tribunais procedessem a interpretação de normas ou fizessem uma apreciação de fatos e provas[1021]. A referida legislação italiana contrariava, no entanto, o escopo do direito da UE e a própria jurisprudência do TJUE em matéria de responsabilidade do Estado. Contudo, ao invés de imputar a violação do direito da UE ao Estado-juiz, o TJUE declarou o incumprimento do Estado-legislador devido a legislação nacional violar de forma manifesta o direito da UE – isto é, por prever a limitação da responsabilidade do Estado-juiz aos casos de dolo e culpa grave.

A decisão do TJUE no acórdão *Comissão c. República Italiana* (de 2011) serviu para densificar o seu entendimento desenvolvido em acórdãos anteriores. Cite-se neste sentido o supra referido acórdão *Köbler*[1022], onde foi levantada a questão de saber se o erro sobre o sentido e o âmbito de uma disposição europeia, cometido pelo Supremo Tribunal Administrativo austríaco, seria suscetível de

---

[1017] Acórdão *Ferreira da Silva e Brito*, processo C-160/14 do TJUE, de 9 de setembro de 2015.

[1018] Acórdão *Comissão c. França*, processo C-416/17 do TJUE, de 4 de outubro de 2018.

[1019] Neste sentido, veja-se: QUADROS Inês, Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 1987 – Processo 314/85 Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost, in PAIS Sofia Oliveira (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia - Uma Abordagem Jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 247.

[1020] Acórdão *Comissão c. República Italiana,* processo C-379/10 do TJUE, de 24 de novembro de 2011.

[1021] Acórdão *Comissão c. República Italiana,* processo C-379/10 do TJUE, de 24 de novembro de 2011, n.º 30.

[1022] Acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003.

responsabilizar o Estado, algo que o TJUE respondeu afirmativamente. Contudo, tendo em consideração as circunstâncias do caso no processo principal, o TJUE entendeu que as mesmas não tinham o caráter manifesto exigido para que que se pudesse imputar a responsabilidade de um Estado-Membro por uma decisão de um dos seus órgãos jurisdicionais decidindo em última instância. Do mesmo modo, poucos meses depois, no já mencionado acórdão *Comissão c. Itália* (de 2003)[1023], muito embora o TJUE tivesse reconhecido a possibilidade de imputar a responsabilizar ao Estado no âmbito das suas funções jurisdicionais, entendeu naquela ação por incumprimento que o órgão jurisdicional italiano de última instância não havia violado o direito da UE, porque a interpretação errada das disposições da UE decorria de uma má transposição do direito da UE ao ordenamento jurídico italiano. Neste sentido, o TJUE declarou o incumprimento do Estado-legislador, porque manteve uma legislação que "não era suficientemente clara", e não ao Estado-juiz, que andava a proceder a uma interpretação contrária ao direito da UE[1024].

Verifica-se um salto qualitativo no acórdão *Traghetti del Mediterraneo*[1025], onde levantou-se uma questão prejudicial no âmbito de um processo instaurado contra a Itália por uma empresa marítima junto do *Tribunale di Genova*. A empresa pretendia obter o ressarcimento dos prejuízos sofridos em decorrência da violação do direito da UE por parte da *Corte Suprema di Cassazione* – órgão jurisdicional italiano de última instância. A alegada violação do direito da UE decorria do fato de a *Corte Suprema di Cassazione* ter incorrido em erro na interpretação dada a disposições de direito da UE em matéria de concorrência e auxílios de Estado, além de ter-se recusado a submeter as pertinentes questões prejudiciais de interpretação ao TJUE a que estava obrigada por força do §3.º do artigo 267.º do TFUE. O Estado italiano constestou a admissibilidade da ação de indenização com fundamento na Lei n.º 117, de 13 de abril de 1988 (especialmente com base em seu artigo artigo 2.º, n.ºs 1 e 2), que limitava a responsabilidade do órgão jurisdicional aos casos de dolo ou culpa grave. Em contrapartida, a empresa demandante sustentava que as condições de responsabilidade estabelecidas pelo legislador italiano seriam de tal forma restritivas que, na prática, impossibilitariam a reparação dos prejuízos causados por decisões judiciais.

Nestas condições, por ter dúvidas quanto à solução a dar ao litígio que lhe foi submetido, o *Tribunale di Genova* decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE questões prejudiciais relacionadas à responsabilidade do Estado-juiz (em particular quanto à omissão do reenvio prejudicial obrigatório) e à legislação italiana sobre responsabilidade do Estado pelo exercício da função

[1023] Acórdão *Comissão c. Itália*, processo C-129/00 do TJUE, de 9 de dezembo de 2003.

[1024] Acórdão *Comissão c.Itália*, processo C-129/00 do TJUE, de 9 de dezembo de 2003, n.º 30 e 33.

[1025] Acórdão *Traghetti del Mediterraneo*, processo C-173/03 do TJUE, de 13 de junho de 2006.

jurisdicional (que limitava a responsabilidade do juiz aos casos de dolo e culpa grave). Em resposta ao reenvio, à luz do acórdão *Köbler*, o TJUE afastou cabalmente a dúvida sobre a responsabilidade dos tribunais nacionais por violação da obrigatoriedade do reenvio prejudicial[1026]. Além do mais, ressaltou que tal responsabilidade emerge da constação de uma violação manifesta do direito da UE, que acontece quando o juiz dá a uma norma de direito da UE um alcance manifestamente errado, designadamente face à jurisprudência do TJUE, ou se interpreta o direito nacional de uma maneira que conduz, na prática, à violação do direito da UE aplicável[1027]. Nesta senda, o TJUE entendeu que o direito da UE opõe-se a qualquer legislação nacional que exclua a responsabilidade do Estado-Membro por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do direito da UE imputável a um órgão jurisdicional que decide em última instância pelo fato de essa violação resultar de uma interpretação de normas jurídicas ou de uma apreciação dos fatos e das provas efetuada por esse órgão jurisdicional[1028]. Disso resulta que a responsabilidade do Estado não se pode limitar aos casos de dolo e culpa grave do juiz, se essa limitação levar a excluir a responsabilidade do Estado-Membro noutros casos em que se tenha verificado uma violação manifesta do direito aplicável[1029].

Na sequência deste desenvolvimento jurisprudencial, é possível notar um salto qualitativo ainda maior no acórdão *Ferreira da Silva e Brito*[1030], exatamente por ter o TJUE finalmente enquadrado a responsabilidade do Estado-juiz no âmbito de um caso de violação manifesta do direito da UE configurada por uma omissão do reenvio prejudicial obrigatório. A matéria de fato subjacente ao acórdão *Ferreira da Silva Brito* remonta à dissolução da Air Atlantis ocorrida em 1993. No âmbito desta dissolução, os trabalhadores da Air Atlantis sofreram um despedimento coletivo, pelo que intentaram uma ação no Tribunal do Trabalho de Lisboa requerendo a sua reintegração na TAP – que era a principal acionista da Air Atlantis – e o pagamento das respetivas remunerações. Após o Tribunal do Trabalho de Lisboa ter julgado a ação parcialmente procedente, tendo ordenado a reintegração dos demandantes, bem como o pagamento de indemnizações, o Tribunal da Relação de Lisboa declarou que o direito de recurso contra o despedimento coletivo havia caducado. Os demandantes interpuseram então recurso de revista no Supremo Tribunal de Justiça, o qual considerou, por sua vez, que o despedimento coletivo estava desprovido de qualquer ilicitude, não tendo ocorrido "transferência de estabelecimento" da Air Atlantis para a TAP. Incitado por alguns dos demandantes a submeter ao

[1026] Acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003, n° 31.

[1027] Acórdão *Traghetti del Mediterraneo*, processo C-173/03 do TJUE, de 13 de junho de 2006, n.° 35.

[1028] Acórdão *Traghetti del Mediterraneo*, processo C-173/03 do TJUE, de 13 de junho de 2006, n.ºs 40 e 41.

[1029] O TJUE já havia decidido neste sentido no âmbito do acórdão *Köbler*, processo C-224/01, de 30 de setembro de 2003, n.ºs 53 a 56.

[1030] Acórdão *Ferreira da Silva e Brito*, processo C-160/14 do TJUE, de 9 de setembro de 2015.

TJUE um pedido de decisão prejudicial, o Supremo Tribunal de Justiça considerou inexistir uma dúvida relevante na interpretação das normas do direito da UE relativas ao conceito de "transferência de estabelecimento" que implicasse a necessidade do reenvio.

Inconformados, os demandantes intentaram uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado Português[1031], pedindo que este fosse condenado a indemnizar determinados danos patrimoniais sofridos. Invocaram como fundamento de recurso o fato de o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça ter feito uma interpretação errada do conceito de "transferência de estabelecimento" na aceção da Diretiva 2001/23 e por ter violado o seu dever de submeter ao TJUE questões de interpretação do direito da UE pertinentes. No âmbito da referida ação de responsabiliade civil extracontratual contra o Estado Português, as Varas Cíveis de Lisboa decidiram formular uma questão prejudicial ao TJUE no sentido de saber se o Supremo Tribunal de Justiça havia feito uma interpretação incorreta do conceito de "transferência de estabelecimento", à luz da Diretiva 2001/23 face aos elementos de fato de que dispunha. Além disso, importava ainda saber se o Supremo Tribunal de Justiça estava obrigado a proceder ao reenvio prejudicial que lhe havia sido pedido[1032].

Em sua resposta, o TJUE entendeu que não podia prosperar a alegação do Supremo Tribunal de Justiça de que o conceito de "transferência de estabelecimento" na aceção da Diretiva 2001/23/CE se impunha com tal evidência que não deixava lugar para qualquer dúvida interpretativa razoável. Isto porque, tendo em conta as circunstâncias do processo principal, o conceito de "transferência de estabelecimento" havia suscitado numerosas interrogações por parte de vários

---

[1031] Considerando a autonomia processual dos Estados-Membros, as vias da ação de responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da UE está prevista no ordenamento jurídico português no Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, e alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho de 2008.

[1032] Esteve ainda em causa no âmbito deste reenvio prejudicial a apreciação da conformidade da regra constante no artigo 13, n.º 2 do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado à luz do direito da UE. De acordo com esta regra, o pedido de indemnização devia ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente – recordando que, não tendo sido revogado o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, não havia lugar ao pagamento da indemnização pretendida. Neste sentido, TJUE concluiu que a regra do artigo 13, n.º 2 do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado podia tornar excessivamente difícil a obtenção da reparação dos danos causados pela violação do direito da UE em causa, pois, como foi apurado nos autos e dos debates na audiência, as hipóteses de reapreciação das decisões do Supremo Tribunal de Justiça são extremamente limitadas. Acresce que o obstáculo que resulta da regra do direito nacional não pode ser justificado por outros princípios gerais do direito da UE como os da autoridade do caso julgado ou da segurança jurídica (Acórdão, *Ferreira da Silva e Brito*, processo C-160/14 do TJUE, de 9 de setembro de 1995, n.ºs 51 a 59). Este foi inclusivamente o entendimento do TJUE no âmbito do acórdão *Köbler*, no qual decidiu que o reconhecimento do princípio da responsabilidade do Estado decorrente da decisão de um órgão jurisdicional nacional decidindo em última instância não tem em si por consequência pôr em causa a autoridade do caso definitivamente julgado de tal decisão. Um processo destinado a responsabilizar o Estado não tem o mesmo objeto e não envolve necessariamente as mesmas partes que o processo que deu origem à decisão que adquiriu a autoridade de caso definitivamente julgado. Com efeito, o demandante numa ação de indemnização contra o Estado obtém, em caso de êxito, a condenação deste no ressarcimento do dano sofrido, mas não necessariamente que seja posta em causa a autoridade do caso definitivamente julgado da decisão judicial que causou o dano. De qualquer modo, o princípio da responsabilidade do Estado inerente à ordem jurídica da UE exige tal ressarcimento, mas não a revisão da decisão judicial que causou o dano (Acórdão *Köbler*, processo C-224/01, de 30 de setembro de 2003, n.º 39).

órgãos jurisdicionais nacionais, que, consequentemente, se viram obrigados a submeter questões prejudiciais ao TJUE. Estas interrogações comprovaram não só a existência de dificuldades de interpretação, mas também a presença de riscos de divergências jurisprudenciais a nível da UE. Tendo sido constatada a existência de correntes jurisprudenciais contraditórias a nível nacional a propósito do conceito de "transferência de estabelecimento" na aceção da Diretiva 2001/23/CE, bem como também dificuldades no que concerne à interpretação desse conceito nos diferentes Estados-Membros, o TJUE concluiu que um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não são suscetíveis de recurso judicial de direito interno deve cumprir a sua obrigação de submeter uma questão prejudicial ao TJUE, a fim de afastar o risco de interpretação errada do direito da União[1033]. Deste modo, ao entender que o Supremo Tribunal de Justiça devia ter cumprido a sua obrigação de submeter um pedido de decisão prejudicial nos termos do §3.º do artigo 267.º do TFUE, o TJUE reconheceu igualmente que o órgão jurisdicional de última instância português havia violado de forma manifesta o direito da UE – lembrando que a configuração de violação manifesta do direito da UE já havia sido desenvolvida anteriormente pela jurisprudência do TJUE, nomeadamente nos supramencionados acórdãos *Köbler*[1034] e *Traghetti del Mediterraneo*[1035].

O ápice de todo este desenvolvimento jurisprudencial foi alcançado, no entanto, com o acórdão *Comissão c. França* (de 2018)[1036], quando o TJUE declarou o incumprimento da França devido ao fato de o *Conseil d'État*, na sua condição de órgão jurisdicional administrativo que decide em última instância, ter violado manifestamente o direito da UE, nomeadamente por não ter formulado um pedido de decisão prejudicial. Esta omissão do *Conseil d'État* teria causado uma ameaça à segurança jurídica, na medida em que a sua interpretação isolada do direito da UE colocava em risco a aplicação correta e homogénea do direito da UE nos ordenamentos jurídicos nacionais.

A origem do referido incumprimento remonta ao acórdão *Accor*[1037], onde o *Conseil d'Etat* havia feito um pedido de decisão prejudicial no âmbito de um litígio que decorria contra a empresa que deu nome ao acórdão. Resulta da decisão de reenvio que a referida empresa havia recebido, no decurso dos anos de 1998 a 2000, dividendos pagos pelas suas filiais estabelecidas noutros Estados-Membros e que, no momento da redistribuição destes dividendos, teria pago um imposto por retenção na fonte. Numa reclamação de 21 de dezembro de 2001, a Accor pediu o reembolso deste imposto retido na

---

[1033] Cfr. Acórdão *Ferreira da Silva e Brito*, processo C-160/14 do TJUE, de 9 de setembro de 2015, n.º 44.

[1034] Acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003, n° 53 a 56.

[1035] Acórdão *Traghetti del Mediterraneo*, processo C-173/03 do TJUE, de 13 de junho de 2006, n.º 35.

[1036] Acórdão *Comissão c. França*, processo C-416/17 do TJUE, de 4 de outubro de 2018.

[1037] Acórdão *Accor*, processo C-310/09 do TJUE, de 15 de setembro de 2011.

fonte, invocando a incompatibilidade da legislação francesa com o direito da UE. Tendo este pedido sido indeferido, esta sociedade recorreu para o tribunal *administratif de Versailles* que, por decisão de 21 de dezembro de 2006, deu provimento total ao seu pedido. Inconformado, o *ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique* interpôs recurso de cassação deste acórdão para o *Conseil d'État*[1038].

O *Conseil d'État* constatou que, de acordo com a legislação nacional, uma sociedade-mãe francesa não está sujeita ao imposto sobre as sociedades pelos dividendos que recebe das suas filiais qualquer que seja o lugar de estabelecimento das mesmas. Por outro lado, quando distribui os referidos dividendos aos seus próprios acionistas, esta sociedade é obrigada a pagar um imposto por retenção na fonte qualquer que seja a proveniência dos dividendos que lhe tenham sido distribuídos e que desta forma redistribui. Por isso, no entender do *Conseil d'État*, o mecanismo do imposto por retenção na fonte, considerado em si mesmo, não afetava a liberdade de estabelecimento nem a livre circulação de capitais. Contudo, tendo em vista que a legislação nacional impedia a concessão de um crédito fiscal a uma sociedade-mãe relativamente a dividendos provenientes de filiais estabelecidas noutro Estado-Membro e, por conseguinte, a qualquer imputação sobre o montante do imposto por retenção na fonte exigível quando esta sociedade-mãe redistribui estes dividendos, o *Conseil d'Etat* decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE uma questão prejudicial no sentido de saber se a legislação francesa era incompatível com o direito da UE, especialmente no que concerne aos artigos 49.º e 63.º do TFUE[1039].

Em resposta ao pedido de decisão prejudicial, o TJUE decidiu que a legislação francesa violava o direito da UE (designadamente os artigos 49.º e 63.º do TFUE) devido à diferença de tratamento fiscal dos dividendos entre as sociedades-mãe francesas que recebem dividendos de filiais francesas e as que recebem dividendos de filiais estrangeiras[1040]. O TJUE também se pronunciou a respeito das condições em que as provas exigidas pelas autoridades fiscais poderiam ser estabelecidas[1041].

O *Conseil d'État* tomou em consideração a decisão do TJUE, porém decidiu isoladamente sobre um ponto que não havia sido tratado no acórdão *Accor*, nomeadamente no que diz respeito ao tratamento fiscal aplicável ao caso das subfiliais. Se, por um lado, o TJUE havia se pronunciado a respeito desta matéria no acórdão *Test Claimants in the FII Group Litigation*[1042], por outro lado, o *Conseil*

[1038] Acórdão *Accor*, processo C-310/09 do TJUE, de 15 de setembro de 2011, n.ºs 9-11.

[1039] Acórdão *Accor*, processo C-310/09 do TJUE, de 15 de setembro de 2011, n.ºs 12-13.

[1040] Acórdão *Accor*, processo C-310/09 do TJUE, de 15 de setembro de 2011, n.º 41.

[1041] Acórdão *Accor*, processo C-310/09 do TJUE, de 15 de setembro de 2011, n.º 99.

[1042] Acórdão *Test Claimants*, processo C-35/11 do TJUE, de 13 de novembro de 2012.

d'État ignorou tal jurisprudência, sob a alegação de que o regime britânico era diferente do regime francês no que diz respeito ao crédito fiscal e ao imposto retido na fonte. Descartando assim a hipótese de reenvio, determinou que o imposto pago por uma subfilial não teria de ser tido em conta para determinar os adiantamentos pagos à empresa-mãe. O *Conseil d'État* também estabeleceu certas condições sobre as provas que devem ser fornecidas pela empresa às autoridades fiscais em termos não totalmente coincidentes com os enunciados pelo TJUE no acórdão *Accor*.

Na sequência das decisões proferidas pelo *Conseil d'État*, a Comissão recebeu queixas relativas às condições de reembolso do imposto retido na fonte. Isto porque várias empresas não puderam solicitar o reembolso de adiantamentos efetuados por empresas francesas que receberam dividendos de origem estrangeira. Numa fase pré-contenciosa, a Comissão notificou as autoridades francesas e, considerando que as respostas dadas não tinham sido satisfatórias, apresentou, na sequência, um parecer fundamentado que, finalmente, se seguiu numa ação por incumprimento[1043].

No âmbito desta ação por incumprimento, que resultou no já mencionado acórdão *Comissão c. França* (de 2018), a Comissão requereu a declaração de incumprimento da França em virtude das restrições que resultavam dos acórdãos do *Conseil d'État*, cuja interpretação era diversa daquela do TJUE no acórdão *Accor*, bem como fundamentou o seu pedido no fato de o *Conseil d'État* não ter formulado e submetido uma questão prejudicial a fim de obter esclarecimentos sobre questões de direito da UE a propósito do reembolso do imposto pago por subfiliais residentes em Estados-Membros distintos das sociedades-mãe. Em sua defesa, a França alegou que a Comissão não havia especificado as dificuldades com que o *Conseil d'État* havia se deparado nos processos que conduziram aos referidos acórdãos, que na realidade teriam sido dificuldades de natureza fatual e não de interpretação do direito da UE, pelo que não se justificava o pedido de decisão prejudicial nos termos do §3.º do artigo 267.º do TFUE.

Por sua vez, ao proferir a sua decisão, o TJUE recordou que a obrigação de os Estados-Membros de cumprir as disposições de direito da UE incumbe a todas as autoridades, incluindo os órgãos jurisdicionais nacionais. Assim sendo, com fundamento no artigo 258.º do TFUE, declara-se o incumprimento de um Estado-Membro quando um de seus órgãos jurisdicionais nacional incorre em omissão do dever de reenviar prejudicialmente. Neste caso em específico, ao ter afastado a jurisprudência assente, especialmente o acórdão *Test Claimants in the FII Group Litigation*[1044], alegando que o regime britânico era diferente do regime francês no que diz respeito ao crédito fiscal e ao

[1043] Acórdão *Comissão c. França*, processo C-416/17 do TJUE, de 4 de outubro de 2018, n.ºs 14-17.

[1044] Acórdão *Test Claimants*, processo C-35/11 do TJUE, de 13 de novembro de 2012.

imposto retido na fonte, o *Conseil d'État* não podia ter a certeza de que o seu raciocínio se impunha com a mesma evidência ao TJUE. Logo, seria imperativo ao *Conseil d'État* submeter uma questão prejudicial ao TJUE no âmbito do caso *Accor*, tendo em vista o disposto no §3.º do 267.º do TFUE e a doutrina *CILFIT*. Em razão da sua omissão, o *Conseil d'État* criou um risco de divergências quanto à interpretação e aplicação do direito da UE, que implicou na condenação do Estado-juiz francês por incumprimento[1045].

Com o acórdão *Comissão c. França* (de 2018)[1046], o TJUE completou um *puzzle* que levou quase quinze anos para se completar. Lembrando que, nos acórdãos *Köbler*[1047] e *Comissão c. Itália* (de 2003)[1048], o TJUE deu os primeiros passos no sentido de estender a responsabilidade do Estado às suas funções jurisdicionais. Na sequência, no acórdão *Comissão c. República Italiana* (de 2011)[1049], o TJUE declarou o incumprimento do Estado italiano em virtude de a legislação nacional violar de forma manifesta o direito da UE, isto é, por prever uma limitação da responsabilidade do Estado-juiz aos casos de dolo e culpa grave – que serviu para reforçar o acórdão *Traghetti del Mediterraneo*[1050]. Já no acórdão *Ferreira da Silva e Brito*[1051] o TJUE reconheceu efetivamente, através de um reenvio prejudicial, a responsabilidade do Estado-juiz por uma violação manifesta do direito da UE em decorrência de uma omissão do reenvio prejudicial obrigatório. Este foi o caso derradeiro que possibilitou ao TJUE declarar, no âmbito do acórdão *Comissão c. França* (de 2018)[1052], o incumprimento do Estado francês no exercício da sua função jurisdicional por uma violação manifesta do direito da UE, nomeadamente pela omissão do dever de reenviar, conforme o disposto no §3.º do artigo 267.º do TFUE. Frise-se que o procedimento de incumprimento afigura-se como o último recurso utilizado para controlar e limitar a discricionariedade das autoridades nacionais encarregues de aplicar o direito da UE[1053].

As repercussões do acórdão *Comissão c. França* (de 2018) nas práticas judiciais dos Estados-Membros ainda são desconhecidas, tendo em vista a sua recém chegada ao cenário jurisprudencial europeu. De qualquer modo, este acórdão serve para reafirmar o dever jurídico que preside as relações entre o TJUE e os tribunais nacionais – afinal, da cooperação leal estabelecida entre os Estados-

---

[1045] Acórdão *Comissão c. França*, processo C-416/17 do TJUE, de 4 de outubro de 2018, n.ºs 107-114.

[1046] Acórdão *Comissão c. França*, processo C-416/17 do TJUE, de 4 de outubro de 2018.

[1047] Acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003.

[1048] Acórdão *Comissão c. Itália*, processo C-129/00 do TJUE, de 9 de dezembo de 2003.

[1049] Acórdão *Comissão c. Itália*, processo C-379/10 do TJUE, de 24 de novembro de 2011.

[1050] Acórdão *Traghetti del Mediterraneo*, processo C-173/03 do TJUE, de 13 de junho de 2006.

[1051] Acórdão *Ferreira da Silva e Brito*, processo C-160/14 do TJUE, de 9 de setembro de 2015.

[1052] Acórdão *Comissão c. França*, processo C-416/17 do TJUE, de 4 de outubro de 2018.

[1053] Cfr. ABREU Joana Covelo de, An approach to today's EU constitutionality control – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection, *UNIO – EU Law Journal*, vol. 3, n.º 2, 2017, p. 114.

Membros e a UE decorrem obrigações concretas para as autoridades nacionais, nomeadamente a de dar efetividade ao direito da UE. Pode dizer-se, portanto, que este acórdão consiste num ultimato em relação à obrigação de reenviar que impende sobre os tribunais nacionais, sobretudo àqueles que decidem em última instância, inclusivamente os tribunais constitucionais.

A propósito, observe-se que os tribunais constitucionais sempre demonstraram uma certa resistência em dialogar com o TJUE através do reenvio prejudicial. Esta resistência é até certo ponto compreensível, pois os tribunais constitucionais não são como os outros. Foram estabelecidos há pouco tempo em comparação a instituições centenárias, como as dos poderes executivo e legislativo e os tribunais comuns. Em razão disso, os tribunais constitucionais mal tiveram tempo de se consolidar como novas instituições e já foram convocados a aplicar um conjunto de normas europeias, além de terem de zelar pelas Constituições de seus respetivos Estados-Membros[1054]. Contudo, o fato de serem os guardiões das Constituições nacionais não constitui um argumento relevante para isentar os tribunais constitucionais da cooperação estabelecida entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais no interesse da aplicação correta e homogénea do direito da UE no conjunto dos Estados-Membros[1055]. Como asseveram Armin von Bogdandy e Stephan Shill, *"[n]ational constitutional courts must be aware of their responsibility not only for the integrity of their domestic constitutional legal order, but also for the constitutional order of the Union*"[1056].

Inicialmente, as escusas suscitadas versavam no sentido de que os tribunais constitucionais se encontram fora do poder judicial comum[1057], integrando os órgãos de soberania[1058]. Em razão disso,

---

[1054] Cfr. DICOSOLA Maria; FASONE Cristina; SPIGNO Irene, Foreword: Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis, *German Law Journal*, vol. 16, n.° 6, 2015, p. 1319.

[1055] No acórdão *Parfums Christian Dior*, o TJUE frisou que a obrigação de submeter a questão prejudicial "insere-se no âmbito da colaboração entre os órgãos jurisdicionais nacionais incumbidos da aplicação das normas comunitárias e o Tribunal de Justiça instituída com o objectivo de garantir a correcta aplicação e a interpretação uniforme do direito comunitário no conjunto dos Estados-Membros" (Acórdão *Parfums Christian Dior*, processo C-337/95 do TJUE, de 4 de novembro de 1997, n.° 25). A finalidade do dever de reenviar, que decorre da cooperação leal, consiste, pois, em assegurar o equilíbrio institucional e impedir a frustação dos projetos e objetivos estabelecidos em conjunto. Neste sentido, a propósito da conformidade do direito derivado da UE com a Constituição nacional, Cardoso da Costa afirmou que: "[o] Tribunal Constitucional português não deve avançar para a emissão de um eventual juízo de desconformidade constitucional das normas [de direito da UE], sem antes submeter a questão da interpretação das mesmas ao [TJUE], utilizando para tanto o mecanismo de reenvio prejudicial" (CARDOSO DA COSTA José Manuel, Tribunal Constitucional Português e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *Ab Vno ad Omnes*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 1376-1377). Note-se que a ênfase foi aqui colocada na cooperação leal, pois é ela que instrui o diálogo entre o TJUE e os tribunais nacionais (incluindo os tribunais constitucionais).

[1056] Os tribunais constitucionais nacionais devem estar cientes de suas responsabilidades não apenas em relação à integridade da ordem jurídica constitucional interna, mas também da ordem constitucional da UE (tradução livre da autora). BOGDANDY Armin von; SCHILL Stephan, Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty, *Common Market Law Review*, vol. 48, n.° 5, 2011, p. 1451.

[1057] Importa fazer uma distinção entre tribunais constitucionais, tais como o *Bundesverfassungsgericht*, *Corte Costituzionale*, *Arbitragehof*, *Tribunal Constitucional*, *Verfassungsgerichtshof* e *Conseil Constitutionnel* e tribunais superiores com jurisdição constitucional, tais como o *Irish Supreme Court* e o *Danish Højesteret*. Neste sentido, veja-se: CLAES Monica, *The National Courts' Mandate*..., cit., p. 436.

[1058] Cfr. FONSECA Guilherme, Supremo Tribunal de Justiça e Tribunal Constitucional, *Revista Julgar Online*, 2014, p. 2.

alguns tribunais constitucionais afirmavam que não se enquadravam na categoria de órgão jurisdicional constante no §3.º do artigo 267.º do TFUE[1059]. O TJUE nunca se manifestou expressamente no sentido de saber se os tribunais constitucionais estão incluídos na obrigação de reenviar prevista no §3.º do artigo 267.º do TFUE[1060]. Todavia, nos acórdãos *Vaassen-Göbbels*[1061], *Pretore di Saló*[1062] e *Denuit e Cordenier*[1063], o TJUE estabeleceu alguns aspectos funcionais que caracterizam um órgão jurisdicional nacional, tais como a sua origem, permanência, caráter obrigatório da sua jurisdição, aplicação pelo órgão das normas de direito, natureza contraditória do processo, bem como a sua independência[1064]. Com base nestas características, pode afirmar-se que os tribunais constitucionais estão incluídos na categoria de órgãos juridicionais nacionais, afinal são estabelecidos por lei, são permanentes, têm jurisdição compulsória, são independentes e aplicam normas de direito[1065]. Não obstante possam pronunciar-se em processos de natureza não contraditória, o TJUE já esclareceu que este critério não é absoluto[1066]. Com efeito, o artigo 267.º do TFUE não sujeita o recurso ao TJUE ao caráter contraditório do processo no decurso do qual o juiz nacional formula uma questão prejudicial, porém os órgãos jurisdicionais nacionais só podem pedir ao TJUE que se pronuncie se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de caráter jurisdicional[1067].

[1059] Em Itália, no âmbito do acórdão *Giampaoli*, a *Corte Costituzionale* estabeleceu que embora não fosse obrigada a fazer um pedido de decisão prejudicial, podia gozar de tal faculdade (Cfr. *Ordinanza* n.º 168/91 do Tribunal Constitucional Italiano, de 29 de março de 1991, n.º 6). Mais tarde, no acórdão *Messagero Servizi*, considerou que não podia ser definido como um órgão jurisdicional na acepção dada pelo artigo 267 do TFUE devido às peculiariedades relacionadas à sua função e posição no sistema judiciário italiano (*Ordinanza* n.º 536/95 do Tribunal Constitucional Italiano, de 21 de novembro de 1995, n.º 4).

[1060] Todavia, nas conclusões apresentadas no processo C-239/07, a advogada-geral Juliane Kokott afirmou que "[o]s tribunais constitucionais são igualmente abrangidos no conceito de órgão jurisdicional na acepção do artigo [267 do TFUE]" (Conclusões da advogada-geral Juliane Kokott, apresentadas em 12 de junho de 2008, no processo C-239/07 do TJUE, acórdão *Sabatauskas*, de 9 de outubro de 2008, considerando n.º 16).

[1061] Acórdão *Vaassen-Göbbels*, processo 61/65 do TJUE, de 30 de junho de 1966.

[1062] Acórdão *Pretore di Salò*, processo 14/86 do TJUE, de 11 de junho de 1987.

[1063] Acórdão *Denuit e Cordenier*, processo C-125/04 do TJUE, de 27 de janeiro de 2005.

[1064] Neste sentido, veja-se: Acórdão *Denuit e Cordenier*, processo C-125/04 do TJUE, de 27 de janeiro de 2005, n.º 12; Acórdão *Gabalfrisa*, processos apensos C-110/98 a C-147/98 do TJUE, de 21 de março de 2000, n.º 33.

[1065] Desde o acórdão *Comissão c. Bélgica* (processo 77/69 do TJUE, de 5 de maio de 1970, n.º 5), o TJUE já vinha se pronunciando no sentido de que o incumprimento de um Estado-Membro pode ser declarado qualquer que seja o órgão do Estado, cuja acção ou omissão esteja na origem do incumprimento, ainda que se trate de uma instituição constitucionalmente independente – ou seja, ainda que se trate de um tribunal constitucional. Este entendimento foi confirmado, nomeadamente nos acórdãos *Comissão c. Itália* (processo C-129/00 do TJUE, 9 de dezembro de 2003, n.º 29), *Comissão c. Espanha* (processo C-158/08 do TJUE, de 12 de novembro de 2009, n.º 125).

[1066] Cfr. Acórdão *Dorsch Consult*, processo C-54/96 do TJUE, de 17 de setembro 1997, n.º 31; Acórdão *Corsica Ferries Italia Srl c. Corpo dei piloti del porto di Genova*, processo C-18/93 do TJUE, 17 de maio de 1994, n.º 12.

[1067] Cfr. Acórdão *Standesamt Stadt Niebüll*, processo C-96/04 do TJUE, de 27 de abril de 2006, n.º 13.

Até o presente momento, poucos tribunais constitucionais encetaram um diálogo formal e aberto com o TJUE através do reenvio prejudicial[1068]. Contudo, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, abriu-se o leque de oportunidades para os tribunais constitucionais participarem na arena jurídica de discussões no âmbito do reenvio prejudicial[1069]. Isto porque o Tratado de Lisboa introduziu alterações que ampliaram os pontos de contato entre as constituições dos Estados-Membros e o ordenamento jurídico da UE. Um exemplo bastante nítido tem a ver com a CDFUE, que desde então passou a ter efeito jurídico vinculativo. Não obstante os direitos fundamentais já tivessem sido reconhecidos pela jurisprudência do TJUE como princípios gerais do direito da UE, a incorporação formal da CDFUE no direito primário da UE deu origem a um debate sobre a potencial expansão (ou limitação) no que diz respeito à proteção desses direitos[1070]. A questão prejudicial formulada pelo Tribunal Constitucional espanhol no caso *Melloni* [1071] e a questão prejudicial suscitada pelo *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional) austríaco no caso *Digital Rights Ireland/ Landesregierung*[1072] são ilustrações significativas.

No acórdão *Melloni*[1073], esteve em causa um pedido de decisão prejudicial ao TJUE formulado pelo Tribunal Constitucional espanhol. A questão prejudicial dizia respeito à interpretação da decisão-quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Especificamente, o Tribunal Constitucional espanhol perguntou se um Estado-Membro, ao abrigo do artigo 53.º da CDFUE, podia recusar a execução de um mandado de detenção europeu, na medida em que a constituição espanhola oferecia um *standard* de proteção mais benéfico[1074]. À partida, em virtude de a referida decisão-quadro harmonizar as condições de execução de um mandado de detenção europeu, remediando as dificuldades do reconhecimento mútuo das decisões proferidas na ausência do réu em seu julgamento, o TJUE entendeu que os Estados-Membros não tinham a faculdade de recusar a execução de um mandado de detenção europeu (salvo as exceções previstas na decisão-quadro em causa), pois isto violaria os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que a referida decisão-quadro pretendia reforçar, bem como comprometeria a sua eficácia. Deste modo, um Estado-Membro

[1068] Apenas os tribunais constitucionais da Áustria, da Bélgica, da França, da Alemanha, da Itália, da Lituania, da Polónia, da Eslovenia e da Espanha já submeteram um pedido de decisão prejudicial ao TJUE. Cfr. DICOSOLA Maria; FASONE Cristina; SPIGNO Irene, Foreword: Constitutional Courts..., cit., p.1318.

[1069] Cfr. CLAES Monica, *The National Courts' Mandate...*, cit., p. 438-439.

[1070] Cfr. DICOSOLA Maria; FASONE Cristina; SPIGNO Irene, Foreword: Constitutional Courts..., cit., p. 1321.

[1071] Acórdão *Melloni*, processo C-399/11 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013.

[1072] Acórdão *Digital Rights Ireland*, processos apensos C-293/12 e C-594/12 do TJUE, de 8 de abril 2014.

[1073] Acórdão *Melloni*, processo C-399/11 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013.

[1074] Acórdão *Melloni*, processo C-399/11 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, n.º 26.

não poderia invocar o artigo 53.º da CDFUE para subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar que fosse violado o direito a um processo equitativo e os direitos de defesa garantidos pela Constituição do Estado-Membro de execução, se isso comprometesse a eficácia do direito da UE[1075]. Por outras palavras, as dissonâncias em relação à proteção dos direitos fundamentais nos distintos Estados-Membros não poderiam comprometer a unidade, o primado e a efetividade do direito da UE, pois isto implicaria, em última análise, uma ameaça à própria sobrevivência de uma União que se pretende de direito.

Como se pode perceber, a CDFUE ensejou a participação do Tribunal Constitucional espanhol na arena de discussões promovida pelo instrumento de reenvio prejudicial, na medida em que a matéria em causa dizia respeito a direitos fundamentais protegidos por distintos ordenamentos jurídicos. O Tribunal Constitucional espanhol não poderia recorrer apenas à Constituição nacional e decidir isoladamente sobre questões que afetam a todos os Estados-Membros, pois isto promoveria uma diferença de tratamento entre os cidadãos da UE. Considerando a vinculatividade das decisões do TJUE, o *standard* de proteção dos direitos fundamentais definido no acórdão *Melloni* é o que deve ser aplicado pelos tribunais de todos os Estados-Membros da UE. As orientações advindas da resposta ao reenvio prejudicial serviram para deslindar um conflito entre normas no sistema internormativo europeu, tendo tido o TJUE a oportunidade de se manifestar a respeito do *standard* jusfundamental aplicável à luz artigo 53.º da CDFUE – que até pode ser o nacional, desde que o mesmo não coloque em causa a efetividade do direito da UE, como viria a ser reforçado e melhor esclarecido em acórdãos sucessivos[1076].

Muito embora o artigo 53.º da CDFUE pudesse suscitar dúvidas interpretativas, sublinhe-se que no acórdão *Melloni* o TJUE não se afastou do seu entendimento proferido em decisões anteriores, quando os direitos fundamentais apenas faziam parte do ordenamento jurídico europeu enquanto princípios gerais do direito da UE. Neste sentido, lembre-se que o TJUE, quando foi defrontado no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*[1077]com a questão da validade de um regulamento europeu que violava preceitos da Lei Fundamental alemã, já havia estabelecido que a validade de um ato de direito da UE, ou os seus efeitos em um Estado-Membro, não pode ser afetado pela alegação de que o mesmo viola quer direitos fundamentais, tais como os enunciados na Constituição de um Estado-

[1075] Acórdão *Melloni,* processo C-399/11 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, n.º 60.

[1076] Veja-se, de entre outros, o acórdão *Åkerberg Fransson*, processo C-617/10 do TJUE, de 26 de Fevereiro de 2013, n.º 29.

[1077] Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, processo C-11/70 do TJUE, de 17 de dezembro de 1970.

Membro, quer os princípios da estrutura constitucional nacional[1078]. A principal justificativa apresentada pelo TJUE teve a ver com a unidade e a eficácia do direito da UE, que poderiam ser seriamente afetadas se a validade dos atos europeus fosse revisada em base a normas jurídicas nacionais específicas. Aliás, este entendimento do TJUE corrobora o acórdão *Costa/ENEL* [1079], quando estabeleceu-se que a efetividade do direito da UE não pode variar de um Estado-Membro para outro em função do seu direito interno – afinal, isto colocaria em risco a sustentabilidade de uma União de direito.

Se no acordão *Melloni* foi questionada a conformidade de uma norma de direito derivado da UE (decisão-quadro 2002/584/JAI) com uma norma de direito primário da UE (artigo 53.º da CDFUE) que manda aplicar o *standard* de proteção dos direitos fundamentais mais elevado – sendo que o Tribunal Constitucional espanhol alegava ser o da Constituição espanhola –, em relação ao acórdão *Digital Rights Ireland/Landesregierung*[1080], a validade da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006 foi colocada em causa à luz das disposições dos artigos 7.º (proteção à vida privada) e 8.º (proteção de dados pessoais) da CDFUE. A referida diretiva tinha por objetivo harmonizar as disposições dos Estados-Membros relativas à conservação de determinados dados por eles gerados ou tratados, tendo em vista garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, de deteção e de repressão de infrações graves, como os associados ao crime organizado e ao terrorismo. Acontece que a referida diretiva não regulava o tratamento de dados pelas autoridades públicas ou policiais dos Estados-Membros, mas sim a conservação de dados por fornecedores de serviços no exercício de atividades económicas, independentemente de qualquer pedido prévio de acesso por parte das autoridades policiais ou judiciárias dos Estados-Membros. O cerne da questão residia no fato de a diretiva ser aplicável a qualquer pessoa quer se encontrasse ou não numa situação suscetível de dar lugar a ações penais, quer estivessem sujeitas até mesmo ao segredo profissional. Deste modo, a obrigação decorrente da diretiva permitia ingerências individuais por via de uma vigilância direcionada, mas também ingerências em massa porventura mais preocupantes[1081]. Tendo em vista que a referida diretiva violava direitos fundamentais dos particulares, o TJUE foi chamado pelo *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional austríaco), bem como também

[1078] Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, processo C-11/70 do TJUE, de 17 de dezembro de 1970, n.º 3.

[1079] Acórdão *Costa c. E.N.E.L.,* processo 6/64 do TJUE, de 15 de julho de 1964, p. 555.

[1080] Acórdão *Digital Rights Ireland*, processos apensos C-293/12 e C-594/12 do TJUE, de 8 de abril 2014.

[1081] Acórdão *Digital Rights Ireland*, processos apensos C-293/12 e C-594/12 do TJUE, de 8 de abril 2014, n.º 16.

pela *High Court* irlandesa, a apreciar a validade da mesma conforme os parâmetros jusfundamentais constantes nos artigos 7.º (proteção à vida privada) e 8.º (proteção de dados pessoais) da CDFUE[1082].

Note-se que a CDFUE, ao aprofundar as dimensões jurídico-constitucionais da integração europeia, propiciou um maior estreitamento de laços com os tribunais constitucionais no que se tem chamado de "uma nova era do real diálogo constitucional" [1083]. O *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional austríaco) já havia anteriormente encetado um diálogo com o TJUE através do reenvio prejudicial[1084], porém esta foi a primeira vez que tomou novamente a iniciativa desde que a CDFUE foi dotada de efeito jurídico vinculativo. Este reenvio prejudicial submetido tanto pelo Tribunal Constitucional austríaco quanto pela *High Court* irlandesa viabilizou uma ampla reflexão sobre direitos fundamentais, nomeadamente no que concerne à proteção à vida privada e à proteção de dados pessoais, levando o TJUE a considerar que não obstante a luta contra a criminalidade grave assumisse primordial importância para garantir a segurança pública, as medidas de conservação de dados instituída pela Diretiva 2006/24/CE não se justificavam, pelo que a obrigação imposta pela mesma aos fornecedores de comunicações eletrónicas constituía uma ingerência aos direitos fundamentais mencionados[1085].

Este *standard* de jusfundamentalidade que resulta da jurisprudência do TJUE é aquele que deve ser reproduzido pelas autoridades jurisdicionais de todos os Estados-Membros, salvo contrário não seria possível promover a aplicação correta e homogénea do direito da UE. E qualquer dúvida quanto à aplicação desta (e de outras) decisão(ões) a novos casos em concreto, o reenvio prejudicial há de ser sempre a opção a ter-se em conta a fim de evitar equívocos em relação à aplicação do direito da UE – eis o que sucedeu, por exemplo, na sequência do acórdão *Digital Rights Ireland/Landesregierung*, quando tribunais nacionais suscitaram o problema dos efeitos da invalidade da Diretiva 2006/24/CE relativamente às disposições nacionais que haviam feito a sua transposição. Neste sentido, cite-se o acórdão *Tele2*[1086], onde o TJUE esclareceu que, uma vez defrontado com a aplicação de uma norma que transpõe uma diretiva declarada inválida pelo Tribunal de Luxemburgo

[1082] Acórdão *Digital Rights Ireland*, processos apensos C-293/12 e C-594/12 do TJUE, de 8 de abril 2014, n.º 19-21.

[1083] CLAES Monica, Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure, *German Law Journal*, vol. 16, n.º 6, 2015, p. 1339.

[1084] Veja-se, por exemplo, o acórdão *Österreichischer Rundfunk*, processos apensos C-465/00, C-138/01 e C-139/01 do TJUE, de 20 de maio de 2003, a propósito de um reenvio relacionado a questões prejudiciais sobre o tratamento de dados pessoais e a proteção da vida privada.

[1085] Acórdão *Digital Rights Ireland*, processos apensos C-293/12 e C-594/12 do TJUE, de 8 de abril 2014, n.º 65.

[1086] Acórdão *Tele2,* processos apensos C-203/15 e C-698/15 do TJUE, de 21 de dezembro de 2016.

(no caso a Diretiva 2006/24/CE), o juiz nacional deve considerá-la em desconformidade com o direito da UE, afastando a sua aplicação por força do princípio do primado do direito da UE[1087].

Além da importância da CDFUE no sentido de aproximar os tribunais constitucionais à arena jurídica de discussão, importa ainda destacar que as novas competências atribuídas à UE pelo Tratado de Lisboa, especialmente no que diz respeito à cooperação judiciária em matéria penal, favoreceram igualmente uma maior participação dos tribunais constitucionais no diálogo instruído pelo reenvio prejudicial. Neste sentido, a aplicação da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu, já provou ser uma das matérias mais sensíveis aos tribunais constitucionais[1088]. Não de outro modo que os tribunais constitucionais espanhol (no mencionado acórdão *Melloni*), checo, alemão, polaco, de entre outros, já alertaram alguns "contralimites" neste domínio[1089]. Uma futura expansão do direito da UE na área penal pode vir a desencadear uma reação dos tribunais constitucionais ainda maior no sentido de uma utilização mais frequente do reenvio prejudicial, como indica o primeiro reenvio prejudicial feito pelo *Conseil Constitutionnel* francês no âmbito do caso *Jeremy F.*[1090].

Este reenvio prejudicial foi apresentado no âmbito de uma questão de constitucionalidade submetida pela *Cour de cassation* ao *Conseil constitutionnel*, na sequência de um recurso apresentado por Jeremy F. contra a decisão da *chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux*, que havia consentido uma ampliação de entrega, requerida pelas autoridades judiciárias do Reino Unido, por uma infração diferente daquela que havia fundamentado o mandado de detenção europeu inicial[1091]. O mandado de detenção contra o recorrente no processo principal havia sido desencadeado pelo cometimento de uma infração, designadamente um rapto de criança. Jeremy F. era um professor de matemática do secundário e havia fugido com uma das suas alunas, a qual na época ainda não havia completado dezesseis anos. Ao ser capturado em França, o recorrente aceitou a sua entrega às autoridades judiciárias do Reino Unido, sem renunciar, no entanto, à regra da especialidade prevista no

[1087] Sobre o tema, veja-se: SILVEIRA Alessandra; FREITAS Pedro Miguel, Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados ("metadados") nos Estados-Membros da UE: uma leitura jusfundamental, *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 286-287.

[1088] Cfr. DICOSOLA Maria; FASONE Cristina; SPIGNO Irene, Foreword: Constitutional Courts..., cit., p.1322.

[1089] Cfr. MARTINICO Giuseppe, The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law, *German Law Journal*, vol. 16, n.º 6, 2015, p. 1343-1374.

[1090] Acórdão *Jeremy F.*, processo C-168/13 PPU do TJUE, de 30 de maio de 2013.

[1091] Acórdão *Jeremy F.*, processo C-168/13 PPU do TJUE, de 30 de maio de 2013, n.º 2.

n.º 2 do artigo 27.º da Decisão-quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu[1092].

Após a entrega de Jeremy F. às autoridades judiciárias do Reino Unido, a *chambre de l'instruction* recebeu um pedido de consentimento de ampliação da entrega, com vista a despoletar novo procedimento penal contra o recorrente no processo principal, nomeadamente por um crime de atividade sexual contra a referida aluna menor de dezasseis anos, cometido antes da sua entrega. Tendo a *chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux* consentido a ampliação da entrega, Jeremy F. interpôs recurso à *Cour de cassation*, tendo esta submetida ao *Conseil constitutionnel* uma questão prioritária de constitucionalidade[1093]. Foi neste contexto que o *Conseil constitutionnel* decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE uma questão prejudicial (de tramitação urgente, conforme previsão do artigo 23.º-A do Estatuto do TJUE) relativa à interpretação do artigo 27.º, §4.º e artigo 28.º, §3.º, alínea c) da decisão-quadro 2002/584/JAI. Estava em causa saber se tais dispositivos se opunham a que um Estado-Membro previsse um recurso que suspendesse a execução da decisão autoritária, num prazo de trinta dias a contar da receção do pedido, por uma infração cometida antes da sua entrega em execução de um mandado de detenção europeu, diferente daquela que havia motivado a sua entrega[1094].

Diante da questão suscitada pelo *Conseil constitutionnel*, o TJUE verificou que a decisão-quadro 2002/584/JAI não havia procedido uma harmonização total sobre a máteria pertinente ao mandado de detenção europeu, pelo que não havia precluido a competência legislativa nacional no que se refere a previsão de um recurso suspensivo da decisão de execução do mandado de detenção europeu ou da decisão que dá o consentimento à ampliação deste último ou à entrega posterior[1095]. Neste sentido, a interpretação do TJUE ao artigo 27.º, §4.º, e artigo 28.º, §3º, alínea c) da referida decisão-quadro situou-se no âmbito de uma repartição de competências. Considerando a inexistência de regulamentação na decisão-quadro 2002/584/JAI sobre um eventual direito de recurso suspensivo das decisões relativas ao mandado de detenção europeu, nada poderia impedir que os Estados-Membros retivessem alguma discricionariedade em relação à previsão desse direito[1096]. Com efeito, na falta de maiores esclarecimentos nas próprias disposições da decisão-quadro e atendendo ao seu

[1092] Consoante o disposto na decisão-quadro do Conselho 2002/584, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros - artigo 27, n.º 2: "Excepto nos casos previstos nos n.ºs 1 e 3, uma pessoa entregue não pode ser sujeita a procedimento penal, condenada ou privada de liberdade por uma infracção praticada antes da sua entrega diferente daquela por que foi entregue".

[1093] Acórdão *Jeremy F.*, processo C-168/13 PPU do TJUE, de 30 de maio de 2013, n.º 19-26.

[1094] Acórdão *Jeremy F.*, processo C-168/13 PPU do TJUE, de 30 de maio de 2013, n.º 27.

[1095] Acórdão *Jeremy F.*, processo C-168/13 PPU do TJUE, de 30 de maio de 2013, n.º 37.

[1096] Acórdão *Jeremy F.*, processo C-168/13 PPU do TJUE, de 30 de maio de 2013, n.º 51.

artigo 34.º, que atribui às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios necessários para se atingir o resultado pretendido pelas decisões-quadro, o TJUE constatou que a decisão-quadro deixava às autoridades nacionais uma margem de apreciação quanto às modalidades concretas de implementação dos objetivos que prossegue, nomeadamente no que respeita à possibilidade de prever um recurso suspensivo das decisões relativas ao mandado de detenção europeu[1097].

Do que foi exposto, interessa notar que as questões prejudiciais suscitadas tanto pelo Tribunal Constitucional espanhol quanto pelo *Conseil constitutionnel* da França, respetivamente nos acórdãos *Melloni* e *Jeremy F.*, à respeito do mandado de detenção europeu, permitiram uma reflexão relacionada à proteção dos direitos fundamentais, contribuindo significativamente para a progressiva densificação das dimensões jurídico-constitucionais da integração europeia. Além do mais, as soluções apresentadas pelo TJUE nos acórdãos *Jeremy F.* e *Melloni* ajudaram a compreender em que medida as normas nacionais e de direito da UE podem ser acomodadas no sistema internormativo europeu. No acórdão *Jeremy F.*, o TJUE verificou que em virtude de uma falta de harmonização do mandado de detenção europeu em relação à previsão de um recurso suspensivo, uma disposição de direito nacional poderia ser aplicada neste sentido, desde que não violasse o direito da UE. Diferentemente, no acórdão *Melloni*, tendo em conta que a decisão-quadro 2002/584/JAI procedia uma harmonização das condições de execução de um mandado de detenção europeu em caso de condenação na ausência do arguido, por força do princípio do primado, uma disposição nacional em desconformidade com as determinações previstas nesta referida decisão-quadro deveria de ser inevitavelmente afastada[1098]. Foi nesta senda que o TJUE, ao interpretar o artigo 53.º da CDFUE, determinou que, quando um ato de direito da UE exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que sejam

[1097] Acórdão *Jeremy F.*, processo C-168/13 PPU do TJUE, de 30 de maio de 2013, n.º 52.

[1098] Neste sentido, observe-se que as conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentadas em 2 de outubro de 2012, no processo C-399/11 do TJUE, acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, colocam em evidência a harmonização exautiva do mandado de detenção europeu no que concerne aos direitos processuais de uma pessoa que não compareceu pessoalmente no seu julgamento. Em seus considerandos 65 e 70, lê-se o seguinte: "Permitir, de modo geral, à autoridade judiciária de execução que, nestes casos, subordine a entrega da pessoa sobre a qual recai o mandado à possibilidade de um novo julgamento equivale a acrescentar um motivo que pode levar a uma recusa de execução do mandado de detenção europeu. Isso contraria a vontade claramente expressa pelo legislador da União de estabelecer, de forma exaustiva, por razões de segurança jurídica, os casos em que se deve considerar que os direitos processuais de uma pessoa que não compareceu pessoalmente no seu julgamento não foram violados e que, consequentemente, o mandado de detenção europeu deve ser executado [...] Todas estas indicações demonstram que, ao suprimir a possibilidade de entrega condicional prevista no artigo 5, n° 1, da Decisão-Quadro 2002/584, o legislador da União pretendeu melhorar o reconhecimento mútuo das decisões judiciárias proferidas à revelia, enquanto reforça os direitos processuais das pessoas. A solução que adotou, e que consiste em prever de forma exaustiva em que situações se deve considerar que a execução de um mandado de detenção europeu emitido com vista à execução de uma decisão proferida à revelia não infringe os direitos da defesa, é incompatível com a manutenção de uma possibilidade de a autoridade judiciária de execução subordinar essa execução à condição de a condenação em causa poder ser revista com o objetivo de garantir os direitos da defesa da pessoa sobre a qual recai o mandado".

garantidos o primado, a unidade e a efetividade do direito da UE[1099]. No acórdão *Jeremy F.*, haja vista que o direito nacional não comprometia a primazia e a unidade do direito da UE, o mesmo poderia oferecer respostas jurídicas enquadráveis no escopo do direito da UE, no sentido do acórdão *Akeberg Fransson*[1100] – nesta decisão, proferida no mesmo dia do acórdão *Melloni*, o TJUE estabeleceu que quando um órgão jurisdicional de um Estado-Membro é chamado a fiscalizar a conformidade com os direitos fundamentais de uma disposição ou de uma medida nacional que, numa situação na qual a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo direito da UE, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela CDFUE, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da UE[1101].

A respeito do âmbito de aplicação e dos *standards* de proteção dos direitos fundamentais, esta questão pode vir a ganhar contornos ainda mais complexos no sistema internormativo europeu com a futura adesão da UE à CEDH, conforme previsão do artigo 6.º, n.º 2 do TUE. A ideia subjacente a esta adesão prende-se com o estabelecimento de um espaço constitucional comum para a proteção dos direitos fundamentais[1102], ou, como sugere Peter Häberle, um "direito constitucional comum europeu[1103], constituído pelos distintos sistemas de proteção dos direitos fundamentais, nomeadamente nacionais, da UE e da CEDH. Todos estes sistemas se inter-relacionam segundo uma regra metódico-interpretativa que é a da tendencial correspondência de proteção oferecida aos direitos fundamentais[1104]. Todavia, como ensina Gomes Canotilho, esta tendencial correspondência não exclui as diferenças de *standards* quanto à proteção de direitos fundamentais quer em função do enunciado normativo dos textos quer em virtude da interpretação ou da aplicação destes enunciados pelas diferentes instâncias jurisdicionais[1105]. Portanto, tendo em vista a possibilidade de existência de distintos *standards* de proteção de direitos fundamentais em um sistema internormativo, uma acomodação harmónica destes referidos *standards* só pode ser conseguida mediante algumas dinâmicas jurisdicionais, nomeadamente através do diálogo jurisdicional entre os tribunais nacionais, o TJUE e o TEDH.

[1099] Acórdão *Melloni*, processo C-399/11 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, n.º 60.

[1100] Acórdão *Åkerberg Fransson*, processo C-617/10 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013.

[1101] Acórdão *Åkerberg Fransson*, processo C-617/10 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, n.º 29.

[1102] Cfr. LENARTS Koen; GUTIÉRREZ-FONZ José Antonio, The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice, in PEERS Steve, HERVEY Tamara, KENNER Jeff e WARD Angela (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1584.

[1103] HABERLE Peter, Derecho Constitucional Común Europeo, Tradução de Emilio Mikunda Franco, *REP*, n.º 79, 1993, p. 7-46.

[1104] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., p. 6.

[1105] Cfr. GOMES CANOTILHO J. J., Estado de Direito e Internormatividade, in SILVEIRA Alessandra (coord.), *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 182.

Acontece que a formatação desta dinâmica jurisdicional (entre três distintas jurisdições) depende de uma concreta e formal adesão da UE à CEDH, que ainda não se realizou[1106]. Embora o TJUE tenha progressivamente invocado disposições da CEDH, na ausência de uma adesão definitiva, o TJUE apenas tem competência para aplicá-las na interpretação e integração do direito da UE enquanto princípios gerais (artigo 6.º, n.º 3 do TUE). É por isso que a Comissão Europeia, nos finais da década de 70, deu início à saga da adesão da UE à CEDH, procurando autorização do Conselho para desencadear negociações com o Conselho da Europa[1107]. Em 1996, a pedido do Conselho, o TJUE, na sua tarefa de policiamento da autonomia da ordem jurídica da UE, concluiu que, com base na versão dos Tratados da UE naquela época, não existia fundamento legal para a adesão à CEDH, acrescentando que o resultado provocaria uma alteração substancial no seu sistema de proteção dos direitos fundamentais e, portanto, a UE carecia de competência para se tornar parte da CEDH[1108]. A posição do TJUE obrigava as instituições da UE a repensar a forma de afirmar o compromisso da UE em relação aos direitos fundamentais e a clarificar a complexa relação entre aquela, a CEDH e os ordenamentos nacionais, bem como a não menos complicada relação entre o TJUE e o TEDH.

No seguimento das alterações aos Tratados, sugeridas no Parecer 2/94 do TJUE[1109], iniciaram-se as negociações entre a Comissão Europeia e o Conselho da Europa. Alguns meses depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, entre os meses de julho de 2010 e de junho de 2011, realizaram-se oito reuniões de trabalho, até que no dia 14 de outubro de 2011 uma versão final do projeto de acordo foi publicada[1110]. Este projeto de acordo de adesão foi submetido à apreciação do TJUE, atendendo ao disposto no artigo 218.º, n.º 11 do TFUE. No âmbito do Parecer 2/13, o TJUE entendeu que o acordo de adesão não salvaguardava a autonomia do direito da UE, pelo que restou frustada a sua entrada em vigor[1111].

De um modo geral, segundo o TJUE no Parecer 2/13, o acordo de adesão não garantia a concatenação entre o artigo 53.º da CEDH e o artigo 53.º da CDFUE, na medida em que o primeiro permite às Partes Contratantes prever *standards* mais elevados de proteção dos direitos fundamentais a nível nacional, mas não salvaguardava que, quando esses mesmos direitos fossem também

[1106] Para uma perspetiva histórica desta evolução, veja-se: JACQUÉ Jean Paul, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, *Common Market Law Review*, n.º 48, 2011, p. 995-1023.

[1107] Veja-se o Memorando da Comissão Europeia de 4 de abril de 1979, suplemento n.º 2/79, Boletim da CE.

[1108] Veja-se o Parecer 2/94 do TJUE, *Adesão da Comunidade à CEDH,* de 28 de março de 199.

[1109] Parecer 2/94 do TJUE, *Adesão da Comunidade à CEDH*, de 28 de Março de 1996.

[1110] Council of Europe, Fifth negotiation meeting between the CDDH *ad hoc* negotiation group and the European Commission on the accession on the European Union to the European Convention on Human Rights, *Final Report*, Strasbourg, April, 2013, disponível em «https://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_ENG.pdf», última visualização em 03-06-2019.

[1111] Veja-se o Parecer 2/13 do TJUE, *Acordo de Adesão à CEDH*, de 18 de dezembro de 2014

protegidos pela CDFUE, o grau de proteção conferido pela CDFUE não poderia ser comprometido pelos Estados-Membros da UE[1112]. O acordo de adesão também não reconhecia adequadamente o princípio da confiança mútua, que obriga os Estados-Membros a presumir, quando aplicam o direito da UE, que os restantes Estados-Membros cumprem as suas obrigações ao nível do direito da UE, também no que diz respeito aos direitos fundamentais. Na medida em que a CEDH exigia que um Estado-Membro verificasse o respeito dos direitos fundamentais por outro Estado-Membro, apesar de o direito da UE impor a confiança mútua entre esses Estados-Membros, a adesão seria suscetível de comprometer o equilíbrio em que a UE se funda[1113]. O acordo de adesão não previa ainda uma forma de articulação entre o mecanismo previsto pelo Protocolo n.º 16 da CEDH – que permite aos tribunais superiores das Partes Contratantes solicitar ao TEDH pareceres consultivos sobre questões relativas à interpretação ou aplicação dos direitos e liberdades consagrados na CEDH ou seus Protocolos – e o reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE. Tendo em vista que a CEDH faria parte integrante do direito da UE, o mecanismo instituído pelo referido protocolo poderia, quando estivessem em causa direitos garantidos pela CDFUE, correspondentes aos direitos reconhecidos pela CEDH, afetar a autonomia e a eficácia do processo de reenvio prejudicial, que constitui a "pedra angular" do sistema jurisdicional instituído pelos Tratados da UE[1114]. Importa ainda mencionar que em matéria de política externa e segurança comum, em que a jurisdição do TJUE é muito limitada, o fato de não ter sido prevista qualquer limitação à jurisdição do TEDH significaria que muitos atos, ações e omissões praticados neste domínio ficariam sujeitos à fiscalização jurisdicional exclusiva de um órgão externo à UE[1115]. Por fim, o acordo de adesão seria suscetível de afetar a aplicação do artigo 344.º do TFUE, o qual obriga os Estados-Membros a não submeter os diferendos relativos à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos. Uma vez que nada impedia que fossem submetidos ao TEDH os litígios entre Estados-Membros ou entre estes e a UE que se encontrassem simultaneamente no âmbito de aplicação material do direito da UE e da CEDH, o TJUE considerou que não se encontrava assegurado o respeito pela referida disposição[1116].

Ressalte-se que um novo acordo de adesão à CEDH encontra-se em fase de renogociação, pelo que esta saga poderá vir a contar com um novo capítulo ou com o seu desfecho. De qualquer modo, quando a adesão à CEDH vier a ser finalmente concretizada, a conformação não hierárquica do

[1112] Cfr. Parecer 2/13 do TJUE, *Acordo de Adesão à CEDH*, de 18 de dezembro de 2014, n.º 187-189.

[1113] Cfr. Parecer 2/13 do TJUE, *Acordo de Adesão à CEDH*, de 18 de dezembro de 2014, n.º 192-194.

[1114] Cfr. Parecer 2/13 do TJUE, *Acordo de Adesão à CEDH*, de 18 de dezembro de 2014, n.º 176 e 197-198.

[1115] Cfr. Parecer 2/13 do TJUE, *Acordo de Adesão à CEDH*, de 18 de dezembro de 2014, n.º 88.

[1116] Cfr. Parecer 2/13 do TJUE, *Acordo de Adesão à CEDH,* de 18 de dezembro de 2014, n.º 201-214.

sistema internormativo europeu não poderá ser alterada. A ideia a prevalecer deve ser sempre no sentido de uma complementariedade e de uma interação reflexiva entre os ordenamentos jurídicos. Em razão disso é que a formalização do diálogo entre os tribunais de distintas jurisdições afigura-se como uma das questões mais importantes a ser resolvida neste novo acordo de adesão à CEDH. Muito embora já exista um diálogo informal entre o TJUE e o TEDH, esta atual dinâmica jurisdicional parece ser insuficente diante das exigências do artigo 6.º, n.º 2 do TUE. Logo, faz-se necessário seja estabelecida uma nova forma de interação entre os tribunais de distintas jurisdições, para que a proteção dos direitos fundamentais possa atingir o seu mais alto *standard* de proteção no sistema internormativo europeu[1117].

Além das questões relacionadas aos direitos fundamentais – tendo a CDFUE figurado indiscutivelmente como um chamariz para os tribunais constitucionais, que desde então passaram a participar mais ativamente do diálogo promovido pelo instrumento de reenvio prejudicial –, a introdução da cláusula da identidade nacional, prevista no artigo 4.º, n.º 2 do TUE, suscitou igualmente alguns pontos de inflexão que têm instigado a presença dos tribunais constitucionais no processo discursivo de construção do sistema internormativo europeu. O artigo 4.º, n.º 2 do TUE exige que a UE respeite as identidades nacionais dos Estados-Membros, refletida nas suas "estruturas políticas e constitucionais fundamentais", incluindo a autonomia local e regional. Esta cláusula foi inicialmente introduzida pelo Tratado de Maastricht, embora de forma mais concisa, pois apenas fez constar no artigo F, n.º 1 do TUE que "[a] União respeitará a identidade nacional dos Estados-Membros, cujos sistemas de governo se fundam nos princípios democráticos". A referência à democracia foi abandonada em 1997, quando o Tratado de Amesterdão alterou a cláusula da forma seguinte: "A União respeitará as identidades nacionais dos seus Estados-Membros" (artigo 6.º, n.º 3 do TUE). Foi o Tratado de Lisboa que conferiu à referida cláusula a sua forma atual, delimitando o seu alcance às manifestações de identidade nacional que se encontram nas "estruturas políticas e constitucionais fundamentais" dos Estados-Membros.

Confrontando o texto atual com as versões anteriores, é possível notar que o artigo 4.º, n.º 2 do TUE deu ênfase à identidade "constitucional" nacional dos Estados-Membros[1118]. Não de outro modo que, pese o artigo 4.º, n.º 2 do TUE faça referência à "identidade nacional", esta cláusula tem sido

[1117] Sobre a adesão da UE à CEDH, veja-se: SPAVENTA Eleanor, A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n.º 1, 2015, p. 35-56; DE WITTE Bruno; IMAMOVIĆ Sejla, Opinion 2/13 on accession to the ECHR: defending the EU Legal Order against a foreign human rights court, *European Law Review*, vol. 40, n.º 5, 2015, p. 683-705.

[1118] Cfr. BESSELINK Leonard F. M., National and constitutional identity before and after Lisbon, *Utrecht Law Review*, vol. 6, n.º 3, 2010, p. 44.

utilizada indistintamente como "identidade constitucional" [1119]. De acordo com as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Miguel Poiares Maduro no processo *Michaniki*, a cláusula da identidade nacional inclui a identidade constitucional dos Estados-Membros na medida em que o próprio texto do artigo 4.º, n.º 2 do TUE remete a cláusula da identidade nacional às estruturas políticas e constitucionais fundamentais, incluindo a autonomia local e regional dos Estados-Membros [1120]. Neste sentido, o conceito de identidade nacional seria bem mais abrangente, pois compreende o conceito de identidade constitucional. Segundo Balaguer Callejón, "a identidade constitucional, num sentido amplo, é utilizada para fazer referência a particularidades dos sistemas constitucionais dos Estados que não necessariamente fazem parte da identidade nacional em sentido estrito, enquanto núcleo duro ou essencial da ordem constitucional" [1121]. É por isso que, ainda segundo Balaguer Callejón, "considerando que o conceito de identidade nacional gera problemas de aplicação em termos práticos, a sua outra dimensão "imprópria" [qual seja, a identidade constitucional] pode dotá-la de conteúdo"[1122].

Observe-se que a utilização do termo "identidade constitucional" tem sido muito das vezes preterida nas conclusões dos advogados-gerais do TJUE [1123], talvez porque, como sugere Balaguer Callejón, o seu sentido tenha a capacidade de desativar o "potencial político perturbador do processo de integração europeu", permitindo uma "melhor confluência entre ordenamentos jurídicos distintos"[1124]. Os tribunais constitucionais dos Estados-Membros vêm demonstrando do mesmo modo um maior interesse na utilização do termo "identidade constitucional", como se verifica, por exemplo, os acórdãos e despachos da *Corte Costituzionale* italiana, de entre os quais cite-se *Frontini* [1125], *Granital* [1126] e *Fragd* [1127]. Uma explicação minimanente considerável quanto à esta referência prende-se

[1119] Cfr. CLOOTS Elke, National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 45, n.º 2, 2016, p. 82.

[1120] Neste sentido, veja-se a Conclusões do advogado-geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 8 de outubro de 2008, no processo C-213/07 do TJUE, acórdão *Michaniki*, de 16 de dezembro de 2008, considerando n.º 31. Do mesmo modo, veja-se as Conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentadas em 18 de julho de 2017, no processo C-42/17 do TJUE, acórdão *M.A.S. e M.B.*, de 5 de dezembro de 2017, considerando n.º 172.

[1121] CALLEJÓN Francisco Balaguer, A relação dialética..., cit., p. 11.

[1122] CALLEJÓN Francisco Balaguer, A relação dialética..., cit., p. 11.

[1123] Neste sentido, veja-se as conclusões do advogado-geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 20 de setembro de 2005, no processo C-53/04 do TJUE, acórdão *Marrosu and Sardino*, de 7 de setembro de 2006, considerando n.º 40; as conclusões do advogado-geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 8 de outubro de 2008, no processo C-213/07 do TJUE, acórdão *Michaniki*, de 16 de dezembro de 2008, considerandos n.ºs 31-33; as conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentadas em 2 de outubro de 2012, no processo C-399/11 do TJUE, acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, considerandos, n.ºs 137-138 e 142; as conclusões do advogado-geral Cruz Villalón, apresentadas em 14 de janeiro de 2015, no processo C-62/14 do TJUE, acórdão *Gauweiler*, de 16 de junho de 2015, considerando n.º 59.

[1124] CALLEJÓN Francisco Balaguer, A relação dialética..., cit.,p. 11.

[1125] *Sentenza* n.º 183/1973 do Tribunal Constitucional italiano, de 27 de dezembro de 1973.

[1126] *Sentenza* n.º 170/1984 do Tribunal Constitucional italiano, de 8 de junho de 1984.

com a função dos tribunais constitucionais, nomeadamente a de defender a constituição nacional – aliás, proteger a constituição consiste na própria razão de existir dos tribunais constitucionais. Assim sendo, no cumprimento da sua tarefa, os tribunais constitucionais geralmente não se preocupam apenas com as normas de sua constituição que dão expressão à identidade nacional do Estado, mas também com as disposições que consideram parte da própria identidade da constituição, isto é, as disposições que individuam a constituição e sem as quais a constituição deixaria de ser a mesma[1128].

O busílis reside na questão de saber o que pode ser compreendido como identidade nacional (constitucional), tendo em vista a pluralidade de ordenamentos jurídico-constitucionais que integram o sistema internormativo europeu[1129]. Não de outro modo que este conceito continua a se apresentar no contexto do direito da UE como uma referência vaga e ambígua[1130]. Os acórdãos do TJUE que recordam expressamente o dever de observar a identidade nacional (ou constitucional) dos Estados-Membros demonstram que são suscetíveis de se inserir no conceito em questão: a forma republicana do Estado (acórdão *Sayn Wittgenstein*, processo C-208/09, de 22 de dezembro de 2010, n.º 92); o princípio da imparcialidade na administração pública (despacho *Affatato*, processo C-3/10, de 1 de outubro de 2010, n.º 51); o princípio da independência do judiciário (acórdão *O'Brien*, processo C-393/10, de 1 de março de 2012, n.º 49); a salvaguarda da língua oficial nacional (acórdão *Runevič-Vardyn e Wardyn*, processo C-391/09, de 12 de maio de 2011, n.º 86; acórdão *Las*, processo C-202/11 do TJUE, de 16 de abril de 2013, n.º 26); a história, a cultura e as tradições de um Estado-Membro (acórdão Comissão c. Grão-Ducado do Luxemburgo, processo C-51/08, de 24 de maio de 2011, n.º 72); a repartição de competências no âmbito interno (acórdão *Digibet e Albers*, processo C-156/13, de 12 de junho de 2014, n.º 34); os requisitos de acesso à profissão jurídica (acórdão *Torresi*, processos apensos C-58/13 e 59/13, de 17 de julho de 2014, n.º 14); bem como, por último, as opções relativas ao

---

[1127] *Sentenza* n.º 232/1989 do Tribunal Constitucional italiano, de 13 de abril de 1989.

[1128] Cfr. CLOOTS Elke, National Identity, Constitutional..., cit., p. 91. De acordo com Fausto de Quadros, as identidades nacionais (ou constitucionais) são dotadas de três componentes, quais sejam: 1) a política, que se esgota na *Kompetenz Kompetenz*; 2) a jurídica, sinónimo de que a UE respeita a especificidade dos direitos nacionais, a tal ponto que o princípio da subsidiariedade impõe a obrigação de demonstração da necessidade do direito da UE face ao direito nacional; e, por fim, 3) a cultural, que autoriza o Estado a preservar a sua identidade cultural. QUADROS Fausto de, Constituição Europeia e Constituições Nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu, in TELLES Inocêncio Galvão (ed.), *O Direito*, Coimbra, Almedina, Coimbra, 2005, p. 689.

[1129] De acordo com Marcus Klamert e Dimitry Kochenov, é possível estabelecer-se uma conexão entre o artigo 4.º, n.º 2 do TUE, que se refere à identidade nacional dos Estados-Membros, com o artigo 2.º do TUE, por sua vez considerado como a expressão correspondente à identidade da UE. Neste sentido, veja-se: KLAMERT Marcus; KOCHENOV Dimitry, Article 2 TEU, in KELLERBAUER Manuel, KLAMERT Marcus e TOMKIN Jonathan (eds.), *The Treaties and the Charter of Fundamental Rights – A Comentary*, Oxford, Oxford University Press, p. 22-30 (no prelo). Em relação a posicionamentos críticos quanto à existência de uma identidade europeia, veja-se, de entre outros: LACROIX Justine, Does Europe Need Common Values? Habermas vs. Habermas, *European Journal of Political Theory*, vol. 8, n.º 2, 2009, p. 141-156.

[1130] Cfr. CLOOTS Elke, National Identity, Constitutional..., cit., p. 86.

casamento homossexual (acórdão *Coman*, processo C-673/16 do TJUE, de 5 de junho de 2018, n.º 45).

Não obstante a jurisprudência do TJUE tenha buscado elencar alguns elementos que poderiam ser reconhecidos como integrantes da identidade nacional/constitucional para efeito do disposto no artigo 4.º, n.º 2 do TUE, a falta de rigor conceptual tem dado mote para que tribunais constitucionais passassem a invocá-la para não cumprir uma obrigação decorrente do direito da UE ou pôr em causa a validade de uma disposição de direito da UE[1131]. Por outras palavras, o disposto no artigo 4.º, n.º 2 do TUE tem sido utilizado para justificar um "contralimite", ou seja, uma das reservas constitucionais que permitiriam uma oposição ao direito da UE. Acontece que o direito da UE não admite "contralimites", a não ser em *ultima ratio*, pelo que devem ser considerados como uma opção a ser evitada a todo custo[1132]. Isto não significa que um Estado-Membro não possa impugnar junto ao TJUE qualquer disposição de direito da UE que considere atentar contra a sua identidade nacional, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2 do TUE – mas apenas a esse fim, sem colocar em perigo a realização dos objetivos fundamentais da UE[1133]. Aliás, como afirmam Alessandra Silveira e Sophie Perez Fernandes, "[s]e uma disposição ou medida europeia violasse a identidade constitucional de um Estado-Membro estaria a violar o próprio direito da União – e o Tribunal de Justiça trataria de declarar a sua invalidade à luz da principiologia do direito da União"[1134]. Neste sentido, Miguel Poiares Maduro explica que o pluralismo que define a essência da construção jurídica da UE implica que "[t]odo o ordenamento jurídico (nacional ou europeu) deve respeitar a identidade e a reivindicação normativa dos outros ordenamentos jurídicos; a sua identidade não deve ser afirmada de forma que desafie quer a identidade normativa dos outros ordenamentos jurídicos, quer a concepção pluralista do próprio ordenamento jurídico europeu"[1135]. Assim sendo, considerando que em um sistema internormativo as normas de distintos ordenamentos jurídicos estão em constante interação reflexiva[1136], a invocação da identidade nacional

[1131] Cfr. DICOSOLA Maria; FASONE Cristina; SPIGNO Irene, Foreword: Constitutional Courts..., cit., p.1321-1322.

[1132] Cfr. ROSSI Lucia Serena, Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana, *Federalismi.it*, n.º 16, 2018, p. 11.

[1133] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., p. 23.

[1134] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., p. 23.

[1135] POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural*..., cit., p. 41.

[1136] A propósito, considerando a proposta de transconstitucionalismo de Marcelo Neves, num contexto de pluralidade de ordenamentos jurídicos não se deve lançar mão de um método que foca em uma identidade cega. Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente através dos seus tribunais supremos e constitucionais, a considerar a sua própria identidade em primeiro lugar, uma vez que de outro modo elas se diluem como ordens sem diferenciação do seu ambiente. Se, no entanto, elas são confrontadas por problemas comuns, especialmente de natureza constitucional, a alteridade tem que ser levada em consideração sob pena de se tornar reciprocamente bloqueada. Assim, é de vital importância para a construção de uma metodologia do transconstitucionalismo a reconstrução da "identidade constitucional" em virtude de uma consideração permanente da alteridade. Isso não significa negar a identidade como se fosse um modelo inocente de pura convergência. Significa estar pronto para se abrir não apenas cognitivamente, mas

(ou constitucional) de um Estado-Membro não pode servir para subverter os fundamentos do direito da UE, sob pena de criar bloqueios recíprocos[1137].

Neste sentido, interessa averiguar quais seriam as especificidades nucleares e distintivas de certo Estado-Membro que, num contexto que lhe é próprio, lhe permite legitimamente não cumprir com uma obrigação decorrente do direito da UE ou pôr em causa a validade de uma disposição de direito da UE, ao abrigo do disposto no artigo 4.º, n.º 2 do TUE. Para tanto, considerando que a "identidade nacional é um conceito de fronteira e as fronteiras não podem ser definidas apenas por uma das partes"[1138], a cláusula da identidade nacional (ou constitucional) só pode ser compreendida à luz da cooperação leal, através de um diálogo de jurisdições[1139]. O art. 4.º, n.º 2 do TUE exorta, portanto, "ao desenvolvimento de um método discursivo e construtivo de identidades", que por sua vez "apela a uma postura de alteridade orientada pela reflexividade em face das ordens jurídicas com que se esteja a interagir"[1140]. O TJUE e as autoridades nacionais, especialmente os tribunais constitucionais, devem atuar pois em conjunto e no âmbito das suas respetivas competências para se chegar a um consenso respeitante à validade de uma disposição de direito da UE que legitime (ou não) o cumprimento de uma obrigação decorrente do direito da UE, com fundamento no artigo 4.º, n.º 2 do TUE[1141].

Nos termos do artigo 19.º, n.º 1 do TUE, o TJUE apenas tem competência para interpretar os Tratados e apreciar a validade e interpretar os atos jurídicos da UE. Quando é chamado a pronunciar-se a pedido de um órgão jurisdicional nacional, nos termos do artigo 267.º do TFUE, o TJUE se declara incompetente para aferir da compatibilidade do direito nacional com o direito da UE, limitando-se a fornecer-lhe todos os elementos de direito da UE necessários para tal apreciação. Muito embora o

---

também normativamente para outras ordens emaranhadas em casos concretos. Os resultados permanecerão incertos, mas somente se essa disponibilidade existir pode-se absorver o dissenso originário. Neste sentido, veja-se: NEVES Marcelo, Transconstitutionalism – Brief Consideration with Special Reference to Latin America, in SILVEIRA Alessandra, CANOTILHO Mariana Rodrigues e FROUFE Pedro Madeira (eds.), *Citizenship and Solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the Crises, the State of the Art*, Brussels, Peter Lang, 2013, p. 285.

[1137] Não de outro modo que, "se as constituições nacionais pudessem ser invocadas para impor uma aplicação selectiva e discriminatória das normas [de direito da UE] no território da União, seria alterada, paradoxalmente, a conformidade da ordem jurídica comunitária com as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros". Conclusões do advogado-geral Miguel Poaires Maduro, apresentadas em 21 de maio de 2008, no processo C-127/07 do TJUE, o acórdão *Arcelor*, de 16 de dezembro de 2008, considerando n.º 16.

[1138] CALLEJÓN Francisco Balaguer, A relação dialética..., cit., p. 21.

[1139] Cfr. FERNANDES Sophie Perez, O Tribunal de Justiça e o respeito pela identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros, *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo II, ano de 2013 – Ética e Direito, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014, p. 138 e 145.

[1140] SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., 22.

[1141] No contexto da repartição competencial arquitetada pelos Tratados, o TJUE e os tribunais dos Estados-Membros, especialmente os seus respetivos tribunais constitucionais, podem ser vistos como dois agentes complementares que integram o sistema internormativo europeu – ou o que Bogdandy e Schill chamariam de "*composite system of European constitutional adjudication*". Cfr. BOGDANDY Armin von; SCHILL Stephan, Overcoming absolute primacy..., cit., p. 1447 e 1452.

TJUE não tenha competência para interpretar o direito nacional, é inegável que a interpretação do artigo 4.º, n.º 2 do TUE, enquanto disposição do direito da UE, recai no âmbito da competência do TJUE, nos termos do 19.º, n.º 1 do TUE e do artigo 267.º do TFUE. Assim sendo, a interpretação correta e homogénea do conceito de identidade nacional deve ser assegurada pelo TJUE. Isto não significa que caberá ao TJUE determinar o conteúdo da identidade nacional de um Estado-Membro, pois isto implicaria uma interpretação do direito nacional e o TJUE é incompetente para desempenhar tal tarefa. Contudo, cabe ao TJUE determinar as consequências advindas da conceção de cada Estado-Membro a respeito dos elementos constitucionais que caracterizam a identidade nacional para efeitos do artigo 4.º, n.º 2 do TUE.

Neste sentido, Miguel Poiares Maduro afirma, nas suas conclusões apresentadas no processo *Marrosu* que, se, por um lado, há que reconhecer às autoridades nacionais, especialmente os tribunais constitucionais, a "responsabilidade de definirem a natureza das especificidades nacionais", pois "estão melhor colocados para definir a identidade constitucional dos Estados-Membros que a União Europeia tem por missão respeitar", por outro lado, o TJUE tem o "dever de verificar se essa apreciação está em conformidade com os direitos e objetivos fundamentais cuja observância garante no quadro [do direito da UE]"[1142]. Por outras palavras, "os tribunais constitucionais só podem caracterizar a identidade [nacional] constitucional para efeitos internos, mas não podem ter a pretensão de decidir o alcance que essa definição terá a nível europeu, em relação com o disposto no artigo 4.º, n.º 2, TUE"[1143]. Em razão disso, "o TJUE se encontra mais bem situado para evitar abuso de exceções constitucionais nacionais ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2 do TUE", ou seja, "para evitar que as reivindicações identitárias nacionais dos Estados-Membros obstaculizem a realização dos objetivos fundamentais da UE"[1144].

A propósito da repartição de competências em relação à definição da cláusula da identidade nacional, cuja proteção releva sobretudo aos tribunais constitucionais dos Estados-Membros, importa destacar uma recente participação da *Corte Costituzionale* italiana no âmbito de um diálogo jurisdicional levado a cabo com o TJUE. Trata-se do reenvio prejudicial apresentado no processo *M.A.S. e M.B.*[1145], onde a *Corte Costituzionale* solicitou um esclarecimento quanto à regra deduzida do artigo 325.º do TFUE no acórdão *Taricco*[1146], afirmando que, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2 do TUE, a mesma

[1142] Conclusões do advogado-geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 20 de setembro de 2005, no processo C-53/04 do TJUE, acórdão *Marrosu and Sardino*, de 7 de setembro de 2006, considerando n.º 40.

[1143] CALLEJÓN Francisco Balaguer, A relação dialética..., cit., p. 21.

[1144] Cfr. FERNANDES Sophie Perez, O Tribunal de Justiça e o respeito..., cit., p. 138.

[1145] Acórdão *M.A.S. e M.B.*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017.

[1146] Acórdão *Taricco*, processo C-105/14 do TJUE, de 8 de setembro de 2015.

só seria aplicável se fosse compatível com a identidade constitucional do Estado italiano. No acórdão *Taricco* o TJUE havia concluído que as disposições de direito penal italiano, que estabelecem prazos de prescrição mais curtos, eram suscetíveis de afetar negativamente o cumprimento das obrigações dos Estados-Membros que decorrem do artigo 325.º do TFUE, nomeadamente no que se refere à proteção dos interesses financeiros da UE. Por conseguinte, o TJUE exigiu que os tribunais nacionais afastassem as referidas disposições de direito penal quando estivessem reunidas duas condições: a) em primeiro lugar, com base no n.º 1 do artigo 325.º do TFUE, quando a acusação de fraudes graves ao IVA fosse prescrita em um número significativo de casos; b) em segundo lugar, com base no n.º 2 do artigo 325.º do TFUE, quando o prazo de prescrição fosse inferior ao estabelecido pela legislação nacional para casos análogos de fraude que afetam o Estado-Membro[1147].

Esta decisão do TJUE levantou problemas de cunho constitucional, na medida em que em Itália o regime de prescrição das infrações penais reveste natureza substantiva, sendo-lhe aplicável o princípio da legalidade em matéria penal (artigo 25.º, n.º 2, da Constituição italiana). Assim sendo, a aplicação do acórdão *Taricco* violaria o princípio da legalidade sob dois aspectos: a) em primeiro lugar, os requisitos "fraude grave" e "um número significativo de casos" eram demasiados incertos para uma norma punitiva, pelo que deviam de ser melhor determinados por meio de lei ordinária, não havendo os juízes nacionais competência para tanto (de acordo com o artigo 101.º, n.º 2 da Constituição italiana, o princípio da separação de poderes não pode ser interpretado no sentido de que um juiz é livre para estabelecer critérios e categorias legais, que normalmente seriam confiados ao legislador); b) em segundo lugar, a decisão no acórdão *Taricco* dava ensejo a uma aplicação retroativa, visto que compelia os juízes nacionais a aplicar às infrações cometidas anteriormente à publicação daquele acórdão prazos de prescrição mais largos do que os que estavam inicialmente previstos no dia em que as mesmas foram cometidas[1148].

Tendo em vista que a aplicação do acórdão *Taricco* violava dispositivos constitucionais da ordem jurídica italiana, a *Corte Suprema di Cassazione* e a *Corte d'Appello di Milano* submeteram pedidos de apreciação da constitucionalidade à *Corte Costituzionale* para que pudessem decidir os processos penais pendentes[1149]. Naquele momento, a *Corte Costituzionale* poderia simplesmente ter reconhecido que os fatos acontecidos antes do acórdão *Taricco* não seriam atingidos por aquela decisão, porém, movida pelo dever de cooperação leal, submeteu uma questão prejudicial ao TJUE com o intuito de saber se a obrigação dali advinda haveria de ser aplicada mesmo quando isto

[1147] Cfr. Acórdão *Taricco*, processo C-105/14 do TJUE, de 8 de setembro de 2015, n.º 58.

[1148] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B.*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro 2017, n.ºs 14-16.

[1149] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro 2017, n.º 10.

implicasse uma violação aos princípios supremos reconhecidos pela Constituição do Estado italiano (princípio da legalidade dos crimes e das penas) e os direitos inalienáveis da pessoa (princípio da irretroatividade da norma penal mais severa)[1150].

De acordo com o depacho de reenvio n.º 24/2017[1151], as duas primeiras questões prejudiciais formuladas pela *Corte Costituzionale* diziam respeito a) à natureza substancial do regime de prescrição das infrações penais previsto no ordenamento jurídico italiano; e b) à determinação dos requisitos "fraude grave" e "um número significativo de casos"; a terceira pergunta estava relacionada à alegada incompatibilidade da regra deduzida do artigo 325.º, n.ºs 1 e 2 do TFUE no acórdão *Taricco*[1152] com os princípios supremos da ordem constitucional do Estado italiano. A dúvida planteada girava em torno, sobretudo, do axioma segundo o qual se é verdade que o primado do direito da UE é um "dado adquirido" na jurisprudência relativa ao artigo 11.º da Constituição italiana, é igualmente certo que a aplicação do direito da UE está condicionada ao devido cumprimento dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, de entre os quais inclui-se o princípio da legalidade em matéria penal[1153]. A *Corte Costituzionale* parte do pressuposto de que, se o processo de integração europeu se fundamenta no respeito pela diversidade presente em seu sistema internormativo, o relacionamento entre as dimensões nacionais e supranacional não se pode basear senão no princípio da cooperação leal. Neste sentido, o acórdão *Taricco* haveria de ser lido de acordo com o artigo 4.º, n.º 3 do TUE e, por conseguinte, não se poderia presumir que o TJUE quisesse impor a renúncia aos princíprios supremos da ordem constitucional italiana[1154].

Desta forma, segundo a *Corte Costituzionale*, os controversos parágrafos 53 e 55 do acórdão *Taricco*[1155] deveriam de ser interpretados no sentido de que cabe ao juiz nacional a avaliação da compatibilidade da regra prescrita no acórdão *Taricco* com a identidade constitucional do Estado-

[1150] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro 2017, n.º 13.

[1151] *Ordinanza* n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017.

[1152] Acórdão *Taricco*, processo C-105/14 do TJUE, de 8 de setembro de 2015.

[1153] Cfr. *Ordinanza* n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017, n.º 2.

[1154] Cfr. *Ordinanza* n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017, n.º 3.

[1155] "Há que acrescentar que, se o órgão jurisdicional nacional decidir não aplicar as disposições nacionais em causa, deverá igualmente garantir que os direitos fundamentais das pessoas em causa sejam respeitados. Com efeito, a estas poderão ser aplicadas sanções às quais, com toda a probabilidade, escapariam se essas disposições de direito nacional fossem aplicadas". Acórdão *Taricco*, processo C-105/14 do TJUE, de 8 de setembro de 2015, n.º 53; "No entanto, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional nacional, a não aplicação das disposições nacionais em causa tem unicamente o efeito de não encurtar o prazo de prescrição geral no quadro de um procedimento penal pendente, de permitir o exercício efetivo da ação penal relativamente aos factos imputados, bem como de assegurar, se for caso disso, a igualdade de tratamento entre as sanções destinadas a proteger, respetivamente, os interesses financeiros da União e os da República Italiana. Esta não aplicação do direito nacional não viola os direitos dos arguidos, conforme garantidos pelo artigo 49.º da Carta". Acórdão *Taricco* , processo C-105/14 do TJUE, de 8 de setembro de 2015, n.º 55.

Membro[1156]. Em virtude de a prescrição não ser uma matéria de competência da UE, não existiria nenhuma exigência de harmonização jurídica neste domínio, pelo que cada Estado-Membro haveria a faculdade de atribuir à prescrição das infrações penais uma natureza substancial ou processual, em conformidade com as suas tradições constitucionais[1157]. A ausência de harmonização em matéria de prescrição de infrações penais permitiria, por um lado, excluir a aplicabilidade do acórdão *Melloni* e, por outro lado, poder-se-ia invocar o acórdão *Omega*, no qual o TJUE reconheceu que os direitos fundamentais constituem um interesse legítimo suscetível de justificar, em princípio, uma restrição às obrigações impostas pelo direito da UE, mesmo por força de uma liberdade fundamental garantida pelos Tratados (como a livre prestação de serviços, que estava ali em causa)[1158]. A desaplicação da regra imposta pelo acórdão *Taricco* decorreria, portanto, da natureza peculiar do regime de prescrição das infrações penais no ordenamento jurídico italiano, que corresponde a uma circustância em si mesma estranha ao âmbito material de aplicação do direito da UE[1159].

Não obstante os argumentos apresentados pela *Corte Costituzionale* estivessem baseados numa lógica silogística, esqueceu-se de considerar que o fato de o regime da prescrição de infrações penais recair na competência dos Estados-Membros não os desobriga do cumprimento do direito da UE. Lembre-se que, no acórdão *Rottmann*[1160], o TJUE já havia estabelecido que o âmbito de aplicação do direito da UE também integra as competências dos Estados-Membros, cujo exercício porventura obstaculize ou comprometa o exercício das competências da UE. Mesmo na ausência de um regime harmonizado de normas sobre prescrição penal na UE, a solução avançada pela *Corte Costituzionale* colocaria em causa a efetividade do direito da UE, pois o resultado pretendido seria, precisamente, o de não permitir que o artigo 325.º do TFUE produzisse efeitos na ordem jurídica italiana[1161]. Ademais, se a a *Corte Costituzionale* alegava que a matéria da prescrição penal ultrapassava o âmbito de aplicação do direito da UE, então não haveria motivos para invocar o acórdão *Omega*. Neste sentido, a consulta prejudicial requerida pela *Corte Costituzionale* ao TJUE mais parece ter-se fundado na doutrina dos "contralimites"[1162]. Por outras palavras, a referência ao artigo 4.º, n.º 2 do TUE em sua questão prejudicial indica que a intenção da *Corte Costituzionale* era a de sondar a disponibilidade do

[1156] Cfr. *Ordinanza* n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017, n.º 9.

[1157] Cfr. *Ordinanza* n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017, n.º 4.

[1158] Cfr. Acórdão *Omega*, processo C-36/02 do TJUE, de 14 de outubro de 2004, n.ºs 35 e 36.

[1159] Cfr. *Ordinanza* n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017, n.º 8.

[1160] Acórdão *Rottmann*, processo C-135/08 do TJUE, de 2 de março de 2010, n.ºs 41-42.

[1161] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., p. 14-15.

[1162] Neste sentido, veja-se: VIGANÒ Francesco, Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n.º 24/2017 della Corte Costituzionale sul caso Taricco, *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, Editore Luca Santa Maria, 2017, p. 5.

TJUE no sentido de reconhecer a cláusula da identidade nacional como uma codificação dos "contralimites".

A *Corte Costituzionale* poderia ter evitado o tom ameaçador do seu pedido de decisão prejudicial invocando, alternativamente, apenas o artigo 53.º da CDFUE, haja vista que a aplicação do regime de prescrição penal previsto no ordenamento jurídico italiano afigurava ser mais benéfico aos acusados no processo principal. A *Corte Costituzionale* até avançou neste sentido, demonstrando que a legislação italiana acarretava, de fato, um *standard* de proteção aos direitos fundamentais superior àquele previsto no artigo 49.º da CDFUE e no artigo 7.º da CEDH, pelo que devia de ser considerado salvaguardado pelo próprio direito da UE, nos termos do artigo 53.º da CDFUE[1163]. No entanto, antevendo os resultados infrutíferos que adviriam de tal raciocínio, tendo em conta a decisão anterior do TJUE no acórdão *Melloni*[1164], a *Corte Costituzionale* adicionou simultaneamente ao seu pedido a cláusula da identidade nacional/constitucional. Acontece que, ao que tudo indica, ambos os argumentos, nomeadamente o *standard* de proteção mais elevado e a identidade nacional/constitucional, não são defensáveis em simultâneo[1165].

Como bem observado pelo advogado-geral Yves Bot nas suas conclusões nos processos *Melloni* e *M.A.S. e M.B.*, não se deve confundir a proteção de um direito fundamental com uma violação da identidade nacional (ou identidade constitucional de um Estado-Membro)[1166]. Com efeito, o artigo 4.º, n.º 2 do TUE não está diretamente associado a conteúdos concretos do ordenamento jurídico-constitucional de um certo Estado-Membro. Segundo Balaguer Callejón, a identidade nacional/constitucional não pode ser associada a conteúdos concretos do ordenamento jurídico-constitucional que, em última análise, sempre podem modificar-se mediante revisões constitucionais ou através do exercício democrático constituinte. Neste sentido, se a identidade nacional/constitucional na sua dimensão conflitual supõe a existência de um núcleo essencial indisponível da própria constituição, mas esta constituição pode até admitir em alguns casos a sua revisão total, a identidade constitucional que se pode opor à integração europeia deve ter em consideração, necessariamente,

---

[1163] Cfr. *Ordinanza* n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017, n.º 8.

[1164] Lembre-se que, à luz da jurisprudência do TJUE, na ausência de harmonização jurídica os Estados-Membros gozam de uma maior discricionariedade, mas isto não os exonera da obrigação de assegurar o primado e a efetividade do direito da UE. No caso em apreço, a aplicação do *standard* de proteção garantido pelo artigo 25, n.º 2 da Constituição italiana seria incompatível com o direito da UE, na medida em que a impunidade resultante da aplicação do regime de prescrição penal seria susctível de lesar os interesses financeiros da UE. Neste sentido, veja-se as conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentadas em 18 de julho de 2017, no processo C-42/17 do TJUE, acórdão *M.A.S. e M.B.*, de 5 de dezembro de 2017, considerando n.º 163.

[1165] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua..., cit., p. 15.

[1166] Conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentadas em 18 de julho de 2017, no processo C-42/17 do TJUE, acórdão *M.A.S. e M.B.*, de 5 de dezembro de 2017, considerando n.º 179; conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentdas em 2 de outubro de 2012, no âmbito do Processo C-399/11 do TJUE, acórdão *Melloni.*, de 26 de fevereiro de 2013, considerando n.º 142.

esta mesma abertura das constituições à revisão ou à transformação do sistema constitucional dentro de um contexto democrático. Deste modo, Balaguer Callejón acredita que, considerando que a democracia pluralista e a Constituição nem sempre têm a mesma extensão, porque a democracia é sempre mais ampla que a Constituição, é a democracia pluralista que se pode associar, no essencial, com com a identidade nacional/constitucional. São as condições democráticas próprias do ordenamento constitucional que marcam a fronteira da identidade nacional/constitucional frente a um ordenamento jurídico global que, em princípio, participa desses valores e deve garanti-los, no âmbito da UE, mesmo em face de atitudes regressivas dos Estados-Membros[1167]. Sob esta perspetiva, importa não confundir o que releva de uma conceção exigente da proteção de um direito fundamental com uma ofensa à identidade nacional/constitucional de um EstadoMembro. Certamente não se pode subestimar um direito fundamental protegido pelas constituições nacionais, mas isso não significa, no entanto, que seja de equacionar a aplicação do artigo 4.º, n.º 2 do TUE[1168].

A decisão do TJUE no caso *M.A.S. e M.B.* não chegou a mencionar a propósito de uma eventual possibilidade de violação do artigo 4.º, n.º 2 do TUE face aos argumentos esgrimidos pela *Corte Costituzionale*. O TJUE limitou-se a fazer uma reinterpretação do acórdão *Taricco*, tendo em consideração as especificidades do ordenamento jurídico italiano, que não haviam sido trazidas a lume anteriormente[1169]. Nesta senda, o TJUE apenas reconheceu que a delicada tarefa de garantir que as normas nacionais de prescrição de infrações penais respeitem as condições fixadas no parágrafo 58 do acórdão *Taricco* – nomeadamente impedir a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras em um número considerável dos casos de fraude grave lesiva dos interesses financeiros da UE – cabe, em primeiro lugar, ao legislador nacional, o qual pode fixar prazos de prescrição mais longos com aplicação imediata, inclusive a fatos imputados que ainda não estão prescritos, sem que isso afete o disposto no artigo 49.º da CDFUE[1170].

De seguida, o TJUE verificou que, se, à data dos fatos no processo principal, o regime de prescrição aplicável às infrações penais relativas ao IVA não tinha sido objeto de harmonização por parte do legislador da UE, o Estado italiano era livre para prever, em seu ordenamento jurídico, que o regime de prescrição penal fizesse parte do direito substantivo e fosse sujeito ao princípio da legalidade dos crimes e das penas. Contudo, a partir da adoção da Diretiva 2017/1371/UE, do Parlamento

---

[1167] Cfr. BALAGUER CALLEJÓN Francisco, A relação dialética..., cit., p. 23.

[1168] Cfr. Conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentadas em 18 de julho de 2017, no processo C-42/17 do TJUE, acórdão *M.A.S. e M.B.*, de 5 de dezembro de 2017, considerando n.º 179.

[1169] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B.*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017, n.º 28.

[1170] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B.*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017, n.ºs 41 e 42.

Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, o legislador nacional passou a estar vinculado às disposições ali previstas[1171]. Por conseguinte, de acordo com o TJUE, antes da adoção da referida diretiva, deve-se considerar que as exigências de previsibilidade, determinação e não retroatividade inerentes ao princípio da legalidade dos crimes e das penas aplicam-se, na ordem jurídica italiana, também ao princípio da prescrição relativo às infrações penais concernentes ao IVA[1172]. Deste modo, os tribunais nacionais podem continuar a aplicar as normas do código penal italiano, quando o cumprimento da regra decorrente do acórdão *Taricco* resulta uma situação de incerteza na ordem jurídica interna quanto à determinação da prescrição aplicável[1173].

Note-se que o TJUE relevou as especificidades do ordenamento jurídico italiano[1174] sem entretanto retratar abertamente a sua interpretação dada ao artigo 49.º da CDFUE no acórdão *Taricco*[1175]. Admitiu-se, pois, face às especificidades estruturais internas, as quais também encontram equivalência no direito da UE, uma ponderação entre a efetividade do direito da UE e a proteção dos direitos fundamentais. Contudo, o TJUE não mencionou expressamente o artigo 53.º da CDFUE, tampouco o artigo 4.º, n.º 2 do TUE – neste caso por entender que a alegada incompatibilidade da regra deduzida no acórdão *Taricco* com os princípios supremos da ordem constitucional italiana havia ficado sem efeito[1176]. Se, por um lado, é possível afirmar, a despeito das referidas omissões, que o *standard* de proteção de direitos fundamentais conferido pelo ordenamento jurídico italiano foi implicitamente aplicado no acórdão *M.A.S. e M.B.*[1177] – não significando isso uma relativização do primado do direito da UE, uma vez que foi o próprio direito da UE que reconheceu e autorizou (ainda que não expressamente) o *standard* de proteção mais elevado garantido pela constituição nacional italiana –, por outro lado, à luz da jurisprudência do TJUE, ainda não se pode afirmar com certeza quais seriam as especificidades nucleares e distintivas de um Estado-Membro que lhe permite

[1171] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017, n.ºs 44 e 45.

[1172] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017, n.º 58.

[1173] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017, n.º 59.

[1174] Veja-se o acórdão Taricco, processo C-105/14 do TJUE, de 8 de setembro de 2015, n.º 55-57.

[1175] Cfr. MASTROIANNI Roberto, Alla ricerca di nuovi equilibri nei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali: la sentenza Taricco-bis, in AMALFITANO Chiara (coord.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, Milano, Giuffré, 2018, p. 147.

[1176] Cfr. Acórdão *M.A.S. e M.B*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017, n.º 63.

[1177] Neste sentido, veja-se: SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, E pur si muove! After all, we do have a highest level of protection of fundamental rights... (about the Taricco saga), *UNIO EU Law Journal*, 2017, disponível em «https://officialblogofunio.com/2017/12/14/e-pur-si-muove-after-all-we-do-have-a-highest-level-of-protection-of-fundamental-rights-about-the-taricco-saga/», última visualização em 03-06-2019.

legitimamente não cumprir com uma obrigação decorrente do direito da UE ou pôr em causa a validade de uma disposição de direito da UE ao abrigo do disposto no artigo 4.º, n.º 2 do TUE[1178].

O acórdão *M.A.S. e M.B.* confirma, de todo modo, a ideia no sentido de que a cláusula da identidade nacional/constitucional de um Estado-Membro não pode ser entendida como uma deferência absoluta perante toda e qualquer norma constitucional ou especificidades nacionais, mas sim como uma deferência discursiva à identidade nacional/constitucional dos Estados-Membros. Neste sentido, o TJUE tem o papel de evitar as tendências fragmentárias, averiguando em que medida a invoção de preceitos (constitucionais) nacionais tem por finalidade constituir uma escusa para os Estados-Membros escaparem às suas obrigações decorrentes do direito da UE. Para tanto, o diálogo promovido pelo reenvio prejudicial afigura ser uma das dinâmicas jurisdicionais indispensáveis ao estabelecimento harmónico e equilibrado do sistema internormativo europeu. Em razão disso, pese as críticas tecidas à *Corte Costituzionale* quanto ao seu pedido de decisão prejudicial submetido ao TJUE no caso *M.A.S. e M.B.*, não se pode deixar de reconhecer o mérito da sua iniciativa, afinal, a identidade nacional/constitucional de um Estado-Membro, bem como também o *standard* de proteção mais elevado – que expressam o pluralismo que sempre caracterizou a construção jurídica da UE – não podem ser reconhecidos unilateralmente, tampouco serem utilizados no sentido de pôr em causa a efetividade do direito da UE.

De todo o exposto, é possível perceber, conforme sublinha Marta Cartabia, que os tribunais constitucionais dos Estados-Membros foram convocados a utilizar o instrumento de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE para dar voz, na arena jurídica supranacional, às suas respetivas abordagens constitucionais[1179]. Portanto, quando o tribunal constitucional de um Estado-Membro atua como um juiz orgânica e funcionalmente europeu estabelece-se em rede com outros tribunais constitucionais dos Estados-Membros e injeta uma visão pluralista na narrativa do direito constitucional da UE[1180]. Trata-se de uma participação de relevo, na medida em que promove a interação reflexiva de normas (constitucionais) de fontes e legitimidades distintas coexistentes no sistema internormativo

[1178] Giacomo di Federico acredita que o artigo 4, n.º 2 do TUE foi aplicado implicitamente no acórdão *M.A.S. e M.B.*. Neste sentido, veja-se: DI FEDERICO Giacomo, Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola Taricco' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE, *Federalismi.it*, n.º 4, 2019, p. 13.

[1179] Cfr. CARTABIA Marta, "Taking Dialogue Seriously" The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union, *Jean Monnet Working Paper*, 12/07, 2007, p. 38, disponível em «http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/071201.pdf», última visualização em 03-06-2019.

[1180] Neste sentido, veja-se: POLLICINO Oreste, From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court, *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n.º 1, 2014, p. 153.

europeu, permitindo, desta forma, uma densificação das dimensões jurídico-constitucionais da integração europeia, sobretudo no que se refere à proteção dos direitos fundamentais.

Não obstante a importância supra referida da participação dos tribunais constitucionais nas dinâmicas jurisdicionais levadas a cabo com o Tribunal de Luxemburgo, não se pode deixar de ressaltar o papel dos juízes dos tribunais de instância. Na medida em que são os juízes dos tribunais de instância que se deparam em primeira mão com a aplicação do direito da UE nos litígios que devem resolver, apresentam-se como os principais interlocutores do TJUE no âmbito do procedimento de reenvio prejudicial. Não de outro modo que o direito da UE confere competência a todos os órgãos jurisdicionais de qualquer Estado-Membro para submeter pedidos de decisão prejudicial ao TJUE, independentemente do seu grau hierárquico na organização judiciária nacional[1181]. Neste sentido, nas suas conclusões apresentadas no processo *Cartésio*, o advogado-geral Miguel Poiares Maduro afirmou que o artigo 267.º do TFUE estabelece uma proibição no sentido de que a autoridade de um órgão jurisdicional nacional não pode ser condicionada por contigências quer do direito processual nacional quer por relações de subordinação hierárquica eventualmente existentes em relação a jurisdições superiores[1182].

Se as decisões de reenvio emanadas de tribunais inferiores fossem sistematicamente objeto de recurso por força de uma norma ou práticas nacionais, isto equivaleria a permitir que o direito processual nacional alterasse as condições estabelecidas nos tratados constitutivos para submeter questões prejudiciais ao TJUE[1183]. Consequentemente, isto daria ensejo a uma situação em que, pelo menos de fato, apenas os tribunais de última instância submetessem questões prejudiciais[1184]. Considerando a referida hipótese, as chances de o processo discursivo entre o TJUE e os tribunais supremos dos Estados-Membros deixar contaminar-se por questões eivadas de soberania aumentariam sobremaneira os riscos de bloqueios recíprocos, que por sua vez impediriam o desenvolvimento do processo de integração europeu pelas vias do direito. Não de outro modo que o TJUE tem enfatizado em sua jurisprudência que os juízes dos tribunais de instância exercem a sua competência para

[1181] Cfr. Conclusões do advogado-geral Miguel Poaires Maduro, apresentadas em 22 de maio de 2008, no processo C-210/06 do TJUE, acórdão *Cartesio*, de 16 de dezembro de 2008, considerando n.º 21.

[1182] Cfr. Conclusões do advogado-geral Miguel Poaires Maduro, apresentadas em 22 de maio de 2008, no processo C-210/06 do TJUE, acórdão *Cartesio*, de 16 de dezembro de 2008, considerando n.º 21.

[1183] Cfr. Conclusões do advogado-geral Miguel Poaires Maduro, apresentadas em 22 de maio de 2008, no processo C-210/06 do TJUE, acórdão *Cartesio*, de 16 de dezembro de 2008, considerando n.º 20.

[1184] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, O Porteiro e a Lei – a propósito da possibilidade de interposição de recurso de despacho de reenvio prejudicial à luz do direito da União Europeia, *Revista Julgar*, n.º 14, 2011, p. 115.

submeter questões prejudiciais de forma ilimitada, exclusiva e autónoma, fornecendo ao TJUE as oportunidades mais significativas para proferir as suas decisões[1185].

No acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf* (de 16 de janeiro de 1974), o TJUE considerou terem os órgãos jurisdicionais nacionais uma "faculdade ilimitada de recorrer ao TJUE se considerarem que um processo neles pendente suscita questões relativas à interpretação ou à apreciação da validade de disposições do [direito da UE] com base nas quais têm de decidir"[1186]. Este entendimento foi reiterado no acórdão *Elchinov* (de 2010), onde o TJUE frisou que a faculdade de submeter ao TJUE questões de interpretação do direito da UE não pode ser retirada nem mesmo por apreciações feitas pelo órgão jurisdicional superior a qual estão vinculados[1187]. No âmbito desse acórdão o TJUE considerou que o tribunal que não decide em última instância, se considerar que a apreciação de direito feita pelo tribunal de grau superior o pode levar a proferir uma sentença contrária ao direito da UE, deve ter a faculdade de colocar ao TJUE as questões que o preocupam. O TJUE ainda lembrou que "segundo jurisprudência bem assente", o juiz nacional encarregue de aplicar, no âmbito das suas competências, as disposições de direito da UE, tem a obrigação de garantir a plena eficácia dessas disposições, não aplicando, se necessário e pela sua própria autoridade, qualquer disposição contrária da legislação nacional, sem que tenha de pedir ou de esperar a sua revogação prévia por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional. Por isso, o direito da UE "se opõe a que um órgão jurisdicional nacional, ao qual compete julgar um processo que lhe foi remetido por um órgão jurisdicional superior que decidiu em sede de recurso, esteja vinculado, de acordo com o direito processual nacional, pelas apreciações de direito feitas pelo órgão jurisdicional superior, se considerar, atendendo à interpretação que solicitou do TJUE, que as referidas apreciações não são conformes com o direito da UE"[1188].

Disso resulta que, "se estiver em causa a aplicação do direito da UE, o juiz de instância está autorizado a afastar-se da jurisprudência das instâncias superiores apoiando-se na jurisprudência do TJUE para esse efeito, mesmo que isto introduza um elemento inovador na ordem jurídica interna"[1189]. Assim deve ser porque, tendo por finalidade evitar divergências na interpretação do direito da UE, o reenvio prejudicial constitui um instrumento "essencial à preservação do carácter comunitário do direito instituído pelo Tratado"[1190]. É assim que nenhuma "regra de direito nacional, que vincule os

[1185] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, O Porteiro e a Lei..., cit., p. 133.

[1186] Acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf, p*rocesso 166/73 do TJUE, de 16 de janeiro de 1974, n.º 3.

[1187] Acórdão *Elchinov* , processo C-173/09 do TJUE, de 5 de outubro de 2010, n.º 27.

[1188] Acórdão *Elchinov* , processo C-173/09 do TJUE, de 5 de outubro de 2010, n.ºs 31 e 32.

[1189] Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, O Porteiro e a Lei..., cit., p. 115.

[1190] Acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf,* processo 166/73 do TJUE, de 16 de janeiro de 1974, n.º 2.

órgãos jurisdicionais que não decidem em última instância às decisões de um órgão jurisdicional superior [...] poderá retirar àqueles órgãos a faculdade de submeterem ao TJUE questões de interpretação do [direito da UE] a que aquelas decisões se referem"; por isso, "o órgão jurisdicional que não decide em última instância deve ser livre de submeter ao TJUE as questões que o preocupam, se considerar que a orientação adoptada por um órgão jurisdicional superior poderia levá-lo a proferir uma decisão contrária ao [direito da UE]"[1191]. Portanto, à luz da jurisprudência do TJUE, a autonomia processual dos Estados-Membros encontra seus limites, nomeadamente no que se refere ao dever que impende sobre os órgãos jurisdicionais nacionais de dar efetividade ao direito da UE, pelo que nenhuma medida nacional (normas ou práticas jurídicas) pode colocar em causa, obstaculizando ou suspendendo, a faculdade de os tribunais de instância dialogarem com o TJUE pela linha do reenvio prejudicial.

Diante de toda a explanação feita, há de reconhecer-se a complexidade das questões com as quais os tribunais nacionais se ocupam quando têm de lidar com casos que envolvem a aplicação do direito da UE. De um modo geral, espera-se que os juízes dos tribunais nacionais, atendendo ao princípio da cooperação leal, insiram-se na linguagem do direito da UE, para estarem em condições de a) discernir quais normas de direito da UE são aplicáveis aos casos que são submetidos à sua apreciação; b) verificar o sentido e o alcance das normas de direito da UE aplicáveis aos casos em concreto, utilizando sempre que necessário (ou possível) o recurso ao reenvio prejudicial ou ao princípio da interpretação conforme; c) determinar se as normas de direito da UE (leia-se as diretivas) têm efeito direto e, em caso afirmativo, escolher entre o recurso da interpretação conforme ou a não aplicação da norma nacional em desconformidade por força do princípio do primado; d) analisar se as normas de direito nacional aplicáveis não vão de encontro com as exigências do direito da UE, observando os princípios da efetividade e da proteção jurisdicional efetiva; e e) decidir quando deve ou não se dirigir ao TJUE para colocar uma questão a título prejudicial[1192].

Por outro lado, ressalte-se que os juízes dos tribunais nacionais não estão desamparados nesta tarefa, na medida em que contam com o apoio do TJUE para a interpretação e a aplicação correta do direito da UE[1193]. Pese a integração regional europeia seja sexagenária, os juízes dos tribunais nacionais

[1191] Acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf*, processo 166/73 do TJUE, de 16 de janeiro de 1974, n.º 4.

[1192] Neste sentido, veja-se: NOWAK Tobias; AMTENBRINK Fabian; HERTOGH Marc; WISSINK Mark, *National Judges as European Union Judges*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2011, p. 41.

[1193] Interessa mencionar que o TJUE ainda entabula um diálogo informal com os juízes dos tribunais nacionais. Como faz notar Christiaan Timmermans, duas vezes ao ano o TJUE promove uma reunião informal com os juízes dos Estados-Membros para ouvir as suas dúvidas e preocupações. Ademais, o TJUE recebe delegações dos tribunais superiores dos Estados-Membros e as reuniões acontecem num sistema de mesa redonda. O TJUE do mesmo modo faz visitas periódicas aos tribunais superiores e constitucionais nacionais, além do que é habitual uma interação entre o TJUE e os juízes e

ainda não dominam de forma proficiente a linguagem do direito da UE[1194], pelo que o mecanismo de reenvio prejudicial assume contornos indeléveis em função dos imperativos e das exigências que presidem à aplicação do direito da UE nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Considerando ainda que a presença do direito da UE no direito nacional é cada vez mais marcante e abrangente em virtude da crescente atribuição de competências à UE em domínios antes reservados à regulamentação exclusiva dos Estados-Membros, por mais que a literacia em relação ao direito da UE alcance um nível satisfatório – o que tendencialmente levaria a uma redução do número de pedidos de reenvio prejudicial – a colaboração entre o TJUE e os juízes nacionais haverá sempre de existir, pois as dúvidas quanto à interpretação e aplicação do direito na UE não desaparecerão face às novidades que o aprofundamento das componentes de integração regional europeia tem por apresentar.

4.3. O reenvio prejudicial na Comunidade Andina de Nações

Na Comunidade Andina de Nações, assim como na União Europeia, os seus respetivos Tribunais de Justiça são os órgãos competentes para apreciar e decidir sobre as questões prejudiciais apresentadas pelos juízes dos tribunais dos Estados-Membros. No entanto, importa recordar que, enquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) acompanhou o nascimento da UE, na CAN, o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA) não surgiu com o Acordo de Cartagena[1195], mas foi criado pelo Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TCTJCA), cuja entrada em vigor deu-se em 19 de maio de 1983, apesar de ter sido firmado em 28 de maio de 1979[1196]. Em

---

associação dos procuradores públicos. Neste sentido veja-se: TIMMERMANS Christiaan, Multilevel judicial co-operation, in CARDONNEL Pascal, ROSA Allan e WAHL Nils (eds.), *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p 17-19.

[1194] Nos termos da Comunicação da Comissão de 13.09.2011, documento COM (2011) 551 final, p. 2, a Comissão Europeia tem por obejtivo permitir que metade dos profissionais da justiça da União Europeia participe em atividades de formação judiciária europeia até 2020, sendo para o efeito utilizados todos os recursos disponíveis a nível local, nacional e europeu.

[1195] Nas palavras de Ricardo Vigil Toledo: "[...] *el Acuerdo nació cojo, al no haberse establecido, desde el mismo momento en que renacía ese embrión de la integración subregional, un garante de su legalidad como se había hecho en Europa*". TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, p. 39.

[1196] Ressalte-se que, ao longo do processo de integração regional andino, o Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina sofreu algumas alterações, as quais foram introduzidas pelo Protocolo Modificatório do Acordo de Integração Subregional Andino (também conhecido como Protocolo de Trujillo, estabelecido em Trujillo em 10 de março de 1996 e em vigor desde 2 de junho de 1997) e pelo Protocolo Modificatório do Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da CAN (também conhecido como Protocolo de Cochabamba, subscrito em Cochabamba em 28 de maio de 1996 e em vigor desde 25 de agosto de 1999). Na sequência, em atendimento à terceira disposição transitória constante no Protocolo de Cochabamba ("*La Comisión de la Comunidad Andina adoptará la Decisión que contenga la nueva codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,*

razão disso, pode afirmar-se que o mecanismo de reenvio prejudicial só foi introduzido no sistema jurisdicional da CAN a partir da instituição do TJCA através do TCTJCA.

O mecanismo de reenvio prejudicial está contemplado nos artigos 32.º a 36.º do TCTJCA. Além do mais, sua previsão consta nos artigos 121.º a 128.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (ETJCA), aprovado pela Decisão 500 do CAMRE, de 22 de junho de 2001; no Regulamento do TJCA (RTJCA), de 18 de maio de 2004, que dispõe sobre o procedimento de solicitação de decisão prejudicial; na Nota informativa sobre o pedido de interpretação prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais (NITJCA), estabelecida pelo próprio TJCA em 3 de agosto de 2001 – trata-se de um instrumento não vinculativo, muito embora o TJCA o tenha referido em suas decisões para alertar os juízes dos tribunais nacionais a respeito do procedimento a ser adotado quando da submissão de uma questão prejudicial[1197]; bem como no Acordo n.º 08/2017, modificado pelo Acordo n.º 04/2018 do TJCA, que alterou e introduziu novas disposições ao anterior Regulamento sobre o procedimento de solicitação de decisão prejudicial[1198].

De um modo em geral, o mecanismo de reenvio prejudicial adotado pela CAN assemelha-se ao seu homólogo na União Europeia[1199], sendo que algumas dessas semelhanças já foram destacadas em capítulos anteriores. Recorde-se que, em ambas as integrações regionais, o reenvio prejudicial configura-se em uma dinâmica jurisdicional através da qual é estabelecida uma cooperação entre os juízes dos tribunais dos Estados-Membros e os juízes dos tribunais de suas respetivas integrações regionais, com a finalidade de obter uma decisão sobre a aplicação correta e homogénea do direito de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais[1200]. Considerando que as normas de integração regional decorrem de um ordenamento jurídico diverso daquele onde são aplicadas, o reenvio prejudicial viabiliza a atuação em rede entre os juízes dos tribunais nacionais e os juízes do tribunal de integração regional na busca de um consenso sobre a interpretação das normas de integração regional.

---

cuyo proyecto le será presentado por el Tribunal"), os três instrumentos normativos acima mencionados foram sistematizados pela Decisão 472 da Comissão, de 16 de setembro de 1999.

[1197] Neste sentido, veja-se o Processo 31-IP-2005 do TJCA (*Victoria's Secret*), de 4 de agosto de 1993, n.º 1.

[1198] De acordo o artigo 2.º, letra a) desse Regulamento de 2018, o reenvio prejudicial corresponde a um mecanismo processual mediante o qual o TJCA explica o conteúdo e o alcance das normas que conformam o ordenamento jurídico da CAN, com a finalidade de assegurar a interpretação e a aplicação homogénea das normas de direito andino nos ordenamentos jurídicos nacionais.

[1199] Cfr. CIENFUEGOS MATEO Manuel, Cuestiones Prejudiciales en la Unión Europea y Consultas Prejudiciales en la Comunidad Andina: Similitudes, Diferencias e Influencias, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 25, 2013, p. 25.

[1200] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica..., cit., p. 120.

Assim sendo, o reenvio prejudicial constitui-se na pedra angular [1201] dos sistemas internormativos, pois através das dinâmicas jurisdicionais que viabiliza estabelece não só uma cooperação entre os juízes dos tribunais dos Estados-Membros e os juízes do tribunal de integração regional em prol da interpretação e aplicação correta e homogénea das normas de integração regional[1202], mas promove igualmente a própria construção do direito de integração regional[1203]. Contudo, conforme assevera Ruiz-Jarabo Colomer, o reenvio prejudicial só cumpre o seu objetivo se houver uma colaboração dos órgãos juridicionais nacionais no sentido de dialogarem sempre que necessário com o TJCA [1204]. E, de acordo com Alejandro Perotti, não se pode esquecer que esta colaboração é estabelecida com base na cooperação leal[1205], que se encontra prevista no artigo 4.º do TCTJCA.

Interessa salientar que, no âmbito desta cooperação jurisdicional, enquanto o TJUE teve a oportunidade de estabelecer as bases do direito da UE através da sua jurisprudência, sobretudo no que diz respeito aos princípios gerais do direito da UE, em contrapartida, o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina teve a sua ação limitada nesse aspecto, pois grande parte dos princípios gerais do direito da CAN já vieram expressamente previstos nos tratados constitutivos, pelo que lhe coube apenas densificá-los através das suas interpretações[1206]. Todavia, o sistema jurisdicional andino foi

---

[1201] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica..., cit., p. 128. Sobre uma visão crítica a respeito da importância do reenvio prejudicial na CAN, veja-se: MUÑOZ Juan Carlos Dueñas, La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, 2011, p. 29-58.

[1202] Neste sentido, o TJCA afirmou que "*por su misma naturaleza equivale a una solicitud que hace el juez nacional al Tribunal Comunitario para que éste le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del Derecho de la Integración*". Processo 1-IP-87 do TJCA (*Aktiebolaget VOLVO*), de 3 de dezembro de 1987, n.º 3.2.

[1203] Neste sentido, Hugo R. Gómez Apac afirma que "*[a] través de la interpretación jurídica el TJCA ha dictado y creado derecho, adaptando la norma andina a nuevas realidades económicas y sociales. El derecho no es inmóvil ni se petrifica; todo lo contrario, es un ser vivo que se alimenta, crece y evoluciona, y la labor jurisprudencial a cargo de los jueces permite apreciar esa 'vida' en movimento*". APAC Hugo R. Gómez, Prólogo, in *Apuntes de Derecho Comunitario...*, cit., p. xv-xvi. Em sentido semelhante, Pierre Pescatore afirma que, "[p]ara além da necessidade de unidade, que é um tema dominante das decisões de remessa das jurisdições nacionais como dos próprios acórdãos do Tribunal, o recurso prejudicial tem contribuído fortemente para a perfeição do direito comunitário. Todo o jurista, quer se ocupe do direito como juiz, como prático ou com fins científicos, sabe que a interpretação judiciária, além da função contenciosa, é ao mesmo tempo um meio eminentemente criador, no sentido de que ela permite consolidar o direito quando ele é instável, de o clarificar quando é incerto, de o fazer evoluir quando é inadaptado ou incompleto. Não é, portanto, por acaso que as decisões do Tribunal que têm contribuído da forma mais visível para o desenvolvimento do direito comunitário tenham resultado, precisamente, do recurso prejudicial e, em primeiro lugar, sobre a interpretação: o efeito direto do direito comunitário, a sua prioridade sobre o direito nacional, a defesa dos direitos fundamentais, os princípios do mercado comum e da ordem concorrencial, a dimensão social da Comunidade, etc., têm sido definidos nos acórdãos contenciosos". PESCATORE Pierre, *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias: o recurso prejudicial do artigo 177º do Tratado CEE e a cooperação do Tribunal com as Jurisdições Nacionais*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1986, p. 12.

[1204] COLOMER Dámaso Ruiz-Jarabo, *Memoria del Seminario Internaciona, Integración Económica e Derecho Comunitario – Modelos europeo y americanos*, Bogotá, Universidad de los Andes, p. 169-173.

[1205] PEROTTI Alejandro Daniel, Algunas consideraciones...., cit., p. 129.

[1206] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica..., cit., p. 128. A título de ilustração, cita-se: artigo 3.º do TCTJCA: "*Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior*" (grifo da autora); artigo 2.º do

capaz de inovar relativamente ao acesso direto dos particulares ao TJCA, nomeadamente no que diz respeito às ações de nulidade (artigo 19.º do TCTJCA) e às ações por incumprimento (artigo 25.º do TCTJCA)[1207] – na UE o acesso direto dos particulares ao TJUE somente acontece através do recurso de anulação, nas condições estabelecidas no artigo 263.º, §4º do TFUE[1208]. Em relação ao reenvio prejudicial, no entanto, em ambos os sistemas jurisdicionais, europeu e andino, o acesso dos particulares, respetivamente ao TJUE e ao TJCA, resulta sempre de forma indireta. Interessa ainda notar que, não obstante os particulares tenham uma maior oportunidade de acesso ao TJCA, o reenvio prejudicial continua a ser a principal via de ligação dos particulares ao Tribunal de Quito, pois os dados estatísticos demonstram que 90% das suas decisões decorrem das questões prejudiciais suscitadas pelos juízes dos tribunais dos Estados-Membros[1209].

De acordo com o artigo 33.º do TCTJCA, somente "*los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas*...". Deste modo, segundo o entendimento do TJCA, "*ninguna otra persona tiene facultad para promover dicha interpretación. Este Tribunal, en consecuencia, carece de competencia para conocer solicitudes de interpretación prejudicial que provengan de personas que no sean jueces nacionales que estén conociendo de una causa concreta en la cual deba aplicarse el ordenamiento jurídico de la integración andina*"[1210].

Como se pode perceber, somente os "*jueces nacionales*" no âmbito de um processo perante si pendente podem submeter uma questão prejudicial à apreciação do TJCA. A definição de "*jueces nacionales*", por sua vez, cabe apenas ao TJCA, pois seria incomportável que cada Estado-Membro tivesse competência para estabelecer o seu conceito de acordo com as suas regras nacionais. Neste

---

TJCA: "*Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina*" (grifo da autora); o XXIX Período de Sesiones Ordinarias, 28 de mayo de 1980, estabeleceu: a) autonomia e identidade do ordenamento andino; b) que o direito andino constitui-se em um direito comum que faz parte dos ordenamentos jurídicos nacionais; c) o efeito direito das normas de direito andino; d) o primado do direito andino.

[1207] Sobre o acesso dos particulares ao TJCA, veja-se: QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, El acesso a Tribunales de Justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitária, in RAMOS Mario Hernandez; ARNÁIZ Alejandro Sáiz; PÉRES TORRES Aida; GARAGARZA Maite Zelaia (dirs.), *Tribunales en organizaciones de integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2012, p. 108-123; TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica..., cit., p. 95-98 e 104-117.

[1208] De acordo com o artigo 263.º, §4º do TFUE, "qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução". Sobre o acesso dos particulares ao TJUE, veja-se: SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 247 e ss.

[1209] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos, in *Tribunales en organizaciones*..., cit., p. 231-232.

[1210] Processo 1-IP-89 do TJCA (*Doctora Angela Vivas Martínez*), de 25 de abril de 1989, n.º 3.

sentido, à luz da jurisprudência do TJCA, entende-se por "*jueces nacionales*" os órgãos que exercem funções jurisdicionais que cumpram com as condições mínimas previstas pelo ordenamento jurídico nacional. O TJCA considera, por razões que facilmente se compreendem, que a natureza jurisdicional do órgão é o primeiro critério a analisar, na medida em que a sua não verificação implica, desde logo e sem necessidade da análise de outros critérios, a não admissibilidade do pedido de reenvio[1211].

Conforme o disposto no artigo 2.º do Regulamento sobre o procedimento de solicitação de decisão prejudicial (Acordo n.º 08/2017, modificado pelo Acordo n.º 04/2018 do TJCA), de entre os órgãos que exercem funções jurisdicionais estão compreendidos os órgãos judiciais e adminsitrativos permanentes (que existem antes e para além do litígio no âmbito do qual surja a dúvida de interpretação sobre a aplicação do direito andino), independentes (autonomia funcional) e imparciais (ao juiz deve ser indiferente o resultado da causa, a parte vencedora e os efeitos materiais da sentença), criados através de normas nacionais (constitucionais ou ordinárias) e caracterizados pela obrigatoriedade das suas competências (que se verifica pelo caráter vinculativo das suas decisões)[1212]; além do mais, de entre os órgãos que exercem funções jurisdicionais incluem-se os árbitros e os tribunais arbitrais ou de arbitragem[1213].

[1211] Processo 14-IP-2007 do TJCA, de 21 de março de 2007, ponto VI, considerando A, p. 7-8

[1212] Neste mesmo sentido, veja-se o Processo 19-AI-99 do TJCA, de 2 de junho de 2000, considerando n.º 3; veja-se também o Processo 14-IP-2007 do TJCA, de 21 de Março de 2007, considerando VI – A, no qual foi reconhecida a competência da *Superintendencia de Industria y Comercio, República de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal* para solicitar uma decisão prejudicial ao TJCA.

[1213] É pacificamente aceite que os tribunais arbitrais têm competência, seja atribuída por lei ou pelas partes, para decidir litígios. Neste sentido, de acordo com o TJCA, *"[s]e debe considerar, además, que los árbitros tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento, pueden, en consecuencia, administrar justicia, tienen la capacidad de dictar medidas cautelares que son las mismas que pueden dictar los jueces, los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Los laudos arbitrales, emitidos por los árbitros tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia. Los jueces nacionales, no pueden revisar los laudos pero sí ejecutarlos. Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales*". Processo 03-AI-2010 do TJCA, de 26 de agosto de 2011, considerando n.º 10, p. 28. Em relação ao direito da UE, não é pacífico o entendimento a respeito da possibilidade de os árbitros e os tribunais arbitrais ou de arbitragem figurarem como órgãos jurisdicionais para efeitos do disposto no artigo 267.º do TFUE. Trata-se, pois, de uma matéria que deve ser analisada caso a caso pelo TJUE. Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins afirmam que os tribunais arbitrais podem ser chamados a aplicar o direito da União Europeia (Cfr. QUADROS Fausto de; GUERRA MARTINS Ana Maria, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 34). Considerando o objetivo inerente ao reenvio prejudicial consistente em obter a homogeneidade da aplicação do direito da UE, acredita-se ser admissível a solicitação de reenvio prejudicial ao TJUE pelos árbitros de tribunais de arbitragem dos Estados-Membros. No acórdão *Ascendi*, o TJUE declarou-se competente para responder à questão prejudicial apresentada pelo Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, de Portugal (Processo C-377/13 do TJUE, de 12 de junho de 2014, n.ºs 22-35). Do mesmo modo, no despacho *Ac. Merck Canada Inc,* o TJUE declarou-se competente para responder à questão prejudicial apresentada pelo Tribunal arbitral necessário de Portugal (Processo C-555/13 do TJUE, de 13 de fevereiro de 2014, n.ºs 15-25). Contudo, no acórdão *Denuit e Cordenier*, o TJUE concluiu não haver competência para se pronunciar sobre as questões prejudiciais submetidas pelo *collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages* da Bélgica (Processo C-125/04 do TJUE, de 27 de janeiro de 2005, n.ºs 11-17).

Frise-se que a questão prejudicial só pode ser suscitada no âmbito de um processo em curso no qual esteja em causa a aplicação de normas de direito andino (artigo 33.º do TCTJCA). O pedido de reenvio prejudicial só será então admitido se o órgão de reenvio tiver por missão decidir litígios, não sendo suficiente a circunstância deste estar integrado no poder judicial de um Estado-Membro. Do mesmo modo, e em sentido inverso, um órgão pode decidir litígios mesmo que não esteja integrado no poder judicial. Ou seja, ainda que a estrutura em que o órgão está integrado seja um indicador do caráter jurisdicional ou não jurisdicional das decisões por ele proferidas, é insuficiente, porquanto não passa de um mero indício. Assim sendo, é necessário verificar qual a natureza específica das funções que o órgão de reenvio exerce no contexto normativo particular em que tem de recorrer ao TJCA. Se por qualquer razão não existir ou houver cessado a competência do órgão para decidir litígios, inexiste ou cessa também a suscetibilidade de preencher o conceito de órgão jurisdicional para efeitos de aplicação dos artigos 32.º a 36.º do TCTJCA.

O juízes dos tribunais nacionais estabelecem uma relação *inter pares* e não hierárquica com o TJCA para que juntos possam contribuir direta e reciprocamente na elaboração de uma decisão com vista a assegurar a aplicação correta e homogénea do direito andino[1214]. Deste modo, pode dizer-se que a cooperação estabelecida entre o TJCA e os juízes dos tribunais nacionais pauta-se numa repartição de tarefas. Note-se que, assim como o TJUE, o artigo 34.º do TCTJCA dispõe que o TJCA apenas tem competência para definir o conteúdo e o alcance das normas de direito andino, não estando autorizado, portanto, a interpretar normas do direito nacional tampouco a pronunciar-se a respeito dos fatos no processo principal, a não ser quando isso seja indispensável à interpretação prejudicial[1215]. Enquanto o TJCA assume a competência exclusiva para interpretar as normas do ordenamento jurídico andino, cabe aos juízes dos tribunais nacionais a tarefa de aplicar as normas do direito andino aos casos em concreto, conforme a intepretação dada pelo TJCA. Como se pode perceber, esta cooperação entre o TJCA e os juízes dos tribunais nacionais desenvolve-se de forma não hierárquica, pois cada um mantém a sua própria autonomia no âmbito de suas respetivas esferas de atuação[1216].

[1214] Cfr. VIEIRA Luciane Klein, *Interpretación y aplicación*..., cit., p. 68.

[1215] Esta orientação também consta da NITJCA, onde o TJCA estabeleceu que *"[l]a función de Tribunal comunitario en estos casos es la de interpretar la norma comunitária desde el punto de vista juridico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva de juez nacional dentro de las esferas de su competencia. No obstante, el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada*". Nota informativa sobre o pedido de interpretação prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* n.º 694, de 3 de agosto de 2001, p. 4-5.

[1216] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica..., cit., p. 133.

De acordo com o artigo 32.º do TCTJCA, o TJCA é competente para interpretar pelas vias do reenvio prejudicial todas as normas que integram o ordenamento jurídico andino[1217], ou seja, tanto aquelas de direito primário ou originário (que decorrem do artigo 1.º do TCTJCA) quanto as normas de direito secundário ou derivadas (nomeadamente as decisões do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e da Comissão, as resoluções da Secretaria-Geral e os convénios de complementação industrial e outros adotados pelos Estados-Membros no âmbito do processo de integração regional andina)[1218]. Contudo, segundo a sua jurisprudência, o TJCA apenas atua na interpretação dos atos vinculativos, o que significa dizer que não cabem pedidos de interpretação prejudicial sobre normas de *soft law*, muito embora seu conteúdo possa ser esclarecedor às normas andinas obrigatórias[1219]. Na prática, grande parte dos pedidos de decisão prejudicial submetidos à apreciação do TJCA versa sobre normas andinas de direito derivado relativas aos direitos de propriedade intelectual[1220] (como a Decisão 351 da Comissão, de 17 de dezembro de 1993 e a Decisão 486 da Comissão, de 14 de Setembro de 2000), seguidas de normas andinas secundárias a respeito da fiscalidade indireta (tal como a Decisão 388 da Comissão, de 2 de julho de 1996)[1221]. Foi, portanto, no âmbito dessas duas matérias que o TJCA teve as maiores oportunidades de manifestar-se sobre a interpretação do direito andino.

Importa mencionar que as questões prejudiciais podem ser formuladas de ofício, já que constituem "*un elemento de iuris que el juez nacional debe tener en cuenta para fundar jurídicamente su sentencia*"[1222]; todavia, as partes no processo principal também têm o direito de solicitar questões prejudiciais ao TJCA, ainda que sejam os juízes nacionais que decidem sobre a conveniência de tal pedido, podendo aceitá-lo ou recusá-lo. De acordo com o artigo 6.º do Acordo n.º 08/2017, modificado pelo Acordo n.º 04/2018 do TJCA, que alterou e introduziu novas disposições ao Regulamento sobre o procedimento de solicitação de decisão prejudicial, "*las partes intervinientes en el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral respectivo podrán formular preguntas o remitir informes de caráter técnico y/o informativo relacionados con el contenido y alcances de la norma andina a ser interpretada. La autoridad administrativa, juez o árbitro consultante recopilará las preguntas formuladas*

[1217] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, 2004, p. 940.

[1218] Neste sentido, veja-se o Processo 1-IP-96 do TJCA, de 9 de dezembro de 1996; e também o Processo 07-AI-99 do TJCA, de 12 de novembro de 1999.

[1219] Cfr. CIENFUEGOS MATEO Manuel, Cuestiones Prejudiciales..., cit., p.32. Ressalte-se que o TJUE já se pronunciou no sentido de que, além dos atos jurídicos vinculativos, também é competente para apreciar o conjunto de normas de *soft law* que integram o direito da UE. Neste sentido, veja-se, por exemplo, o Acórdão *Grimaldi*, processo C-322/88 do TJUE, de 13 de novembro de 1989, n.º 7-19.

[1220] Cfr. QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho*..., cit., p. 414-415.

[1221] Cfr. CIENFUEGOS MATEO Manuel, Cuestiones Prejudiciales..., cit., p.32.

[1222] Processo 3-IP-91 do TJCA, de 22 de outubro de 1991, considerando n.º 1.

y los informes presentados a fin de incorporarlos a la solicitud de interpretación prejudicial, pudiendo rechazar las preguntas o informes que considere impertinentes o improcedentes, tales como aquellos que tengan por objeto resolver el caso concreto, interpretar la norma nacional o calificar hechos; que contengan asuntos ajenos a la cuestion controvertida; o, que sean repetitivos, sugestivos, ininteligibles u otros".

Ainda de acordo com a jurisprudência do TJCA, não basta seja sucitada a aplicação de normas do direito andino pelas partes no processo principal para que o juiz do tribunal nacional tenha que automaticamente submeter uma questão prejudicial à apreciação do Tribunal de Quito, porque "*de procederse en esta forma, se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos*"[1223]. O entendimento externado pelo TJCA parece razoável, pois, como frisou no Processo 4-IP-88, o artigo 32.º do TCTJCA estabelece o mecanismo de reenvio prejudicial com vista à aplicação correta e homogénea do direito andino nos ordenamentos jurídidos dos Estados-Membros e não "*como facultad para que las partes de un litigio conviertan al Tribunal en órgano consultivo dedicado a absolver toda clase de preguntas formuladas ad libitum*"[1224].

Ao receber a pergunta prejudicial, o TJCA possui ampla liberdade para determinar quais normas do ordenamento jurídico andino devem ser sujeitas à sua interpretação, o que significa dizer que não se restringe àquelas que constituem o objeto da consulta solicitada pelo juiz do tribunal nacional. Neste sentido, o TJCA já entendeu que *"[r]equerida por un juez nacional al juez comunitário la interpreción prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este Alto Tribunal el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente y todo con el fin de lograr una comprensión global del caso consultado; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente*"[1225]. Convém sublinhar que o TJCA apenas tem competência para interpretar e não para dizer da validade das normas de direito andino. Esta restrição é suavizada entretanto pela ação de nulidade, prevista nos artigos 17.º a 22.º do TCTJCA.

Assim como no direito da UE, o artigo 33.º do TCTJCA e os artigos 121.º a 123.º do Estatuto do TJCA estabelecem os casos em que o reenvio prejudicial é facultativo ou obrigatório. Sempre que o juiz de um tribunal nacional se depara com a aplicação de uma norma de direito andino em um caso

[1223] Processo 2-IP-91 do TJCA, de 26 de fevereiro de 1991, considerando n.º 2.

[1224] Processo 4-IP-88 do TJCA, de 9 de dezembro de 1988, visto n.º 3.

[1225] Processo 1-IP-94 do TJCA (*Mac Pollo*), de 11 de outubro de 1994, p. 19.

pendente perante si, tem a faculdade de submeter uma questão prejudicial ao TJCA se da sua decisão couber recurso conforme previsão em seu direito interno. Neste sentido, de acordo com o TJCA, *"[...] unicamente la existencia de un recurso en el derecho interno que permita revisar la interpretación de las normas aplicables convierte en facultativa la solicitud de interpretación prejudicial la que, en princípio, resulta obrigatória*"[1226]. Isto significa que, se a decisão do juiz do tribunal nacional for irrecorrível, o reenvio prejudicial passa a ser obrigatório. Segundo a jurisprudência do TJCA, entende-se por decisão internamente irrecorrível "*se está ante la última oportunidad procesal de aplicar correctamente el derecho común*"[1227].

Interessa notar que, a obrigação de reenviar estende-se inclusivamente aos juízes dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros. Não existe uma disposição expressa nesse sentido, pois o parágrafo 2.º do artigo 33.º do TCTJA apenas dispõe que: "*[e]n todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal*". Todavia, o TJCA estabeleceu em sua jurisprudência que estão incluídos na concepção de "*jueces nacionales*" os órgãos jurisdicionais constitucionais dos Estados-Membros. Neste sentido, no âmbito do processo 1-IP-96, o TJCA entendeu que a *Corte Constitucional de Colombia* enquadrava-se no conceito de "*jueces nacionales*". Ademais, por ser um órgão jurisdicional de última instância de acordo com a organização judiciária nacional, tinha a obrigação de reenviar no âmbito do processo onde recaía a aplicação do direito andino[1228].

Ainda de acordo com Alejandro Perotti, os tribunais constitucionais dos Estados-Membros não têm demonstrado resistência em reenviar prejudicialmente ao TJCA[1229] – tampouco existem muitos casos de participação dos tribunais constitucionais na arena de debate viabilizada pelo reenvio prejudicial[1230]. Lembre-se que, no caso da UE, os tribunais constitucionais de seus Estados-Membros passaram a ter uma maior interação com o TJUE através do reenvio prejudicial a partir do momento em que a CDFUE tornou-se vinculativa. A CAN ainda não possui competência para regulamentar normas obrigatórias relacionadas aos direitos fundamentais, pelo que não se pode saber como será a disponibilidade de cooperação dos tribunais constitucionais nacionais com o TJCA caso as competências da CAN sejam futuramente ampliadas nessa área.

[1226] Processo 3-IP-91 do TJCA, de 22 de outubro de 1991, considerando n.º 2.

[1227] Processo 3-IP-90 do TJCA, de 25 de setembro de 1990, considerando n.º 1.

[1228] Processo 1-IP-96 do TJCA, de 9 de dezembro de 1996.

[1229] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, Algunas consideraciones sobre..., cit. p. 150.

[1230] Cite-se o Processo 10-IP-94 do TJCA, de 17 de março de 1995, cujo reenvio prejudicial foi feito pela *Corte Constitucional de la República de Colombia*.

Diferentemente do que ocorre na UE, importa sublinhar que a relevância do reenvio prejudicial prende-se não exatamente com a elucidação de eventuais dúvidas a respeito da interpretação das normas de direito da CAN, mas com a questão de saber se tais normas são ou não aplicáveis ao caso em concreto[1231]. De acordo com a jurisprudência do TJCA, aos juízes dos tribunais nacionais cabe determinar se diante de um processo pendente perante si devem ser aplicadas ou não normas de direito andino para decidir o caso em concreto. Neste sentido, o Tribunal de Quito estabeleceu que *"cuando el juez nacional no deba aplicar ninguna norma del citado ordenamiento jurídico [andino], no está en el caso de solicitar al Tribunal la interpretación de la norma comunitaria, existan o no recursos internos dentro de la causa que le corresponda fallar [...]. En otras palabras, es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial [...]. Es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa, ya que, según se desprende del citado artículo 29 del Tratado del Tribunal* [atual artigo 33.º]*, sería improcedente la interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria según los términos en los que se haya planteado la litis*".

Do exposto, percebe-se que o juiz de um tribunal nacional que decide em última ou única instância deve solicitar uma decisão prejudicial ao TJCA mesmo quando não tem dúvidas sobre a interpretação das normas de direito andino, porém só deve fazer o reenvio se considerar que o direito andino é aplicável ao processo *sub judice*. Segundo Alejandro Perotti, existem muitos casos em que os juízes dos tribunais cujas decisões são irrecorríveis preferem considerar que o direito da CAN não é aplicável ao processo *sub judice*, para que assim não tenham que submeter uma questão prejudicial à apreciação do TJCA[1232].

Conforme mencionado anteriormente neste trabalho, no direito da UE a obrigatoriedade do reenvio prejudicial ao TJUE comporta algumas exceções, nomeadamente aquelas que se referem às doutrinas do ato claro e aclarado. O TJCA entendeu que tais doutrinas não seriam aplicáveis ao direito andino porque suas decisões não possuem efeito *erga omnes*. Assim sendo, o reenvio prejudicial é sempre obrigatório para o juiz nacional cujas decisões não cabem mais recursos no direito interno. Neste sentido, no Processo 01-1P-87, o TJCA estabeleceu que "*[d]ebe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto*

[1231] Cfr. CIENFUEGOS MATEO Manuel, Cuestiones Prejudiciales..., cit., p. 28.

[1232] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, Algunas consideraciones sobre..., cit., p. 96.

de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos"[1233].

A doutrina tem tecido críticas em relação à rejeição do TJCA às teorias do ato claro e aclarado, entretanto adotadas pelo TJUE. Note-se que este modelo de reenvio prejudicial vigente na CAN dificulta o estabelecimento de um genuíno diálogo entre os juízes dos tribunais nacionais e os juízes do Tribunal de Quito. Na medida em que existe uma obrigação de submeter um pedido de decisão prejudicial ao TJCA mesmo quando os juízes dos tribunais nacionais que decidem em última ou única instância não possuem dúvidas a respeito da interpretação de uma certa norma de direito andino, isto significa que não estão autorizados a aplicar diretamente tais normas nos processos *sub judice*. Esta forma de cooperação provoca evidentemente uma certa desconfiança em relação ao trabalho desempenhado pelos juízes dos tribunais dos Estados-Membros. Ademais, conforme já mencionado nesta tese, a rejeição das teorias do ato claro e aclarado tende a gerar uma repetição de pedidos de decisão prejudicial, levando o TJCA a reproduzir sistematicamente as interpretações anteriores sem qualquer necessidade[1234].

Verifica-se que o TJCA já se manifestou a respeito da possibilidade de acatar ao menos a teoria do ato aclarado, tendo afirmado no âmbito do Processo 7-IP-89 que "*[...] bien podría el Tribunal variar y aun cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo*"[1235]. Segundo Alejandro Perotti, a partir do momento em que houver um aumento no número de solicitação de questões prejudiciais (como já se vislumbra na atualidade), o TJCA há de reconhecer a necessidade de aplicação no direito da CAN das teorias do ato claro e aclarado[1236]. Contudo, enquanto o TJCA não modificar os critérios adotados a respeito das referidas teorias do ato claro e aclarado, prevalece o entendimento no sentido de que a obrigatoridade do reenvio prejudicial não comporta exceções no direito andino. Assim sendo, de acordo com o TJCA *"[...] la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida de un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación*"[1237]. Portanto, todas as vezes que o juiz de um tribunal nacional depara-se com a aplicação do direito andino no âmbito de um processo no qual não cabem mais recursos no direito interno está obrigado a submeter uma questão

[1233] Processo 1-IP-87 do TJCA, de 3 de dezembro de 1987, ponto 3.3., p. 4-5.

[1234] Neste sentido, veja-se: BUENO MARTÍNEZ Patricio; PEROTTI Alejandro Daniel, La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?, *Díkaion - Revista de Actualidad Jurídica*, n.° 14, 2005, p. 133-152; TOBÓN Natalia Franco, La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina, n.° 19, *Universitas*, 2005,p. 461-482.

[1235] Processo 1-IP-89 do TJCA, de 25 de abril de 1989, considerando n.° 1, p. 2.

[1236] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, Algunas consideraciones sobre..., cit., p. 136.

[1237] Processo 3-IP-93 do TJCA, de 13 de julho de 1993, considerando n.° 1, p. 5.

prejudicial ao TJCA. Frise-se que a obrigatoridade de reenviar não está relacionada à hieraquia do tribunal nacional, mas com os efeitos da sentença no ordenamento jurídico interno[1238].

Nos casos em que o reenvio é obrigatório, o juiz do tribunal nacional deve suspender o processo e submeter o pedido de decisão prejudicial ao TJCA. Neste sentido, a nota informativa sobre o pedido de interpretação prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais estabelece que, "*[...] en los casos en los que la consulta de interpretación prejudicial es obligatória – jueces nacionales de única o de última instancia –, el planteamiento de la solicitud lleva consigo la suspensión del proceso interno hasta que el Tribunal comunitario se pronuncie, constituyéndose en un presupuesto procesal de la sentencia y en una solemnidad inexcusable e indispensable que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo, cuya inobservância puede derivar en aciones de incumplimiento y vícios procesales de consecuencias impredecibles*". Note-se que a omissão do reenvio prejudicial obrigatório ou a aplicação incorreta da interpretação dada ao direito andino pelo TJCA podem acarretar a nulidade da sentença proferida pelo juiz do tribunal nacional, pelo que de acordo com os ordenamentos jurídicos de certos Estados-Membros é possível interpor um recurso de apelação ou de amparo – como consagra, por exemplo, a jurisprudência da *Corte Suprema del Ecuador*, de 5 de outubro de 1999 e de 31 de agosto de 2001[1239].

Contudo, quando a questão prejudicial é facultativa, o processo segue a sua tramitação normal. Assim sendo, de acordo com o disposto no artigo 122.º do Estatuto do TJCA "*[s]e llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recebido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso*". Este também é o entendimento do TJCA, o qual pode ser extraído a partir da sua decisão no Processo 157-IP-2004, quando afirmou que *"[...]si existe ulterior recurso en el ordenamiento interno el juez puede o no consultar al proceso doméstico, ya que el hecho de no consultar al Tribunal o no aplicar la interpretación prejudicial no vicia de nulidad el proceso interno*"[1240]. Acredita-se que tal procedimento vai de encontro com a finalidade do mecanismo de reenvio prejudicial, nomeadamente a de promover a interpretação e a aplicação correta e homogénea do direito andino nos ordenamentos jurídicos nacionais. Além do mais, observe-se que, se os juízes dos

[1238]Cfr.TOLEDO Ricardo Vigil, La consulta prejudicial..., cit., p. 946.

[1239] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica..., cit., p. 139-141. O recurso de amparo e a queixa constitucional previstos respetivamente nos ordenamentos jurídicos Espanhol e Alemão também preveem a possibilidade de os particulares proporem uma ação constitucional para a defesa de seus direitos fundamentais (direitos ao juiz legal e à tutela jurisdicional efetiva) eventualmente violados em virtude da ausência de reenvio prejudicial obrigatório. Para maiores desenvolvimentos sobre o amparo espanhol por omissão do reenvio, veja-se: MARTIN RODRIGUEZ Pablo J., La cuestión prejudicial como garantia constitucional: a vueltas con la relevância constitucional del derecho comunitário, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, n.º 72, 2004, p.315-346; sobre a queixa constitucional germânica por omissão de reenvio, Veja-se: QUADROS Inês, A função subjectiva..., cit., p 146-153; e PIÇARRA Nuno, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177º do Tratado*, Lisboa, AAFDL, 1991, p. 43-76.

[1240] Processo 157-IP-2004 do TJCA, de 2 de fevereiro de 2005, considerando I, p. 6.

tribunais de instância submetem uma questão prejudicial ao TJCA é porque precisam daquela resposta para decidir o caso em concreto pendente perante si. Logo, não faz sentido os juízes dos tribunais de instância terem de proferir sentença (ainda que recorrível) antes de obterem uma decisão do TJCA. Levando também em consideração que o TJCA demora, em média, apenas 2 meses para pronunciar-se a respeito do reenvio rejudicial[1241], a suspensão do processo principal nesse curto espaço de tempo não haveria de implicar em nenhum inconveniente para as partes litigantes, mas antes evitaria que estes últimos tivessem que recorrer a instâncias superiores para poderem beneficiar-se da interpretação prejudicial.

O TJCA tem justificado o seu entendimento no sentido da desnecessidade de suspensão do processo principal afirmando que, quando a consulta prejudicial é facultativa, existe ainda a possibilidade de interpor "*un verdadero recurso, ordinario o extraordinario, contra la sentencia que se va a dictar [...] El Tratado tiene en cuenta, en este supuesto, que aún existe recurso contra dicha sentencia, cuya oportuna utilización habrá de significar una nueva oportunidad para recabar la interpretación prejudicial, esta vez obligatoriamente*" [1242]. Ressalte-se que este raciocínio despreza completamente o princípio da economia processual, pois, como mencionado acima, as partes no processo principal têm que obrigatoriamente recorrer a instâncias superiores para poderem beneficiar-se da interpretação prejudicial. Ademais, na hipótese de as partes no processo principal renunciarem ao duplo grau de jurisdição, isto implica não só o rompimento do acesso dos particulares ao TJCA pelas vias do reenvio prejudicial, bem como também aumenta os riscos de haver uma aplicação não homogénea do direito andino nos ordenamentos jurídicos nacionais.

O argumento apresentado pelo TJCA também encontra-se em desacordo com o disposto no artigo 35.º do TCTJCA e no artigo 127.º do Estatuto do TJCA, os quais determinam que "*el juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal*". Neste sentido, Quindimil López, assevera que a possibilidade que o juiz do tribunal nacional tem de proferir sentença antes do recebimento da interpretação prejudicial do TJCA "*echa por tierra el fundamento mismo de esta figura, que es lograr una interpretación jurídica uniforme del Derecho andino en el territorio de los Países Miembros*", além do mais "*se impide la adecuada resolución del caso [...]. Puede entenderse que la no suspensión del procedimiento contribuye a que no se utilice la cuestión prejudicial como instrumento dilatorio dentro del proceso por alguna de las partes. Pero este argumento carece de todo fundamento en la medida en que es el juez, y no las partes, no sólo quien remite la cuestión al TJCA,*

[1241] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica..., cit., p. 130-131.

[1242] Processo 3-IP-90 do TJCA, de 25 de setembro de 1990, considerando n.º 2.

sino también el único que realiza un análisis de la pertinencia de la presentación de la cuestión prejudicial en la medida en que la considere necesaria para emitir el fallo"[1243].

Acrescido a isso, note-se que a referida justificativa do TJCA contradiz com o seu próprio entendimento no sentido de que ao juiz do tribunal nacional compete apenas a aplicação do direito andino. Ora, se o processo não é suspenso e o juiz de instância pode proferir sentença antes da consulta prejudicial, neste caso estará não só aplicando, mas também interpretando o direito andino. Sublinhe-se que, à partida, não haveria nenhum problema em permitir que os juízes dos tribunais nacionais interpretassem o direito andino, desde que o TJCA continuasse a ser o intérprete final das normas andinas, e que tal tarefa fosse acompanhada de um devido auxílio, ou seja, é desaconselhado que os juízes dos tribunais nacionais profiram sentença antes da interpretação prejudicial, principalmente porque as decisões do TJCA são até mesmo desprovidas de efeito *erga omnes* (não formam precedentes). Em síntese, na ausência da resposta à questão prejudicial submetida ao TJCA e não existindo efeito *erga omnes* das decisões do Tribunal de Quito, os juízes dos tribunais nacionais não têm nenhum outro parâmetro (nem mesmo o recurso à interpretação conforme) no qual se podem apoiar para aplicar as normas andinas nos processos *sub judice*. Neste sentido, o TJCA ignora o propósito do reenvio prejudicial, que também funciona como um instrumento de auxílio ao juiz nacional quando aplica o direito andino aos casos em concreto.

Em relação ao momento adequado para suscitar a questão prejudicial, de um modo geral pode ser apresentada durante o iter processual, porém deve anteceder à sentença final e definitiva no processo principal. Este foi o entendimento do TJCA no Processo 1-IP-87, no qual estabeleceu que "*[...] la consulta prejudicial puede solicitarse en cualquier tiempo. Resulta recomendable, entonces, que se formule cuanto antes la consulta, a fin de evitar dilaciones inútiles*"[1244]. Esta liberdade concedida ao juiz do tribunal nacional para eleger a ocasião mais oportuna para fazer o reenvio prejudicial ao TJCA também está prevista na nota informativa sobre o pedido de interpretação prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais (NITJCA[1245]), que dispõe o seguinte: *"[l]a consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia, aunque, a los efectos de lograr una comprensión global del asunto debatido y que la respuesta del Tribunal de Justicia resulte útil, es deseable que la decisión de plantear una solicitud de interpretación prejudicial se adopte después de haber oído a las partes, de modo que el juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para resumir, en la correspondiente solicitud, el marco fáctico y jurídico del litigio*". Note-se que a referida

[1243] QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 408.

[1244] Processo 1-IP-87 do TJCA, de 3 de dezembro de 1987, ponto 3.1, p. 4.

[1245] Nota informativa sobre o pedido de interpretação prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais, p. 6.

nota informativa ainda sugere que o pedido de decisão prejudicial aguarde a oitiva das partes no processo, para que assim sejam reunidos todos os elementos fáticos no processo *sub judice*.

Importa ainda sublinhar que, a despeito de as decisões do TJCA não terem efeito *erga omnes*, como já foi aqui referido, vinculam tanto o juiz nacional que suscitou a questão prejudicial quanto os demais juízes nacionais que eventualmente intervenham no processo no qual a pergunta foi originada[1246]. Neste sentido, no âmbito do Processo 157-IP-2004, ao interpretar o artigo 35.º do TCTJCA e o artigo 127.º do Estatuto do TJCA, o TJCA estabeleceu que *"[l]a sentencia que dicte el Tribunal tiene carácter obligatorio. Así lo indica tanto el artículo 35 del Tratado como el 127 del Estatuto: "El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal". Lo que significa que la sentencia que contiene la interpretación, resuelve la cuestión referente al Derecho Comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final apreciando los hechos con relación a dicha interpretación, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada; no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el reenvío. Esto quiere decir que en la materia objeto de interpretación, la interpretación del juez comunitario es absolutamente vinculante para el juez nacional. La sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión, en el sentido de que deberán dar a la normativa comunitaria, dentro del litigio nacional, el significado recogido y decidido por el Tribunal*"[1247].

Como se pode perceber, de acordo com o artigo 35.º do TCTJCA e o artigo 127.º do Estatuto do TJCA, a interpretação prejudicial é obrigatória, pelo que o juiz nacional que decide em última ou única instância deve respeitá-la e adotá-la em sua sentença final e definitiva[1248]. Ainda de acordo com o TJCA, o efeito jurídico vinculativo da sua interpretação prejudicial "*se deriva de la atribución fundamental de este Tribunal supranacional con capacidad para declarar el Derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, como reza el preámbulo de su Tratado de Creación, que es instrumento orientador para la hermenéutica de su ordenamiento básico primario*"[1249]. Sublinhe-se que as decisões prejudiciais do TJCA são obrigatórias a partir do dia seguinte à sua notificação e devem ser aplicadas pelos juízes dos tribunais nacionais sem a necessidade de *exequatur* (artigo 91.º do Estatuto do TJCA). Para verificar o cumprimento da obrigação

[1246] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La consulta prejudicial..., cit., p. 944.

[1247] Processo n.º 157-IP-2004 do TJCA, de 2 de fevereiro de 2005, considerando I, p. 6.

[1248] Neste sentido, veja-se o Processo 10-IP-94 do TJCA, de 17 de marzo de 1995, considerando n.º 5.

[1249] Processo 11-IP-96 do TJCA, de 29 de agosto de 1997, considerando n.º 2.

que consiste na adoção da interpretação prejudicial pelo juiz do tribunal nacional, este deve enviar ao TJCA cópia da sentença proferida no processo no qual foi feito o pedido de consulta prejudicial (parte final do artigo 128.º do Estatuto do TJCA).

Os casos de omissão do reenvio prejudicial[1250], ou quando o juiz do tribunal nacional decide em desconformidade com a interpretação dada pelo TJCA[1251], ou ainda quando o juiz nacional que decide em última ou única instância profere decisão final e irrecorível antes da interpretação prejudicial do TJCA [1252] , constituem uma situação de incumprimento do Estado no exercício da sua função jurisdicional. Tanto os Estados-Membros quanto a Secretaria-Geral ou os particulares podem aceder diretamente ao TJCA para interpor uma ação por incumprimento contra o Estado infrator (artigos 23.º a 28.º do TCTJCA). Esta previsão tão clara e evidente constante no TCTJCA quanto ao incumprimento do Estado-Membro em razão da inobservância das suas obrigações que decorrem do reenvio prejudicial evitou uma série de ambiguidades que rodearam a jurisprudência do TJUE desde os já citados acórdãos *Köbler*[1253] e *Comissão c. República Italiana* (de 2003)[1254], cuja saga teve o seu desfecho apenas recentemente com o acórdão *Comissão c. França* (de 2018)[1255].

Observe-se que, diferentemente do que ocorre na UE, onde apenas a Comissão e os Estados-Membros possuem legitimidade ativa para despoletar o procedimento de incumprimento (artigos 258.º a 260.º do TFUE), na CAN os particulares podem recorrer diretamente ao TJCA para pedir a declaração de incumprimento de um Estado-Membro (artigo 25.º do TJCA). A decisão do TJCA que declara o incumprimento de um Estado-membro constitui título executivo suficiente para que os particulares possam requerer ao juiz do tribunal nacional a indemnização correspondente pelos danos eventualmente sofridos (artigos 30.º e 31.º do TJCA)[1256].

Um dos principais problemas relacionados à ação por incumprimento prende-se com o seu sistema sancionatório, que se baseia na aplicação de sanções ao Estado infrator pelo Estado beneficiado. Tal tipo de solução compromete o equilíbrio entre os Estados-Membros, pelo que

---

[1250] Cite-se como exemplo o Processo 03-AI-2010 do TJCA, de 26 de agosto de 2011.

[1251] Neste sentido, veja-se o Processo 11-IP-96 do TJCA, de 29 de agosto de 1997, considerando n.º 2.

[1252] Este foi o caso, por exemplo, da sentença da *Corte Constitucional de Colombia*, de 18 de janeiro de 1996, como mencionado por PEROTTI Alejandro Daniel, Algunas consideraciones sobre..., cit., p. 105.

[1253] Acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003.

[1254] Acórdão *Comissão c. Itália* , processo C-129/00 do TJUE, de 9 de dezembo de 2003.

[1255] Acórdão, *Comissão c. França*, processo C-416/17 do TJUE, de 4 de outubro de 2018.

[1256] Sobre o tema veja-se: MARINAI Simone, La Corte di Giustizia e la sua interazione con gli organismi giurisdizionali dei sistemi economici regionali dell'America Latina, in PENNETTA Piero (ed.), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influence comunitarie*, Bari, Cacucci Editore, 2010, p. 286-287; GARCÍA Alonso, Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración, in VON BOGDANDY Armin (ed.), ¿*Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p.611-614.

geralmente não se verifica o interesse de um Estado beneficiado de impor sanções a um Estado infrator[1257]. Uma alternativa a esse impasse poder-se-ia dar através da instituição de multas coercitivas ao Estados-Membro que não respeita as obrigações que decorrem do direito andino, nomeadamente no que diz respeito ao cumprimento das decisões do TJCA[1258].

Diante de todo o exposto, conclui-se que o mecanismo de reenvio prejudicial adotado pela CAN pretende emular o modelo europeu, nomeadamente no que tange à aplicação correta e homogénea do direito andino nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Contudo, verifica-se que a cooperação estabelecida entre os juízes dos tribunais nacionais e o TJCA tem-se desenvolvido mais em termos de quantidade (ou seja, em número de pedidos de consulta prejudicial), do que em termos de qualidade, sobretudo em virtude do seguinte: a) os juízes dos tribunais de instância não suspendem o processo quando submetem um pedido de consulta prejudicial facultativa ao TJCA; b) não existem exceções ao reenvio prejudicial obrigatório, pelo que os juízes dos tribunais nacionais só podem aplicar o direito andino antes de submeter uma questão prejudicial ao TJCA e isto tem tornado as questões prejudiciais redundantes; c) as decisões prejudiciais não possuem efeito *erga omnes*, mas vinculam apenas os juízes que intervêm no processo no qual a questão prejudicial é suscitada; d) a inobservância das obrigações que decorrem do reenvio prejudicial pode ser atacada através de uma ação por incumprimento, cuja legitimidade ativa estende-se aos particulares, porém o sistema sancionatório baseia-se na imposição de sanções entre Estados-Membros; e) 87% dos pedidos de decisão prejudicial versam sobre propriedade intelectual, não havendo portanto uma diversidade de matérias tratadas pelo TJCA[1259].

4.4. As dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelas opiniões consultivas – a experiência do Mercado Comum do Sul

Diferentemente da UE e da CAN, o MERCOSUL não conta com um Tribunal de Justiça, bem como as suas dinâmicas jurisdicionais não se dão através de reenvios prejudiciais. O MERCOSUL fez uma opção, ao menos provisoriamente, pelas opiniões consultivas, que são emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão (TPR). Cumpre notar que, inicialmente, o Tratado de Assunção apenas previu

[1257] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos, in *Tribunales en organizaciones*..., cit., p. 235.

[1258] Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos, in *Tribunales en organizaciones*..., cit., p. 235.

[1259] Sobre a diversidade de matérias apreciadas pelo TJCA em sede de reenvio prejudicial, veja-se: ALTER Karen J. Alter; HELFER Laurence R., *Transplanting International Courts*..., cit., p. 90-105.

um sistema de solução de controvérsias (artigo 3.º), o qual foi estabelecido pelo Protocolo de Brasília (artigo 1.º e seguintes) e mantido no Protocolo de Ouro Preto (artigo 43.º). O sistema de solução de controvérsias pauta-se em negociações diretas e em um procedimento arbitral operado por meio de tribunais *ad hoc*. A partir da entrada em vigor do Protocolo de Olivos (2004), o sistema de solução de controvérsias passou a contar também com o Tribunal Permanente de Revisão. Atualmente, o MERCOSUL possui, portanto, um regime arbitral *sui generis* que conta com tribunais *ad hoc* e o próprio Tribunal Permanente de Revisão[1260].

O Tribunal Permanente de Revisão, conforme estabelece o artigo 2.º, inciso I da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 30/05, é um órgão constituído como instância jurisdicional. Neste sentido, é considerado como um dos órgãos do MERCOSUL encarregue de assegurar o respeito pelo estado de direito[1261] na integração regional. Não de outro modo que foi dotado de poder jurisdicional para controlar o cumprimento do direito mercosulino; para realizar a interpretação das normas de direito do MERCOSUL; e, com exclusividade e exclusão de qualquer outro órgão (nacional ou regional), para declarar a inaplicabilidade de uma norma mercosulina derivada em desconformidade com os tratados e protocolos constitutivos do MERCOSUL[1262].

O Tribunal Permanente de Revisão pode atuar diretamente como instância única ou como segunda instância para fins de revisão de sentença proferida por um tribunal *ad hoc*. De acordo com o artigo 23.º do Protocolo de Olivos, as partes podem acordar submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão (neste caso o TPR tem as mesmas competências de um tribunal *ad hoc*); ou, nos termos do artigo 17.º do Protocolo de Olivos, as partes podem apresentar um recurso de revisão do laudo emitido por um tribunal *ad hoc* ao Tribunal Permanente de Revisão. A competência consultiva do Tribunal Permanente de Revisão está prevista no artigo 3.º do Protocolo de Olivos, o qual dispõe que "[o] Conselho do Mercado Comum poderá estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão definindo seu alcance e seus procedimentos".

Em virtude de suas competências, o Tribunal Permanente de Revisão ultrapassa a definição de um tribunal *ad hoc*, embora seja formalmente concebido como tal, pois não se trata de um órgão de

---

[1260] Cfr. GONZÁLEZ Jorge Chediak; RODRÍGUEZ Pablo Benítez, Acerca de la Competencia Consultiva del Tribunal Permanente de Revision del MERCOSUR y de la Experiencia del Poder Judicial del Uruguay en la Tramitación de Opiniones Consultivas, *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión*, año 2, n.º 4, 2014, p. 85.

[1261] Leia-se aqui uma definição ao menos formal e estrita de "estado de direito", segundo a qual "*the government [to] be ruled by the law and subject to it*". RAZ Joseph, The Rule of Law and Its Virtue, in RAZ Joseph *(ed.), The Authority of Law* **,** Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 210.

[1262] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 28.

funcionamento permanente[1263]. Não se pode deixar de destacar, no entanto, que os árbitros do Tribunal Permanente de Revisão exercem suas funções de forma autónoma e independente dos Estados-Partes (artigo 35.º do Protocolo de Olivos e artigo 32.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/2003), bem como emitem decisões obrigatórias (artigo 24.º do Protocolo de Olivos) com força de caso julgado (artigo 26.º do Protocolo de Olivos) – salvo no caso das opiniões consultivas, cuja análise ocupar-se-á a seguir.

As opiniões consultivas podem ser compreendidas como uma espécie de "interpretações prejudiciais" ou "consultas prejudiciais"[1264], cuja função é "assegurar a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do conjunto normativo presente no processo de integração do MERCOSUL, de modo consistente e sistemático"[1265]. Não parece haver dúvidas no sentido de que as opiniões consultivas destinam-se a promover – através da interpretação e da aplicação homogénea do direito mercosulino nos ordenamentos jurídicos nacionais – certeza e a segurança na integração regional[1266]. Além da sua função primordial de possibilitar uma interpretação correta e homogénea das normas mercosulinas, a solicitação de opiniões consultivas pelos juízes dos tribunais nacionais viabiliza o acesso, ainda que indireto, dos particulares, ao Tribunal Permanente de Revisão[1267]. Em razão disso, pode dizer-se que, em última análise, busca-se assegurar, por meio das opiniões consultivas, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e a proteção das pretensões jurídicas dos particulares[1268] – eis a dimensão subjetiva das opiniões consultivas.

[1263] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 28 e 36. Note-se que, embora a Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão funcione de forma permanente na sede do TPR, os membros do Tribunal não trabalham nem se reúnem permanentemente, mas apenas quando são convocados (artigo 19.º do Protocolo de Olivos).

[1264] Cfr. Opinião consultiva 01/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007, parágrafo "B.1".

[1265] DREYZIN DE KLOR Adriana, La primera opinion consultiva em Mercosur: germen de cuestión prejudicial?, in ACCIOLY Elizabeth (coord.), *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 46-47.

[1266] Cfr. ARROYO Diego P. Fernandéz, La respuesta del Tribunal Permanente del Mercosur a la Primera 'Consulta Interpretativa': escoba nueva siembre barre más o menos, in ACCIOLY Elizabeth. (coord.), *Direito no século XXI: em homenagem ao Professor Werter Faria*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 124; ARAÚJO Nádia de, Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com a common law e algumas idéias para o futuro, in PANTOJA Teresa Cristina G. (coord.), *Prática em arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008, p. 255; LABRANO Roberto Ruiz Díaz, Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes, *Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano*, 2006, p. 649.

[1267] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 70.

[1268] Em sentido semelhante, veja-se: GOMES Eduardo Biachi, Integração econômica no Mercosul: opiniões consultivas e a democratização no acesso ao tribunal permanente de revisão, *Revista de Direito Internacional*, vol. 10, n.º 1, 2013, p. 133; PIMENTEL Luiz Otávio; DREYZIN DE KLOR Adriana, O sistema de solução de controvérsias do Mercosul, in DREYZIN DE KLOR Adriana Dreyzin e outros (orgs.), *Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul*, Rio de Janeiro, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 154.

Há quem equipare as opiniões consultivas aos reenvios prejudiciais assentes nos sistemas internormativos da UE e da CAN[1269]. Contudo, as opinões consultivas diferenciam-se dos reenvios prejudiciais[1270], nomeadamente em virtude de algumas particularidades relacionadas à ausência de efeito jurídico vinculativo e a falta de qualquer obrigatoriedade quanto ao seu recurso por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais. Ademais, o pedido de consulta depende sempre de um juízo sobre a sua admissibilidade realizado pelos tribunais de última instância dos Estados-Partes[1271]. Tudo isso parece diminuir a eficácia das opiniões consultivas, pelo que não podem ser colocadas no mesmo plano de apreciação dos reenvios prejudiciais, como ver-se-á mais adiante. De qualquer modo, não se pode negar, desde já, o seu intento no sentido de promover um diálogo jurisdicional entre o Tribunal Permanente de Revisão e os órgãos jurisdicionais nacionais, com vista a promover não só a interpretação e a aplicação homogénea do direito mercosulino nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes[1272], mas também viabilizar o acesso indireto dos particulares ao Tribunal Permanente de Revisão[1273].

Uma outra característica das opiniões consultivas, que as distinguem em relação aos reenvios prejudiciais, refere-se à possibilidade de serem solicitadas não só pelos tribunais (de última instância dos Estados-Partes), mas também por todos os Estados-Partes, em atuação conjunta, e pelos órgãos decisórios mercosulinos, nomeadamente o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL (artigo 2.º, Capítulo II, da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/03, de 16 de dezembro de 2003). Ainda consoante o disposto no artigo 13.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 23/05, de 9 de dezembro de 2005, o Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL), embora tenha natureza consultiva, também está autorizado a solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão[1274]. Como se pode perceber, não só os órgãos

[1269] Neste sentido, veja-se: BAPTISTA Luiz Olavo; ACCIOLY Elizabeth, Solução de Divergências no Mercosul, in BASSO Maristela (org.), *Mercosul-Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 167.

[1270] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 67.

[1271] Ainda sobre a natureza das opiniões consultivas, veja-se: DREYZIN DE KLOR Adriana, La primera opinión consultiva en Mercosur ¿Germen de cuestión prejudicial?, in ACCIOLY Elizabeth (coord.), *Direito no século XXI: em homenagem ao Professor Werter Faria*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 41-64; RUIZ DÍAZ LABRANO Roberto, Las opiniones consultivas..., cit., p. 630.

[1272] Cfr. DREYZIN DE KLOR Adriana, Las opiniones consultivas en Mercosur, in LAPENTA Eduardo; RONCHETTI Alfredo Fernando (coords.), *Derecho y Complejidad: en homenaje al Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011, p. 106.

[1273] Neste sentido, Alejandro Perotti afirma que "[...] cabe reconocer como uno de los derschos frundamentales de la persona, el derecho a la tutela judicial efetiva (o derecho de acceso a la jurisdición), el cual, en esto contexto, se traduce en la possibilidad que tiene el particular de aceder, de forma indireta ao TPR a traves del regímen de las OC". PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 108.

[1274] De acordo com alguns autores, as opiniões consultivas apresentadas pelos Estados-Partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, ou pelos órgãos decisórios do MERCOSUL teriam por objetivo a prevenção de conflitos. Neste sentido, veja-se: AREVALOS Evelio Fernandez, *Opiniones consultivas, medidas provisionales y medidas excepcionales y de urgência*, Câmara dos Deputados. Solução de controvérsias no Mercosul, Brasília, Coordenação de Publicações, 2003, p. 57; RIPOLL Roberto Puceiro, *El Protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significado en el regimen de solución de*

jurisdicionais nacionais possuem legitimidade ativa para solicitar opiniões consultivas, tal como acontece no caso dos pedidos de reenvio prejudicial ao TJUE e ao TJCA[1275]. Considerando, no entanto, que o foco deste trabalho limita-se a uma análise sobre as dinâmicas jurisdicionais (no sentido de cooperação jurisdicional), apenas as opiniões consultivas solicitadas pelos juízes dos tribunais nacionais ao Tribunal Permanente de Revisão serão aqui abordadas.

As opiniões consultivas estão previstas em instrumentos esparsos, tais como o Protocolo de Olivos (PO) e as Decisões do Conselho do Mercado Comum, bem como também nas normas internas dos tribunais de última instância dos Estados-Partes. Conforme já mencionado, o artigo 3.º do PO dispõe que o Conselho do Mercado Comum adotará os mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão. Neste sentido, foram estabelecidas as seguintes Decisões: a Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/03, de 15 de dezembro de 2003 (que aprovou o regulamento do PO), estabeleceu o regime geral aplicável às opiniões consultivas. Na sequência, a Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/07, de 18 de janeiro de 2007, veio definir o procedimento para a solicitação de opiniões consultivas junto ao Tribunal Permanente de Revisão pelos tribunais de última instância dos Estados-Partes do MERCOSUL. Por fim, a Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 30/05, de 8 de dezembro de 2005 (que estabeleceu as regras sobre o procedimento do Tribunal Permanente de Revisão), também dispôs algumas normas que se aplicam às opiniões consultivas[1276].

---

controversias del Mercosur, Câmara dos Deputados. Solução de controvérsias no Mercosul, Brasília, Coordenação de Publicações, 2003, p. 203. Durante a reunião do 2.º Encontro das Cortes Supremas do MERCOSUL, que teve lugar em Brasília, nos dias 28 a 30 de novembro de 2004, a juíza Elena Highton de Nolasco (*Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina) teceu críticas quanto a esta classificação das opinões consultivas, pois, de acordo com a sua conceção, a natureza preventiva não estaria relacionada apenas às opiniões consultivas solicitadas Estados-Partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, ou pelos órgãos decisórios do MERCOSUL. Neste sentido, afirmou que "[a]qui a questão é: as opiniões conjuntivas [...] têm quais características? Porque se disse: são consultas '*ex ant*', mas isso só quando são requeridas pelos Estados-Partes ou pelos próprios órgãos do MERCOSUL, antes que se produzam as circunstâncias, eventos ou fatos, ou que sejam adotadas soluções porque nesse sentido elas são um mecanismo de solução de controvérsias que estão orientados a evitar esses problemas, mas quando a Corte Suprema solicita uma opinião, então já não é preventivo, não é '*ex ant*', porque estaremos diante de um conflito já existente nos tribunais". A íntegra do texto reproduzido durante a referida reunião está disponível no sítio «http://www.stf.jus.br/encontro2/imagens/pdf/degravacao_mercosul.pdf», última visualização em 03-06-2019. De modo contrário, no entanto, Susana Czar de Zalduendo afirma que "[s]e ha señalado que en el caso de OC solicitadas por los tribunales nacionales, ya se está en presencia de un conflicto en el que las normas Mercosur están en juego y que, en consecuencia, el dictamen no será una declaración en abstracto. Estas OC no estarían destinadas a evitar controversias sino que se insertarían, concretamente, en un litigio en curso". ZALDUENDO Susana Czar de, La Reglamentación de las Opiniones Consultivas en el Mercosur, in BASSO Maristela (org.)., *MERCOSUL-MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 115.

[1275] Inicialmente, o artigo 3.º do Protocolo de Olivos mencionava apenas a possibilidade de o Conselho do Mercado Comum estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão. Com o advento do Regulamento do Protocolo de Olivos (definido pela referida Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/03, de 16 de dezembro de 2003) é que se tratou, de forma mais detalhada, do procedimento de solicitação e de emissão de opiniões consultivas.

[1276] Note-se que, de acordo com o artigo 10.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 30/05, bem como conforme previsão do artigo 46.º do POP e do artigo 56.º do PO, o Tribunal Permanente de revisão apenas tem de lidar com as duas línguas oficiais do MERCOSUL, quais sejam, o espanhol e o

Convém sublinhar que as referidas normas internas dos tribunais de última instância não fazem parte do ordenamento jurídico do MERCOSUL, mas decorrem da previsão do artigo 1.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/2007, o qual estabelece o seguinte: "[...] Cada Tribunal Superior de Justiça dos Estados Partes, no âmbito de suas respectivas jurisdições, estabelecerá as regras internas de procedimento para a solicitação de opiniões consultivas...". De acordo com os árbitros do Tribunal Permanente de Revisão, em decisão proferida no âmbito da opinião consultiva 01/2007, tal disposição "viola o artigo 3.º do PO, pois o Conselho do Mercado Comum não definiu os procedimentos, senão os delega inapropriadamente a cada tribunal interno", acabando por "despojar o Tribunal Permanente de Revisão de um tributo básico de qualquer tribunal: o controlo direto das etapas e prazos que fazem procedimento de uma causa já iniciada perante o mesmo"[1277]. Com efeito, encontra-se algumas discrepâncias quanto ao tratamento dado à solicitação de opiniões consultivas, que variam conforme as normas adotadas pelos tribunais de última instância dos Estados-Partes, as quais estão estabelecidas respetivamente no Acórdão n.º 13/08 da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina; na Emenda Regimental n.º 48/2012 do Supremo Tribunal Federal do Brasil; no Acórdão n.º 549 da *Corte Suprema de Justicia* do Paraguai; e na Circular n.º 86/2007 da *Corte Suprema de Justicia* do Uruguai[1278].

De acordo com o artigo 2.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/07, de 17 de janeiro de 2007, os órgãos jurisdicionais autorizados a solicitar opiniões consultivas são os seguintes: pela Argentina, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación*; pelo Brasil, o Supremo Tribunal Federal; pelo Paraguai, a *Corte Suprema de Justicia*; e pelo Uruguai, a *Suprema Corte de Justicia e o Tribunal de lo Contencioso Administrativo*. O artigo 3.º da referida Decisão, que regulamenta o procedimento para a solicitação de opiniões consultivas, ainda contempla a possibilidade de os tribunais acima mencionados delegarem suas competências relativas à solicitação de opiniões consultivas a outros tribunais também considerados de última instância nas respetivas circunscrições jurisdicionais de cada um dos Estados-Partes.

Inicialmente foram suscitadas dúvidas no sentido de saber se os juízes dos tribunais de instância estavam autorizados a solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão. Esta questão foi entretanto sanada a partir do momento em que a regulamentação interna dos tribunais de

---

português. As três opiniões consultivas submetidas ao Tribunal Permanente de Revisão foram apreciadas em língua espanhola, tendo em vista que as suas solicitações decorreram dos tribunais do Paraguai e do Uruguai. Nada impede, no entanto, que as opiniões consultivas eventualmente solicitadas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil venham a ser processadas em Português.

[1277] Opinião consultiva 01/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007, ponto III, letra "G", n.º 2, v).

[1278] As regulamentações dos referidos tribunais de última instância podem ser consultadas no sítio do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, disponível em «http://tprmercosur.org/pt/opi_consultivas.htm», última visualização em 03-06-2019.

última instância dos Estados-Partes estabeleceu adicionalmente que todos os órgãos jurisdicionais dos Estados-Partes podem solicitar opiniões consultivas no âmbito de um processo em curso (artigo 8.º do Acórdão n.º 13/08 da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina), tanto de ofício quanto a pedido de uma das partes (artigo 354.1 da Emenda Regimental n.º 48/2012 do Supremo Tribunal Federal do Brasil).

Contudo, a solicitação de opiniões consultivas deve estar necessariamente vinculada a causas em trâmite no poder judiciário ou a instâncias jurisdicionais contencioso-administrativas do Estado-Parte solicitante (artigo 4.º, §3.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/07, de 18 de janeiro de 2007; artigo 4.º, §1.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/03, de 16 de dezembro de 2003 – Regulamento do Protocolo de Olivos)[1279]. Neste sentido, de acordo com Roberto Ruiz Díaz Labrano, *"[e]l Tribunal Permanente de Revisión no está obligado a responder las opiniones consultivas que le sean requeridas cuando se trate de cuestiones consideradas ficticias o hipotéticas; en tal caso debe limitarse a expresar la fundamentación de que ello no corresponde al âmbito de su competencia. Los tribunales superiores de los Estados partes no deben encaminar requerimientos de opiniones consultivas respecto de cuestiones que impliquen consultas hipotéticas*"[1280].

Uma outra condição imposta à solicitação de opiniões consultivas prende-se com a imprescindibilidade de serem remetidas através dos tribunais de última instância designados no artigo 2.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/2007, de 17 de janeiro de 2007. Isto significa que, os juízes dos tribunais de instância estão autorizados a solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão, porém a sua admissibilidade deve passar pelo crivo de seus respetivos órgãos jurisdicionais de última instância (conforme designação prevista no já referido o artigo 2.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/2007), os quais entretanto possuem discricionariedade no sentido de admiti-las ou recusá-las[1281]. Este entendimento foi corroborado pelos árbitros do Tribunal Permanente de Revisão no âmbito da opinião consultiva 01/2008, quando afirmaram que "*[s]obre la viabilidad del requerimiento de instancias inferiores, o de órganos jurisdiccionales inferiores a los señalados en el reglamento [Dec. n.º 02/2007 do CMC], los Encuentros de Cortes Supremas de*

[1279] Note-se que a consulta formulada pelos Estados-Partes do Mercosul, atuando conjuntamente, ou pelos órgãos decisórios do Mercosul (artigo 3.º, parágrafo 1.º, do Regulamento do Protocolo de Olivos – Decisão do Conselho d Mercado Comum n.º 37/03) não está vinculada a um caso concreto tampouco a uma controvérsia instaurada perante o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. Aliás, o próprio Tribunal Permanente de Revisão não admite solicitação de opinião consultiva quando estiver em curso um procedimento de solução de controvérsias sobre a mesma questão (conforme o artigo 12.º, alínea "b", do Regulamento do Protocolo de Olivos e o artigo 7.º, alínea "c" da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/2007).

[1280] LABRANO Roberto Ruiz Díaz, Las opiniones consultivas..., cit., p. 649.

[1281] Neste sentido, veja-se o artigo 354-K da Emenda Regimental n.º 48/2012 do Supremo Tribunal Federal do Brasil; o artigo 5.º do Acórdão n.º 13/08 da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina; o artigo 4.º do Acórdão n.º 549 da *Corte Suprema de Justicia* do Paraguai; e o artigo 5.º da Circular n.º 86/2007 da *Corte Suprema de Justicia* do Uruguai.

Justicia han servido, como base a una cooperación jurídica más profunda y eficaz, para abrir la posibilidad de que las consultas puedan ser efectuadas por órganos inferiores, pero canalizados a través de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Estado Parte"[1282].

Não existe, portanto, um diálogo direto entre os juízes dos tribunais de instância e o Tribunal Permanente de Revisão[1283]. Verifica-se assim que o controlo de admissibilidade dos pedidos de opiniões consultivas realizado pelos tribunais de última instância dos Estados-Partes não constitui uma medida salutar ao estabelecimento de uma verdadeira cooperação jurisdicional entre os juízes dos tribunais nacionais e o Tribunal Permanente de Revisão [1284]. Ademais, segundo Alejandro Perotti, esse procedimento de admissibilidade dos pedidos de opiniões consultivas realizado pelos tribunais de última instância dos Estados-Partes constitui um óbice à uniformidade do processso de "consulta prejudicial", bem como também à garantia do direito a uma tutela jurisdicional efetiva que decorre do mecanismo das opiniões consultivas. Neste sentido, referido jurista assevera que "*[e]n derecho procesal comparado [...] no se otorga a los tribunales supremos ninguna función relacionada con la tramitación de las consultas prejudiciales que son dirigidas por los jueces nacionales al respectivo tribunal de justicia regional [...]. En este contexto vários autores han sostenido, con razón, que debe también aclararse que el papel de las Cortes Supremas ad intra debe limitarse a dar traslado de la opinión solicitada al TPR, sin entrar en ningún tipo de control acerca de la relevância o pertinencia de la opinión solicitada, reservado al próprio TPR; lo contrario exigiria proceder a un complejo – y delicado desde el punto de vista político – proceso de armonización acerca del alcance de los poderes de las Cortes Supremas de los Estados Partes a la hora de ejercitar el referido juicio de relevancia o pertinencia (pues de no ser así correria el grave riesgo de quebrar la uniformidad en la solicitud de la opinión, al poder establecer cada Estado Parte diferentes reglas al respecto), al tiempo que podría alejar al juez nacionanl ordinario – y con ello, a las partes implicadas en el litigio, y en última instancia*

[1282] Opinião consultiva 01/2008 do TPR, de 24 de abril de 2009, parágrafo 18.

[1283] Convém ainda mencionar que não existe previsão no sentido de saber se os tais tribunais de última instância podem modificar o sentido e o alcance de uma opinião consultiva solicitada por um juiz hierarquicamente inferior. Alguns autores defendem que tal intervenção haveria lugar apenas para corrigir eventuais erros menores. Neste sentido, veja-se: Cfr. DREYZIN DE KLOR Adriana; PEROTTI Alejandro Daniel, *El Rol de los Tribunales*..., cit., p. 95. Todavia, até o presente momento, todas as opiniões consultivas submetidas ao Tribunal Permanente de Revisão seguiram tal como foram redigidas pelos juízes dos tribunais de instância. Cfr. CIENFUEGOS MATEO Manuel, Opiniones Consultivas en el MERCOSUR y Cuestiones Prejudiciales en la Unión Europea: Estudio Comparativo, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ano 16, n.° 42, 2012, p. 450. Em contrapartida, o Tribunal Permanente de Revisão possui discricionariedade para reformular as opiniões consultivas que carecem de alguns elementos necessários para o seu pronunciamento. Cfr. CIENFUEGOS MATEO Manuel, Opiniones Consultivas..., cit., p. 457.

[1284] Não de outro modo que há quem sugere que a cooperação entre os juízes dos tribunais de última instância dos Estados-Partes e o Tribunal Permanente de Revisão não passa de uma "diplomacia judicial". Neste sentido, veja-se: OLIVEIRA Maria Ângela Jardim de Santa Cruz, Judicial Diplomacy: The Role of the Supreme Courts in Mercosur Legal Integration, *Havard International Law Journal*, vol. 48, 2007, p. 93-100.

al ciudadano mimo – de un contacto directo con el juez del Mercosur[1285]". Em sentido semelhante, Damaso Ruiz-Jarabo Colomomer destaca a importância que decorre do estabelecimento de um diálogo entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os os juízes dos tribunais de instância, através do reenvio prejudicial, nomeadamente no que se refere ao fortalecimento da integração jurídica europeia. Neste sentido, esse autor assevera que "*[e]l Tribunal* [refere-se ao TJUE] *ha insistido en la necesidad de esa comunicación directa con el juez interno, que se lleva a cabo a través de sus respectivas secretarías, desaconsejando vivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales la utilización de cualquier intermediario, por vía administrativa o diplomática, no sólo por el riesgo de retrasos y olvios, sino también para tratar de evitar la tentación que puede suponer para el poder político eliminar las preguntas que le puedan ocasionar algún inconveniente*" [1286].

Concorda-se com os argumentos acima apresentados, pois, de fato, os tribunais de última instância dos Estados-Partes podem opor entraves de natureza diversas ao estabelecimento de um diálogo jurisdicional eficaz entre o Tribunal Permanente de Revisão e os juízes dos tribunais de instância, desconfigurando o propósito das opiniões consultivas, qual seja, promover a interpretação correta e homogénea do direito mercosulino nos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como, em última análise, garantir o direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Recorde-se que, na União Europeia, os juízes nacionais dos tribunais de instância assumem o protagonismo na construção da integração jurídica europeia, tanto que a jurisprudência do TJUE proíbe que a autoridade de um órgão jurisdicional nacional seja condicionada a relações de subordinação hierárquica eventualmente existentes em relação a jurisdições superiores quando esteja em causa a aplicação do direito da UE[1287]. Neste sentido, à luz da experiência da integração regional europeia, o estabelecimento de uma cooperação jurisdicional, sem intermediários, poderia contribuir para elevar o número de opiniões consultivas solicitadas pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Partes ao Tribunal Permanente de Revisão. A partir do momento em que houver um maior envolvimento dos tribunais nacionais na construção do direito mercosulino, é expectável um novo *upgrade* no processo de judicialização (em substituição da

[1285] PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 115.

[1286] COLOMER Damaso Ruiz-Jarabo, *El juez nacional como juez comunitário*, Madrid, Fundación Universidad Empresa – Civitas, 1993, p. 103. Pierre Pescatore, referindo-se igualmente à experiência da UE, afirma não ser aconselhável haver intermediários entre os juízes nacionais e o TJUE. Neste sentido, veja-se: PESCATORE Pierre, *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias: o recurso prejudicial do artigo 177 ° do Tratado CEE e a cooperação do Tribunal com as Jurisdições Nacionais*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1986, p. 16.

[1287] Cfr. Conclusões do advogado-geral Miguel Poaires Maduro, apresentadas em 22 de maio de 2008, no processo C-210/06 do TJUE, acórdão *Cartesio*, de 16 de dezembro de 2008, considerando n.° 21. Recentemente, a Comissão Europeia iniciou inclusive um procedimento de infração contra a Polónia por tentar obstaculizar o reenvio prejudicial com processos disciplinares. Neste sentido, veja-se: European Commission launches infringement procedure to protect judges in Poland from political control, disponível em «http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1957_en.htm», última visualização em 03-06-2019.

diplomacia) na solução de conflitos normativos, que certamente não viria desacompanhado de um empoderamento tanto dos juízes nacionais quanto dos juízes do Tribunal de Justiça do MERCOSUL.

A título de ilustração a respeito dos mencionados inconvenientes provocados pelo procedimento de intermediação dos tribunais de última instância nos pedidos de consulta ao Tribunal Permanente de Revisão, cita-se o caso da solicitação de opinião consultiva encaminhada ao Supremo Tribunal Federal do Brasil, na data de 13 de agosto de 2008, através da petição n.º 4.383/PR (*Renault do Brasil S/A*). O pedido foi protocolado como processo de caráter jurisdicional, porém o Supremo Tribunal Federal do Brasil optou pela formulação não jurisdicional da consulta, pelo que a petição deveria de ser objeto de deliberação em sessão administrativa (artigo 354-K da Emenda Regimental n.º 48/2012 do STF). Em razão disso, o pedido foi indeferido por meio de decisão monocrática de 14 de dezembro de 2012, publicada em 4 de fevereiro de 2013. Tendo sido o processo extinto sem julgamento de mérito, os autos foram reencaminhados à Presidência do Supremo Tribunal Federal do Brasil como processo administrativo, em 8 de outubro de 2013. Tendo em vista o decurso de mais de cinco anos desde o protocolo do pedido, o solicitante acabou por desistir da solicitação de opinião consultiva. Este longo período entre a solicitação e o indeferimento da opinião consultiva demonstra a falta de interesse do Supremo Tribunal Federal do Brasil em colaborar com o Tribunal Permanente de Revisão no sentido da interpretação correta e homogénea do direito mercosulino nos ordenamentos jurídicos nacionais. Acrescido a isso, a morosidade empregada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil na apreciação de um pedido de consulta ao Tribunal Permanente de Revisão tende a provocar um desincentivo à participação dos juízes brasileiros nas dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelas opiniões consultivas – as quais, frise-se, podem ser inclusivamente indeferidas e nem chegar ao seu destino, designadamente o Tribunal Permanente de Revisão.

A propósito dos prazos para a apreciação de solicitação de opiniões consultivas, se os ordenamentos jurídicos nacionais não prevêem um tempo mínimo para que um pedido seja submetido ao Tribunal Permanente de Revisão, em contrapartida, os artigos 6.º e 7.º do Regulamento do Protocolo de Olivos estabelecem que a elaboração da resposta deve ser feita no prazo máximo de 65 dias a partir do recebimento do pedido. Sublinhe-se que este prazo era originalmente de 45 dias, tendo sido ampliado pela Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 15/10, de 2 de agosto de 2010. Esta modificação foi considerada necessária em virtude de o Tribunal Permanente de Revisão ter empregado mais tempo do que o previsto em suas duas primeiras opiniões consultivas[1288]. O primeiro pedido de opinião consultiva (OC 01/2007) deu entrada na Secretaria do MERCOSUL em 21 de

[1288] Cfr. CIENFUEGOS MATEO Manuel, Opiniones Consultivas..., cit., p. 455.

dezembro de 2006 e foi respondida em 3 de abril de 2007, três meses depois. O segundo pedido de opinião consultiva (OC 01/2008) chegou à Secretaria do MERCOSUL em 27 de agosto de 2008 e foi decidido em 24 de abril de 2009, quase nove meses depois. A resposta à terceira solicitação de opinião consultiva (OC 01/2009) levou menos tempo. O pedido chegou à Secretaria do MERCOSUL em 17 de abril de 2009 e foi resolvida em 15 de junho do mesmo ano. Acredita-se que o prazo de 65 dias previsto pela Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 15/10 seja razoável, considerando que até o presente momento não se verificou um aumento no número de solicitação de opiniões consultivas – constam apenas três nos registos do Tribunal Permanente de Revisão.

De acordo com a regulamentação interna de alguns tribunais de última instância, ao solicitar-se uma opinião consultiva, prevê-se a suspensão do processo em causa. Trata-se do caso do artigo 8.º da Circular n.º 86/2007 da *Corte Suprema de Justicia* do Uruguai e do artigo 9.º do Acórdão n.º 549 da *Corte Suprema de Justicia* do Paraguai. A Emenda Regimental n.º 48/2012 do Supremo Tribunal Federal do Brasil e o Acórdão n.º 13/08 da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina não fazem referência sobre esta matéria. Contudo, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina, no âmbito do seu despacho n.º 13/2008, referente ao Processo *Sancor C.U.L.*, que decidiu favoravelmente a solicitação de uma opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão, determinou fosse suspenso o processo no qual a pergunta prejudicial foi levantada[1289]. Acredita-se que o mesmo tratamento haverá de ser dado em relação aos processos da jurisdição brasileira, embora a ausência de previsão normativa neste sentido, bem como a inocorrência de solicitação de uma opinião consultiva até o presente momento pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil impossibilitam uma afirmação conclusiva a respeito do efeito suspensivo dos processos nos quais uma opinião consultiva é solicitada. De qualquer modo, seria contraproducente que o juiz de um tribunal nacional proferisse decisão num processo que aguarda uma resposta de solicitação de opinião consultiva do Tribunal Permanente de Revisão. Lembre-se, no entanto, que este comportamento pode ser adotado pelos juízes dos tribunais dos Estados-Membros da CAN quando fazem um pedido de reenvio prejudicial ao TJCA – ou seja, se no momento de prolatar a sentença o juiz nacional ainda não tiver obtido resposta do TJCA, poderá decidir o caso sem ter em conta a interpretação prejudicial (artigo 33.º §1.º do

[1289] Sublinhe-se que, antes da submissão definitiva da referida opinião consultiva, a autora desistiu da ação, pelo que o pedido perdeu o seu objeto, pois já não mais estava relacionado a um processo judicial em trâmite. A íntegra da decisão (TF 22.046-A, de 21 de maio de 2013) pode ser consultada no sítio oficial da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina, disponível em: «http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7015811&cache=1558312242084», última visualização em 03-06-2019.

TCTJCA). Contudo, obtida a resposta do TJCA antes da prolação da sentença no processo principal, o juiz nacional fica vinculado à interpretação dada pelo tribunal supranacional (o artigo 35.º do TCTJCA).

Ainda em relação aos critérios que enformam a solicitação de opiniões consultivas, importa mencionar que, de acordo com o artigo 4.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/03, as opiniões consultivas apresentadas pelos tribunais nacionais apenas podem referir-se sobre a interpretação das normas do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL. Depreende-se da redação desse dispositivo que não há espaço para opiniões consultivas que versam sobre a interpretação de atos atípicos (ou seja, não vinculativos), uma vez que são enumerados apenas os atos típicos. Do mesmo modo, a regulamentação de todos os tribunais de última instância preveem expressamente que as opiniões consultivas apenas podem versar sobre as normas mercosulinas vinculativas[1290].

Da análise dos artigos 1.º, 3.º e 6.º do Acórdão n.º 549 da *Corte Suprema de Justicia* do Paraguai e dos artigos 1.º, 4.º e 7.º da Circular n.º 86/2007 da *Corte Suprema de Justicia* do Uruguai, verifica-se que, além de uma opinião consultiva de interpretação, seria possível solicitar uma opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão a respeito da validade das normas mercosulinas. Contudo, o artigo 4.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/03 determina expressamente que o objetivo de uma opinião consultiva limita-se à interpretação das normas mercosulinas emanadas dos órgãos decisórios do MERCOSUL[1291]. Isto significa que o Tribunal Permanente de Revisão não possui competência para declarar a invalidade de uma norma mercosulina derivada em desconformidade com os tratados e os protocolos constitutivos do MERCOSUL. Contudo, diante de uma situação de incompatibilidade entre o direito originário mercosulino e uma norma de direito derivado, acredita-se que o Tribunal Permanente de Revisão deva ao menos afastar a aplicabilidade da norma incompatível. Este foi o entendimento dos árbitros do Tribunal Permanente de Revisão no âmbito da primeira opinião consultiva 01/2007: "[...] deve interpretar-se que o atual sistema permite, no mínimo, inaplicações ao caso concreto da normativa do Mercosul, que os Tribunais *Ad Hoc* ou o TPR considerem "ilegais" no marco das controvérsias das quais estejam

[1290] Neste sentido, veja-se o artigo 354-H da Emenda Regimental n.º 48/2012 do Supremo Tribunal Federal do Brasil; o artigo 1.º do Acórdão n.º 13/08 da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina; o artigo 1.º do Acórdão n.º 549 da *Corte Suprema de Justicia* do Paraguai; e o artigo 1.º da Circular n.º 86/2007 da *Corte Suprema de Justicia* do Uruguai.

[1291] Convém lembrar que não existe nem mesmo previsão de recurso de anulação no ordenamento jurídico mercosulino. Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 45 e ss.

conhecendo. Assim também, deve interpretar-se que o atual sistema permite ao TPR pronunciar-se sobre essa "ilegalidade" no marco das opiniões consultivas. Esclarece-se que não estamos dizendo que este TPR tem competência nesta instância para declarar a nulidade dos artigos em questão [artigos 1.º, 6.º e 11.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/07], mas obviamente faculdade para declarar sua inaplicabilidade ao caso concreto"[1292].

Alejandro Perotti defende, no entanto, que o Tribunal Permanente de Revisão possui competência para dizer da validade das normas mercosulinas. Neste sentido, segundo esse jurista, seria possível solicitar uma opinião consultiva sobre a validade de uma norma mercosulina. O referido autor destaca que, considerando a existência de uma lacuna no Protocolo de Olivos relativamente ao tema sobre o controlo da legalidade das normas derivadas do Mercosul; considerando ainda que o Protocolo de Olivos foi subscrito tendo em vista o reconhecimento de que "a evolução do processo de integração no âmbito do MERCOSUL requer o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias"; e considerando também "a necessidade de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática"; não se poderia negar a possibilidade de realização de consulta ao Tribunal Permanente de Revisão sobre a validade da norma derivada frente à norma originária do MERCOSUL.

Alejandro Perotti ainda acrescenta que, à luz do Preâmbulo do Protocolo de Olivos e dos seus artigos 1.º, 34.º e 39.º, do artigo 4.º do Regulamento do Protocolo de Olivos e do artigo 41.º do Protocolo de Ouro Preto, seria contrário à lógica interna do sistema mercosulino não reconhecer a competência do Tribunal Permanente de Revisão para declarar a invalidade de uma norma derivada frente a uma norma originária do MERCOSUL. O citado autor conclui afirmando ser imprescindível extrair da expressão "interpretação jurídica da normativa Mercosul", constante do artigo 4.º, parágrafo 1.º do Regulamento do Protocolo de Olivos, a possibilidade de o Tribunal Permanente de Revisão ser consultado (via solicitação de opinião consultiva) sobre a validade das normas mercosulinas (direito derivado frente ao direito originário)[1293]. Cumpre salientar que se trata de um entendimento doutrinário, cujas bases teóricas ainda não foram testadas na prática, pois ainda não foram solicitadas opiniões

[1292] Opinião consultiva 01/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007, n.º G-2. Segundo Alejandro Perotti, esta competência atribuída ao Tribunal Permanente de Revisão deriva de uma leitura finalista do próprio ordenamento jurídico do MERCOSUL, assim como da pirâmide jurídica que resulta do artigo 41.º do Protocolo de Ouro Preto e dos artigos 1.º, inciso 1, 34.º, inciso 1 e 39.º do Protocolo de Olivos. Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 53.

[1293] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, El control de la legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional, *Revista Agenda Internacional*, vol. 13, n.º 24, 2007, p. 101-114.

consultivas de validade – lembre-se que os ordenamentos jurídicos do Paraguai e do Uruguai prevêem esta possibilidade, a despeito da existência de regulamentação contrária no direito do MERCOSUL[1294].

Considerando que o Tribunal Permanente de Revisão não é competente nem mesmo para declarar a invalidade das normas derivadas de direito mercosulino, não haveria de restar dúvidas no sentido de que também não está autorizado a pronunciar-se sobre a validade de uma determinada norma nacional face ao direito do MERCOSUL. Acontece que, não obstante o Tribunal Permanente de Revisão tenha deixado claro em suas opiniões consultivas de que não possui competência para decidir a respeito da "constitucionalidade, aplicabilidade ou nulidade"[1295] das normas nacionais, ao analisar as opiniões consultivas OC n.º 01/2008 e OC n.º 01/2009, verifica-se que os árbitros subrogaram a competência de manifestar-se a respeito da compatibilidade do direito nacional com o direito mercosulino.

Na OC n.º 1/2008, os árbitros do Tribunal Permanente de Revisão afirmaram que "[a]s normas que adotam os órgãos dos Estados-Partes podem entrar em colisão com a normativa resultante do processo de integração. Estas situações levam a requerer a interpretação sobre a compatibilidade ou incompatibilidade de umas com outras ou da legalidade de umas frente às outras ou – ainda mais sobre a hierarquia ou primazia de uma normativa sobre outra [...] É importante não esquecer que, na atual etapa do processo de integração, tanto os Tribunais *Ad Hoc* quanto o TPR carecem de competência para declarar de forma direta a nulidade ou a inaplicabilidade da norma interna ainda quando, como resultado da análise e considerações jurídicas, podem declarar a incompatibilidade da norma interna com o direito do MERCOSUL. São os órgãos estatais competentes

[1294] Ressalte-se que, no âmbito da Opinião consultiva 01/2008 do TPR, o árbitro Wilfrido Fernández de Brix defendeu que o Tribunal Permanente de Revisão seria competente para apreciar a validade das normas derivadas frente às normas originárias do MERCOSUL. Neste sentido, afirmou que "a) o Regulamento de referência (Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/2007) contém vários artigos que contrariam não somente o direito originário do Mercosul, senão os mesmos princípios gerais do direito, incluindo os princípios gerais do direito de Integração (artigo 34.º, inciso 1 do PO). Como primeira subquestão, cabe perguntar-se caso este Tribunal Permanente de Revisão tem ou não competência para estudar e declarar inaplicável normas do direito derivado que transgridem manifestamente o direito originário do MERCOSUL. A resposta é afirmativa. Para tal, uma leitura final das normas do MERCOSUL, quer dizer, que tenham em conta o contexto no que se desenvolve um processo de integração e os objetivos do mesmo – entre eles a segurança jurídica –, demonstra que se impõe uma resposta afirmativa a tal sub-questão. Nesse sentido, os giros normativos 'qualquer questão jurídica compreendida' no direito do Mercosul e 'interpretação jurídica da normativa do Mercosul' contidos respectivamente nos artigos 3.º, inciso 1 e 4.º do Regulamento do Protocolo de Olivos, analisados à luz do espírito e do sistema do PO – cujo preâmbulo afirma 'Que a evolução do processo de integração no âmbito do Mercosul requer o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias' –, justificam que com base em tal fundamento normativo possa conferir-se a este Tribunal a possibilidade de pronunciar-se sobre a inaplicabilidade das normas do direito derivado por violação de disposições do direito originário do MERCOSUL, pois caso contrário este Tribunal se encontraria aberrantemente obrigado a declarar aplicável e/ou aplicar uma norma do direito derivado, ainda quando a mesma estivesse em manifesta contradição ao Tratado de Assunção ou ao resto do direito originário, o qual ao mesmo tempo seria um contrassenso institucional de gravíssimo nível. Além dos referidos princípios do direito de integração, pode considerar-se que a atribuição para proceder nesse sentido (inaplicabilidade de uma norma derivada) surge implícita da escala normativa do direito do MERCOSUL (artigos 41.º do POP, e 1.º, 34.º e 39.º do PO)".

[1295] Cfr. Opinião consultiva 01/2009 do TPR, de 15 de junho de 2009, n.º 3 (conclusões).

os que devem revogar ou modificar a norma interna incompatível, habilitando medidas que possam ser adotadas pelos Estados-Partes afetados em caso de não cumprimento"[1296].

A interpretação dada pelo Tribunal Permanente de Revisão na OC n.º 01/2008 foi reiterada na OC n.º 01/2009. Mais uma vez os árbitros mercosulinos salientaram que "[...] o Tribunal pode conhecer, com o alcance e com os limites da sua competência, da compatibilidade de uma norma nacional com o direito do MERCOSUL, se bem que não lhe incumbe pronunciar-se sobre a constitucionalidade, a aplicabilidade ou a nulidade daquela, questão de exclusiva atribuição da jurisdição nacional"[1297]. Ademais, reafirmam que, em caso de conflitos normativos, há de se verificar a compatibilidade entre as normas nacionais e mercosulinas "[...] ou – ainda mais sobre a hierarquia ou a primazia de uma norma sobre a outra"[1298]. Acrescentam ainda que, na atual etapa do processo de integração regional do MERCOSUL, o Tribunal Permanente de Revisão carece de competência para declarar de forma direta a nulidade ou a inaplicabilidade da norma interna caso seja constatada a incompatibilidade desta com o direito do MERCOSUL, no entanto, nada obsta que possa declarar a incompatibilidade da norma interna com o direito do MERCOSUL[1299].

Observe-se que as decisões dos árbitros do Tribunal Permanente de Revisão, em ambas as opiniões consultivas supramencionadas, mencionam três questões que vão de encontro com a proposta de um sistema internormativo mercosulino, quais sejam: a) a hierarquia das normas mercosulinas face às normas nacionais; b) a competência do Tribunal Permanente de Revisão para dizer da compatibilidade das normas nacionais; e c) o estádio de evolução do MERCOSUL que haveria de lhe conferir, futuramente, competência para declarar de forma direta a nulidade ou a inaplicabilidade da norma nacional.

Em relação à suposta hierarquia das normas mercosulinas face às normas nacionais, frise-se que é defendido neste trabalho a ideia de que o MERCOSUL deve conformar-se com um sistema internormativo. Deste modo, observe-se que nos sistemas internormativos não há que se falar em invalidade entre normas de ordenamentos distintos, pois em caso de conflitos normativos a solução pauta-se na preferência aplicativa de uma das normas em virtude das competências atribuídas a cada uma das partes em um processo de integração regional. Em razão disso, enganam-se os árbitros do Tribunal Permanente de Revisão quando referem-se ao termo "primazia" como sinónimo de "hierarquia". Não pode haver espaço para hierarquia entre ordenamentos jurídicos distintos que

[1296] Opinião consultiva 01/2008 do TPR, de 24 de abril de 2009, n.ºs 29 e 33.

[1297] Opinião consultiva 01/2009 do TPR, de 15 de junho de 2009, n.º 3 (conclusões).

[1298] Opinião consultiva 01/2009 do TPR, de 15 de junho de 2009, n.º 15.

[1299] Opinião consultiva 01/2009 do TPR, de 15 de junho de 2009, n.º 16.

convivem em um mesmo sistema internormativo. Logo, o eventual reconhecimento de primazia às normas mercosulinas não haveria de converter o MERCOSUL em superior hierárquico dos Estados-Partes, porque "a lógica da pluralidade de ordenamentos o impede: a hierarquia só se dá entre normas procedentes do mesmo sujeito – e não numa relação entre dois ordenamentos, onde sequer se fala de invalidade, mas de preferência aplicativa em benefício da própria funcionalidade sistémica"[1300]. Disso resulta que, no âmbito da aplicação do direito mercosulino, na eventualidade de uma norma de direito nacional encontrar-se em desconformidade com uma norma mercosulina, aquela simplesmente deve ser afastada para dar preferência a esta. Isto significa que a norma nacional continuaria a ser válida e a produzir os seus efeitos jurídicos no âmbito do seu ordenamento jurídico. A primazia das normas mercosulinas não haveria de implicar a invalidade das normas nacionais, mas apenas o seu afastamento e a aplicação preferente da norma mercosulina: trata-se de uma questão de eficácia e não de validade normativa[1301].

Com base no exposto, o Tribunal Permanente de Revisão não haveria de ter competência para dizer da compatibilidade das normas nacionais face às normas do MERCOSUL. Nada impediria, no entanto, que o Tribunal Permanente de Revisão fornecesse ao tribunal nacional, que tivesse solicitado uma opinião consultiva, todos os elementos de interpretação baseados no direito mercosulino que lhe pudessem permitir apreciar esta compatibilidade para o julgamento da causa que lhe é submetida[1302]. A interpretação do direito nacional, assim como a apreciação da compatibilidade do direito interno com o direito mercosulino são tarefas que competem, exclusivamente, ao juiz nacional[1303]. Em razão disso, as opiniões consultivas não podem ser utilizadas visando a manifestação do Tribunal Permanente de Revisão sobre a interpretação de uma norma interna ou sobre a sua compatibilidade com o direito mercosulino[1304].

É por isso que, independentemente do seu estádio de integração, não se espera um gradual desenvolvimento do MERCOSUL no sentido de um Estado Federal, em termos convencionais, onde as

---

[1300] SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito*..., cit., p. 133.

[1301] Em sentido semelhante, veja-se: CALLEJÓN Francisco, A relação dialética..., cit., p. 14.

[1302] Cfr. PESCATORE Pierre, *Tribunal de Justiça*..., cit., p. 28.

[1303] Neste sentido, veja-se: SWEET Stone Alec, Why Europe Rejected American Judicial Review and Why It May Not Matter, *Michigan Law Review*, vol. 101, n.º 8, p. 2778; ANDRADE Miguel Almeida, *Guia prático do reenvio prejudicial: o artigo 177.º do Tratado CEE e a cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1991, p. 31 e 93; BULNES Mar Jimeno, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Jose Maria Bosch, 1996, p. 240-241; MARTÍN Araceli Mangas; NOGUERAS Diego J. Liñan, *Instituciones y Derecho*..., cit., p. 478.

[1304] Segundo Pierre Pescatore, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem decidido que não lhe compete pronunciar-se sobre a interpretação, o alcance ou a validade dos actos da legislação nacional. Cfr. PESCATORE Pierre, *Tribunal de Justiça*..., cit., p. 27-28. Neste mesmo sentido, veja-se: CAMPOS João Mota de; CAMPOS João Luiz Mota de, *Contencioso Comunitário*, Curitiba: Juruá, 2008. p. 167; MARTÍN Araceli Mangas; NOGUERAS Diego J. Liñan, *Instituciones y Derecho*..., cit., p. 478; COLOMER Damaso Ruiz-Jarabo, El juez nacional..., cit., p. 58 e 79.

normas nacionais e mercosulinas viriam a ser encadeadas em uma escala piramidal. Assim como Cruz Vilaça e Alessandra Silveira defendem que a UE está em condições de oferecer um modelo bastante mais sofisticado do que aquele de um Estado Federal[1305], acredita-se que o MERCOSUL encontra-se em uma situação semelhante. Para que se possa compreender a lógica de funcionamento desse modelo, em primeiro lugar, há de ter-se em mente, conforme explicam Cruz Vilaça e Alessandra Silveira, que o federalismo não implica (necessariamente) a constituição de um "Estado de Estados", mas antes corresponde a um processo através do qual distintas esferas de poder podem coexistir harmoniosamente[1306]. Dada a dinâmica e a fluidez dos processos políticos, o problema essencial do federalismo reside em garantir a coexistência das comunidades envolvidas nos mecanismos legais e institucionais que asseguram o "arranjo constitucional" ou o "dever de cooperar" nos sistemas federativos[1307]. Não de outro modo que se associa o federalismo a processos de "reconhecimento mútuo", "aprendizado mútuo" e de "negociação contínua" – ou seja, o federalismo resulta sempre da existência de uma comunidade de interesses e de uma mentalidade centrada na prossecução de uma variedade de objetivos comuns, nomeadamente no que se refere à expansão do mercado e ao desenvolvimento económico, à manutenção da paz, à melhoria das condições de vida dos cidadãos e assim por diante. O sucesso de uma estrutura federativa depende sempre, portanto, de como as esferas de poder interagem na busca desses objetivos comuns[1308].

Ressalte-se que a interação entre as esferas de poder no âmbito de um sistema federativo pauta-se essencialmente em um equilíbrio entre poderes centrais e periféricos (ou entre forças centrípetas e centrífugas) constitucionalmente definidos e protegidos[1309]. Deste modo, não se deve confundir o federalismo com qualquer modelo estático e preciso de divisão de poderes entre autoridades central e periféricas. Segundo Cruz Vilaça e Alessandra Silveira, com fundamento na teoria do "*federalising process*" de Carl Friedrich, o federalismo corresponde a um processo que progride com resultados alternados, a depender se as tendências centralizadoras estão ou não à frente[1310]. Daí

[1305] Cfr. CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 129-130.

[1306] Cfr. CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 129-132.

[1307] Cfr. CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 132.

[1308] Cfr. CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 132-133.

[1309] Cfr. CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 131.

[1310] Cfr. CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 132.

que a conceção de federalismo se desprende da clássica dicotomia entre "Estados Confederados" e "Estado Federal" baseada na teoria bodiniana de soberania[1311].

Os sistemas internormativos encapsulam esta conceção de federalismo entendido como um processo, ou seja, como um sistema onde vários ordenamentos jurídicos autónomos estão envolvidos na "reconstrução contínua de identidades por meio de um entrelaçamento entre as várias constituições que convivem e interagem entre si no âmbito de um processo de integração regional"[1312]. Frise-se que a proposta de um sistema internormativo não se circunscreve ao contexto da integração regional europeia. Ao contrário, "por fornecer um arsenal teórico para lidar com a fenomenologia da pluralidade de ordenamentos", renova as possibilidades de compreensão de contextos onde os Estados e, consequentemente, o conceito de soberania estatal, diluem-se em contato com o "mundo-da-vida" pós-vestfaliano[1313].

Nesta senda, por mais que o MERCOSUL alcance escalas mais avançadas ao longo do seu processo de integração, acredita-se que não tenha que se transformar em uma espécie de Estado Federal, onde o Tribunal Permanente de Revisão, ou qualquer outro que eventualmente o venha substituir, converter-se-ia em uma instância de recurso das decisões nacionais, e os ordenamentos jurídicos nacionais subordinar-se-iam ao ordenamento jurídico mercosulino em virtude de um fundamento hierárquico. Na medida em que os sistemas internormativos concebem o federalismo como um processo de intercâmbio, de reconhecimento e de aprendizagem mútua, qualquer medida de sobreposição entre ordenamentos jurídicos pode provocar bloqueios recíprocos[1314]. À luz dos sistemas internormativos, o MERCOSUL há de reconhecer, portanto, que está em condições de engendrar um modelo de integração bem mais sofisticado do que aqueles já existentes em contextos tais como o do direito internacional e de um Estado Federal, que preevem uma solução hierárquica para os casos de conflitos normativos[1315].

[1311] CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 129-130.

[1312] CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in *EU Citizenship and Federalism*..., cit., p. 129-130.

[1313] Cfr. SILVEIRA Alessandra, International Constitutional Court... p. 74.

[1314] Neste sentido, Robert Lecourt já assinalava a existência de duas maneiras de materializar as relações entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais: a primeira consistia em aplicar o atual artigo 267.º do TFUE em um clima frio de relações hierárquicas, com o risco de suscitar reservas recíprocas ou tensões rejeitáveis; a segunda seria ver neste procedimento um convite à cooperação com o fim de assegurar uma interpretação homogénea do direito da União Europeia. Segundo o referido autor, esta última opção prevaleceu felizmente. LECOURT Robert, *L'Europe des juges*..., cit., p. 273.

[1315] A propósito da possibilidade de transposição do modelo europeu a outros contextos de integração regional, nomeadamente no que se refere ao seu sistema internormativo, destaca-se a iniciativa do Tribunal de Justiça da União que, para celebrar as suas bodas de ouro em 2002, convocou os presidentes de todos os tribunais internacionais e os presidentes dos tribunais superiores e dos tribunais constitucionais da Europa para participarem de um Colóquio Internacional sobre o tema da Cooperação entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais. A eleição do tema teve o propósito de ressaltar a

Note-se que o MERCOSUL já deu um passo no sentido do desenvolvimento de um sistema internormativo ao introduzir as opiniões consultivas em seu ordenamento jurídico. Deste modo, não se pode deixar de reconhecer a abertura do MERCOSUL a dinâmicas jurisdicionais que priorizam o diálogo na solução de conflitos normativos. Contudo, verifica-se que a necessidade do estabelecimento de uma cooperação jurisdicional mais profícua entre os tribunais nacionais e o Tribunal Permanente de Revisão. Na medida em que são os tribunais nacionais que aplicam diariamente o direito do MERCOSUL, seus operadores devem conscientizar-se de quando aplicam o direito de integração regional estão ao trabalhar em rede e simultaneamente com os juízes dos tribunais de todos os Estados-Partes que agora assumem uma dupla função – afinal, exercem a sua função jurisdicional quando aplicam tanto o direito nacional quanto o direito do MERCOSUL. Em razão disso, para que o direito mercosulino seja aplicado de forma correta e homogénea em todo o espaço da integração regional, os juízes dos tribunais nacionais devem solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão para sanar eventuais dúvidas sobre a interpretação da norma mercosulina aplicável no caso perante si pendente.

A contribuição dos juízes dos tribunais nacionais no processo de construção do direito mercosulino tem sido destacada reiteradamente em cimeiras, fóruns e sobretudo pela doutrina. Neste sentido, Ricardo Alonso Garcia sublinha que "[d]e nada nos serve negociar uma norma do MERCOSUL, ficar durante anos esperando que essa norma se internalize, até que o último dos Estados-Partes dite a norma legislativa correspondente para a sua internacionalização [...] e, finalmente, quando tivermos essa norma sobre o papel, percebermos que ela não se aplica de maneira efetiva [...] muito mais essencial do que o trabalho do Tribunal Permanente de Revisão é o trabalho que exercem todos e cada um dos juízes nacionais, desde o juiz de primeira instância do povo do interior até as Cortes Supremas, os Tribunais Supremos das respectivas partes. Por quê? Porque não podemos esquecer que quem aplica quotidianamente o direito do MERCOSUL não é o Tribunal Permanente de Revisão"[1316].

O fato de serem os juízes dos tribunais nacionais de cada um dos Estados-Partes quem aplicam diariamente as normas que decorrem do ordenamento jurídico do MERCOSUL conduz a uma

---

base do sistema juridicional da União Europeia que repousa sobre o mecanismo do reenvio prejudicial, já que se trata de uma dinâmica jurisdicional imprescindível à coooperação. Subliminarmente o tema do colóquio tinha como objetivo principal destacar a importância do reenvio prejudicial para o desenvolvimento do direito da União Europeia. Por outras palavras, a intenção foi demonstrar que um só artigo do Tratado de Roma (o atual artigo 267.º do TFUE) foi suficiente para criar uma integração regional sólida que agora constitui uma das grandes contribuições da Europa para outros processos de integração regional. Cfr. TOLEDO Ricardo Vigil, La Estructura Jurídica..., cit., p. 123.

[1316] Trecho retirado a partir da ata resultante da reunião do 2.º Encontro das Cortes Supremas do MERCOSUL, que teve lugar em Brasília, nos dias 28 a 30 de novembro de 2004. A íntegra do texto reproduzido durante a referida reunião está disponível no em «http://www.stf.jus.br/encontro2/imagens/pdf/degravacao_mercosul.pdf», última visualização em 03-06-2019.

constatação óbvia: uma mesma norma mercosulina poderá ser interpretada e aplicada de modo diverso em cada um dos Estados-Partes. Neste sentido, Marianne Klumpp afirma que *"[e]sta situación pone en peligro la uniformidad del derecho en el territorio del Mercosur, pues, puede ocurrir que una norma del Mercosur sea interpretada y aplicada en cada Estado miembro de manera diferente. De esta manera, existe la posibilidad de que se den tantas interpretaciones definitivas del mismo ordenamiento regional como órganos judiciales supremos existentes [...], por lo que la probabilidad de interpretaciones divergentes del derecho del Mercosur puede suceder aún dentro del territorio de un mismo Estado miembro [...]. La eventual falta de aplicación del ordenamiento mercosureño, o su aplicación errónea o incompleta, limitan sustancialmente la eficacia de las reglas de derecho que deben regular el proceso de integración, y contribuyen en ocasiones a la inseguridad jurídica"*[1317].

De fato, a falta de homogeneidade na interpretação das normas mercosulinas fragiliza o projeto de integração regional do MERCOSUL, na medida em que gera insegurança jurídica aos particulares. Em razão disso, de modo a evitar que eventuais dúvidas sobre a interpretação das normas mercosulinas possam colocar em risco a aplicação correta e homogénea do direito do MERCOSUL aos casos em concreto, torna-se imprescindível o recurso às opiniões consultivas. Não obstante sejam os juízes dos tribunais nacionais os responsáveis pela aplicação do direito mercosulino nos ordenamentos jurídicos nacionais, é o Tribunal Permanente de Revisão o órgão jurisdicional competente para dizer, em última análise, da correta interpretação do direito mercosulino aplicável.

Embora reconheça-se a imprescindibilidade das opiniões consultivas para alcançar-se uma interpretação e aplicação correta e homogénea das normas mercosulinas nos ordenamentos jurídicos nacionais, ressalte-se que tais dinâmicas jurisdicionais são desprovidas tanto de obrigatoriedade quanto de efeito jurídico vinculativo. O artigo 11.º do Regulamento do Protocolo de Olivos (Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/03, de 15 de dezembro de 2003) dispõe expressamente que as opiniões consultivas não são vinculativas nem obrigatórias. A maioria da regulamentação dos tribunais de última instância dos Estados-Partes sublinha igualmente esta carência de eficácia vinculativa e obrigatória das opiniões consultivas[1318].

Verifica-se que, em virtude de as opiniões consultivas não serem vinculativas tampouco obrigatórias, sua utilidade acaba por ser desvirtuada, pois às vezes o espírito de cooperação sucumbe-se no campo das boas intenções. Não de outro modo que, segundo Alejandro Perotti, as opiniões

[1317] KLUMPP Marianne, La efectividad del sistema jurídico del Mercosul, in BASSO Maristela (org.), *MERCOSUL-MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 82-83.

[1318] Neste sentido, veja-se o artigo 354-M da Emenda Regimental n.º 48/2012 do Supremo Tribunal Federal do Brasil; o artigo 1.º do Acórdão n.º 13/08 da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina; o artigo 7.º do Acórdão n.º 549 da *Corte Suprema de Justicia* do Paraguai.

consultivas deveriam de ser obrigatórias a) quando não coubesse mais recurso contra a decisão do juiz nacional que aplica a norma mercosulina; e b) quando o juiz nacional estivesse tendente a declarar a invalidade de determinada norma do MERCOSUL[1319]. Deste modo poder-se-ia assegurar de forma mais eficiente a interpretação correta e homogénea das normas mercosulinas, em atenção ao disposto no Preâmbulo do Protocolo de Olivos, na Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 20/2005 e no Preâmbulo da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 02/2007[1320].

Ainda segundo Alejandro Perotti, a ausência de vinculatividade das opiniões consultivas estaria em desconformidade com o artigo 38 do POP[1321], que estabelece o princípio da cooperação leal. De fato, considerando que em virtude do princípio da cooperação leal decorre a necessidade de assegurar a efetividade do direito mercosulino, parece necessário conferir vinculatividade às opiniões consultivas emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão. Ademais, considerando que as opiniões consultivas têm como finalidade contribuir para a interpretação e aplicação correta e homogénea das normas mercosulinas[1322], o disposto no artigo 11.º da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 37/03 contrapõe-se à consecução desse escopo. Assim sendo, por uma questão de coerência e funcionalidade do sistema mercosulino acredita-se seja necessário dotar as opiniões consultivas de efeito jurídico vinculativo[1323].

Espera-se que, num futuro próximo, as opiniões consultivas sejam dotadas tanto de obrigatoriedade relativa quanto de efeito jurídico vinculativo. Atualmente, está em fase de aprovação por parte do Plenário do Parlamento do MERCOSUL um projeto de norma, proposto em 16 de março de 2009, pelos parlamentares Adolfo Rodriguez Saá (Argentina) e Alfonso González Núñez (Paraguai), que visa regulamentar a obrigatoriedade das opiniões consultivas. A ideia tem por base um processo que corrija os problemas que hoje inviabilizam a interpretação correta e homogénea das normas

---

[1319] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 76.

[1320] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 76.

[1321] Cfr. PEROTTI Alejandro Daniel, La obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, in COTTER Juan Patricio (coord.), *Estudios de Derecho aduanero – Homenaje a los treinta años del Código Aduanero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, p. 453-484.

[1322] Neste sentido, veja-se o considerando único do PO: "Considerando a necessidade de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática; bem como também o considerando único da Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 2/07: "Considerando a necessidade de regulamentar a tramitação das opiniões consultivas solicitadas ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados-Partes, com a finalidade de contribuir para a interpretação e aplicação correta e uniforme das normas do MERCOSUL".

[1323] Neste mesmo sentido, veja-se: CIENFUEGOS MATEO Manuel, Opiniones Consultivas..., cit., p. 462-463; PUCEIRO RIPOLL Roberto, Guía Opiniones consultivas en el régimen del Protocolo de Olivos, *Análisis del CURI*, n.º 4, 2009, p. 8-9; LABRANO Roberto Ruiz Díaz, Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión a través de los tribunales superiores de los Estados partes, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 636.

mercosulinas em todos os Estados-Partes do MERCOSUL. Pretende-se, deste modo, poder garantir aos particulares uma maior segurança jurídica no espaço de integração mercosulino[1324].

Este projeto de norma que visa regulamentar a obrigatoriedade das opiniões consultivas pode vir a ganhar força em virtude de um outro protejo de norma, proposto pelos parlamentares Rodriguez Sáa (Argentina) e Salum Pires (Paraguai), que tem por objetivo a criação do Tribunal de Justiça do MERCOSUL e suprir as deficiências que decorrem das opiniões consultivas. Tal projeto foi aprovado pelo PARLASUL em 13 de dezembro de 2010, tendo sido encaminhado à apreciação do Conselho do Mercado Comum[1325]. De entre as alterações propostas, menciona-se a extinção do procedimento arbitral originalmente previsto no Protocolo de Brasília e reproduzido no Protocolo de Olivos; a substituição do Tribunal Permanente de Revisão pelo Tribunal de Justiça do MERCOSUL, o qual haveria de ser um órgão de carácter eminentemente jurisdicional, permanente, independente e competente para garantir a interpretação e a aplicação correta e homogénea do direito mercosulino[1326]; as opiniões consultivas passariam a ser denominadas de questões prejudiciais; ampliar-se-ia a legitimação ativa a qualquer órgão jurisdicional nacional, fazendo distinção entre aqueles que decidem em última instância e aqueles cujas decisões são recorríveis; o objeto das questões prejudiciais compreenderia tanto a interpretação quanto a validade das normas de direito do MERCOSUL; e, finalmente, as decisões prejudiciais passariam a ter efeito jurídico vinculativo. Caso esse projeto venha a ser aprovado, acredita-se que o respeito ao *rule of law*, a interpretação e a aplicação correta e homogénea das normas mercosulinas possam vir a ter condições de melhorar sensivelmente, pois o Tribunal de Justiça do MERCOSUL seria competente para conhecer e julgar não só questões prejudiciais, mas também ações de nulidade, ações por incumprimento e recursos por omissão, cuja previsão é inexistente no atual ordenamento jurídico mercosulino.

[1324] A íntegra do supramencionado projeto de norma sobre a regulamentação do procedimento para a solicitação de opiniões consultivas pode ser consultada em «https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/15512/1/mep-108-2015.pdf», última visualização em 03-06-2019.

[1325] Neste sentido, veja-se o Anexo IV da Ata n.º 2/10 do Conselho do Mercado Comum, XL Reunión, Foz de Iguaçu, de 16 de dezembro de 2010.

[1326] Convém observar que, não obstante o Tribunal Permanente de Revisão seja responsável, especialmente, por controlar a interpretação, aplicação e cumprimento do direito do MERCOSUL pelos Estados-Partes, seu funcionamento não é continuado, pois atua somente quando solicitado. Cfr. MARQUES Claudia Lima, O "direito do Mercosul": direito oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração, Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, año 7, n.º 1, 2003, p. 75. Além do mais, em virtude de as opiniões consultivas não possuírem efeito jurídico vinculativo, o Tribunal Permanente de Revisão acaba por não ser o intérprete máximo do direito do MERCOSUL. A instituição do Tribunal de Justiça do MERCOSUL evitaria a transformação dos nacionais em jurisdições de última instância não suscetíveis de recurso para a interpretação e aplicação do direito mercosulino. Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – Desafios para...*, cit., p. 215. De qualquer modo, não se pode deixar de destacar que, a despeito da falta de obrigatoriedade, uma opinião consultiva pode ter o mérito de conseguir convencer o juiz nacional através de uma interpretação persuasiva. Cfr. SAMTLEBEN Jürgen, *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika: beiträge aus internationaler und regionaler perspective*, Aachen, Shaker Verlag, 2010, p. 278-293.

Os problemas enfrentados pelo MERCOSUL no que se refere ao seu processo de harmonização jurídica – o que abrange tanto o procedimento de incorporação das normas mercosulinas quanto a aplicação do direito do MERCOSUL nos ordenamentos jurídicos nacionais – sugerem que a implementação de medidas contenciosas como as ações de nulidade, as ações por incumprimento e os recursos por omissão poderia dar suporte às opiniões consultivas na sua tarefa de promover a aplicação correta e homogénea do direito mercosulino. No entanto, o avanço do MERCOSUL, no sentido da criação de um Tribunal de Justiça e da implementação de dinâmicas jurisdicionais e medidas contenciosas, deve ainda superar a resistência das soberanias estaduais. Até o presente momento os Estados-Partes não abriram mão dos procedimentos diplomáticos – oriundos da negociação direta – combinados com a arbitragem para resolver eventuais conflitos que dizem respeito ao contexto da integração regional do MERCOSUL. Acontece que este modelo de solução de controvérsias tem provocado a estagnação do MERCOSUL, pois já não atende às demandas de uma integração que se pretende de direito. A título ilustrativo, será adiante mencionada a saga dos pneus recauchutados, que bem demonstra a necessidade de introduzir-se dinâmicas jurisdicionais mais eficazes no combate ao desrespeito das normas e das decisões dos tribunais mercosulinos.

Em síntese, o caso dos pneus recauchutados teve início em 26 de julho de 2005, quando o Uruguai solicitou a instalação de um Tribunal arbitral *ad hoc* do MERCOSUL para tratar das práticas comerciais realizadas pela Argentina que supostamente teriam afetado o comércio uruguaio de pneus recauchutados. De acordo com o Uruguai, a lei argentina n.º 25.626, de 8 de agosto de 2002, proibia a importação de pneus recauchutados, pelo que haveria de ser considerada como um entrave à livre circulação de mercadorias. Em razão disso, o Uruguai requereu que o Tribunal arbitral *ad hoc* declarasse a inaplicabilidade da referida norma argentina face às disposições mercosulinas e aos princípios do direito internacional, bem como declarasse a nulidade de todas as medidas de efeito equivalentes às restrições do comércio de pneus recauchutados[1327]. Enquanto o Uruguai baseou o seu pedido no princípio da liberdade de circulação de mercadorias, assegurado pelo direito mercosulino, a Argentina, em sua defesa, apresentou argumentos que se fundamentavam na proteção da saúde, da vida das pessoas e dos animais e a preservação do meio ambiente[1328]. Em sentença, proferida em 25 de outubro de 2005, os árbitros do Tribunal *ad hoc* entenderam que a interdição da importação de pneus recauchutados pela lei argentina n.º 25.626 justificava-se em razão do seu objetivo de proteger

[1327] *Controvérsia entre o Uruguai e a Argentina – Proibição de importação de pneus remodelados*, Laudo arbitral do TAHM, de 25 de outubro de 2005, ponto C, n.º 1.

[1328] *Controvérsia entre o Uruguai e a Argentina – Proibição de importação de pneus remodelados*, Laudo arbitral do TAHM, de 25 de outubro de 2005, ponto C, n.º 2.

o meio ambiente – o qual é salvaguardado pelas normas de direito primário do MERCOSUL. De acordo com os árbitros, o livre comércio não seria um princípio absoluto, pelo que a lei argentina em causa não se afigurava contrária ao direito mercosulino nem às normas de direito internacional aplicáveis ao caso[1329].

Inconformado, o Uruguai interpôs recurso ao Tribunal Permanente de Revisão, requerendo a anulação da decisão do Tribunal arbitral *ad hoc* proferida em 25 de outubro de 2005. Os árbitros mercosulinos foram então convocados para rever a questão de saber se as normas do ordenamento jurídico da Argentina constituiam um entrave à livre circulação de mercadorias no MERCOSUL, ou se eram compatíveis com as exceções ao livre comércio permitidas pelo artigo 2.º, "b" do Anexo I do Tratado de Assunção. Na opinião dos árbitros do Tribunal Permanente de Revisão, a livre circulação de mercadorias constitui-se num dos princípios fundamentais do MERCOSUL, que pode, no entanto, sofrer algumas limitações em função de outros princípios salvaguardados igualmente pelo direito mercosulino, nomeadamente no que se refere à proteção do ambiente. Contudo, tais limitações devem ser submetidas a um controlo rigoroso – o que o Tribunal arbitral *ad hoc* não teria feito de maneira adequada[1330].

Tendo em vista que os árbitros do Tribunal Permanente de Revisão se pronunciaram no sentido da incompatibilidade das normas argentinas com o direito do MERCOSUL, foi estabelecido um prazo de 120 dias para que a Argentina pudesse adequadar as normas de seu ordenamento jurídico às exigências previstas no direito de integração regional[1331]. Após o decurso do prazo, verificou-se que a Argentina não cumpriu com as determinações impostas pelo laudo do Tribunal Permanente de Revisão[1332]. Isto autorizou o Uruguai a adotar as medidas compensatórias contra a Argentina, a fim de corrigir os efeitos do descumprimento e obter a execução do referido laudo. Para tanto, o Uruguai impôs, por decreto, uma taxa de 16% sobre certos tipos de pneus argentinos[1333].

Considerando serem tais medidas compensatórias excessivas e não proporcionadas aos objetivos almejados, a Argentina acionou o Tribunal Permanente de Revisão requerendo a declaração da sua incompatibilidade. Em sentença de 8 de junho de 2007, o Tribunal Permanente de Revisão avaliou os danos económicos sofridos pela Argentina e concluiu que, tendo em vista as consequências do descumprimento das suas obrigações decorrentes do laudo anteriormente proferido em 20 de

[1329] *Controvérsia entre o Uruguai e a Argentina – Proibição de importação de pneus remodelados*, Laudo arbitral do TAHM, de 25 de otubro de 2005, ponto E, n.º 111.

[1330] Laudo arbitral do TPR n.º 01/05, de 20 de dezembro de 2005.

[1331] Cfr. Laudo arbitral do TPR n.º 01/08, de 25 de abril de 2008, ponto II, n.º 4.

[1332] Cfr. Laudo arbitral do TPR n.º 01/08, de 25 de abril de 2008, ponto II, n.º 4.

[1333] Decreto 142/07, publicado no Diário Oficial em 26 de abril de 2007.

dezembro de 2005, as medidas do Uruguai não eram execessivas. Ademais, os árbritos do Tribunal Permanente de Revisão consideraram que o descumprimento das obrigações em virtude do direito do MERCOSUL não afeta apenas o Estado beneficiado pela decisão arbitral, mas também põe em perigo a estabilidade e efetividade das instituições mercosulinas[1334].

Para escapar ao pagamento das medidas compensatórias consideradas legítimas pelo Tribunal Permanente de Revisão, a Argentina procedeu algumas reformas em seu ordenamento jurídico, adotando a lei n.º 26.329, de 20 de dezembro de 2007, que alterou a lei n.º 25.626 anteriormente contestada[1335]. Contudo, o Uruguai considerou que as normas adotadas pela Argentina com vista a atender às determinações do laudo arbitral continuavam a estabelecer discriminações em relação à importação de pneus recauchutados, pelo que recorreu novamente ao Tribunal Permanente de Revisão[1336]. Em sua decisão arbitral, proferida em 25 de abril de 2008, o Tribunal Permanente de Revisão concluiu que as novas normas implementadas pela Argentina estabeleciam novas restrições ao comércio, na medida em que condicionavam a importação de pneus recauchutados à exportação de pneus usados argentinos[1337]. Em razão disso, o Tribunal Permanente de Revisão entendeu que a Argentina deveria de fazer novas adaptações em seu ordenamento jurídico para não ter de submeter-se eventualmente a novas medidas compensatórias impostas pelo Uruguai[1338].

Como se pode perceber a partir da descrição da saga dos pneus recauchutados, o sistema de solução de controvérsias atualmente em vigor não satisfaz os objetivos do MERCOSUL, nomeadamente no que se refere ao estabelecimento de um mercado comum. Se nem mesmo os laudos dos tribunais mercosulinos, tampouco as medidas compensatórias, têm o condão de inibir a adoção de medidas unilaterais que comprometem a coerência e a eficácia do sistema, disso decorre que a fragilidade jurídico-institucional mercosulina só pode conduzir a integração regional a uma única estrada, qual seja, a do seu falhanço. Considerando a inevitabilidade dos "fenómenos-inter" que decorrem do processo de "turbo-globalização", a alternativa viável apresentada ao MERCOSUL prende-se com a sua adequação ao molde dos sistemas internormativos. Acredita-se, portanto, que o MERCOSUL deva romper com a lógica abritral e os seus Estados-Partes devam assumir novos compromissos no sentido da criação de um Tribunal de Justiça, bem como de outras dinâmicas jurisdicionais, nomeadamente as questões prejudiciais, e de medidas contenciosas tais como a ação de nulidade, a ação por

[1334] Laudo arbitral do TPR n.º 01/07, de 08 de junho de 2007, ponto 8, n.º 3.

[1335] Cfr. Laudo arbitral do TPR n.º 01/08, de 25 de abril de 2008, ponto II, n.º 5.

[1336] Cfr. Laudo arbitral do TPR n.º 01/08, de 25 de abril de 2008, ponto II, "demanda do Uruguai".

[1337] Laudo arbitral do TPR n.º 01/08, de 25 de abril de 2008, ponto III, letra "C".

[1338] Laudo arbitral do TPR n.º 01/08, de 25 de abril de 2008, ponto V, n.º 1.

incumprimento e o recurso por omissão – tudo isso daria condições para que a integração regional mercosulina pudesse aliceçar-se no *rule of law*.

Todavia, as modificações aventadas e aqui defendidas em termos institucionais e procedimentais não bastam, pois demandam uma sensibilização por parte dos juízes dos tribunais nacionais e dos juízes que vierem a integrar o Tribunal de Justiça do MERCOSUL quanto à teleologia dos sistemas internormativos. A tomar-se a União Europeia como exemplo, lembre-se que ali foi instituído um sistema jurídico descentralizado, o que significa dizer que embora o TJUE seja considerado o intérprete máximo do direito da UE, cabe sempre aos juízes dos tribunais dos Estados-Membros a tarefa de aplicar as normas europeias nos seus respetivos ordenamentos jurídicos. No âmbito dessa repartição de tarefas, o reenvio prejudicial permitiu que os juízes dos tribunais nacionais adquirissem poder de controlo sobre atos estaduais que anteriormente estavam fora do seu alcance, ao mesmo tempo que ofereceu aos juízes do TJUE a oportunidade de manifestarem-se sobre a interpretação do direito da UE. Além do mais, esta colaboração estabelecida entre os juízes dos tribunais nacionais e os juízes do TJUE viabilizada através do reenvio prejudicial possibilitou que ambos construíssem uma base sólida contra irrupções políticas estaduais[1339].

Acresce que o sistema internormativo europeu está ancorado num conjunto de princípios gerais do direito da UE que deram sustentabilidade à cooperação juridicional estabelecida entre os juízes dos tribunais nacionais e os juízes do TJUE. Note-se, por exemplo, que o princípio do efeito direto deu condições para que a UE melhorasse exponencialmente a eficácia de suas normas nos ordenamentos jurídicos nacionais, uma vez que tal princípio possibilitou a abertura do sistema internormativo europeu aos particulares[1340]. Os litigantes privados, motivados pelos seus próprios interesses, provocaram a formulação de questões prejudiciais[1341] – que, por sua vez, promoveram o empoderamento dos juízes dos tribunais nacionais e os do TJUE. E, à medida que os domínios de direito da União Europeia se foram expandindo, novos diálogos passaram a ser ensejados entre os juízes nacionais e os do TJUE, possibilitando desse modo o desenvolvimento de uma internormatividade cada vez mais crescente no espaço europeu[1342].

[1339] Cfr. SWEET Stone Alec, *Governing with*..., cit., p. 164-165.

[1340] Alejandro Perotti destaca que uma das consequências mais importantes do efeito direito é facultar às pessoas físicas e jurídicas a invocação das normas de integração regional perante os tribunais nacionais, os quais têm a obrigação de tê-las em consideração e proteger os direitos que delas decorrem para os particulares. Neste sentido, veja-se: PEROTTI Alejandro Daniel, Estructura institucional y derecho..., cit., p. 41.

[1341] Lembre-se que "*[e]l régimen de las OC tiene, entre otras prestaciones, la de permitir el acceso indirecto de los particulares al TPR, a través de los tribunales nacionales...*" PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión*..., cit., p. 70.

[1342] Neste sentido, as palavras de Adroaldo Furtado Fabrício merecem destaque: "O que melhor explica a força extraordinária e a expansão imprevista desse instituto [reenvio prejudicial] é provavelmente o fato de sua absoluta afinação com o espírito do Direito Comunitário e adequação perfeita à própria idéia básica de integração. Nada pode ser mais 'integrativo' – no sentido de favorecedor da interpenetração de diferentes culturas, tradições, costumes e

Diante do exposto, foi possível constatar que as opiniões consultivas não lograram o seu objetivo consistente em promover a interpretação correta e homogénea das normas mercosulinas; tampouco foram capazes de configurar-se como uma dinâmica jurisdicional tendente a obter a adesão dos juízes dos tribunais nacionais na construção do direito mercosulino; também não viabilizaram de forma satisfatória um acesso, ainda que indireto, dos particulares ao Tribunal Permanente de Revisão. Em virtude de as opiniões consultivas não atenderem ao que propõem – e considerando ainda a estagnação da integração mercosulina pelas vias do direito –, algumas reformas fazem-se necessárias, nomeadamente no que se refere à implementação do Tribunal de Justiça do MERCOSUL, das questões prejudiciais e de medidas contenciosas tais como a ação por incumprimento, a ação de nulidade e o recurso por omissão. Estas medidas devem vir acompanhadas entretanto por um conjunto de princípios gerais que fundamentam os sistemas internormativos, designadamente a cooperação leal e os seus corolários (primado, aplicabilidade imediata, efeito direto, interpretação conforme, responsabilidade do Estado, de entre outros). Ademais, os juízes dos tribunais nacionais devem conscientizar-se do papel que exercem enquanto aplicadores não só do direito nacional, mas também do direito mercosulino.

---

atividades econômicas, com aplainamento das correspondentes diferenças sem jamais perdê-las de vista – do que um instrumento cuja característica básica é a cooperação entre um ente comunitário e instituições governamentais dos diferentes países membros. Não se trata apenas de assegurar a aplicação uniforme do Direito Comum, nem só de revelar-lhe o conteúdo normativo nem sempre explícito e claro – trata-se, sobretudo, de realizar-se essa tarefa mediante a constante, interativa e amigável troca de contribuições entre a jurisdição comunitária e cada uma das jurisdições nacionais, por meio do jogo de perguntas e respostas". FABRÍCIO Adroaldo Furtado, A prejudicialidade de direito comunitário nos Tribunais Supranacionais, *Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 24, n.º 69, 1997, p. 73.

CONCLUSÕES

Ao longo deste trabalho foi realizada uma investigação sobre a harmonização jurídica, com o intuito de saber como o ordenamento jurídico de uma integração regional se inter-relaciona com os ordenamentos jurídicos de seus Estados-Membros de modo coerente e sistemático, especialmente quando enfrentam eventuais conflitos normativos. Com base na experiência da União Europeia, buscou-se através da doutrina e da jurisprudência entender e encontrar respostas aos problemas que impedem ou dificultam a harmonização jurídica, bem como as consequências que decorrem da sua ausência em uma integração regional. Além da União Europeia, essas questões foram também abordadas e discutidas no âmbito das integrações regionais da Comunidade Andina de Nações e do Mercado Comum do Sul.

A harmonização jurídica afigura-se como um dos mecanismos de maior relevo para a sustentação e o desenvolvimento de uma integração regional, pois através dela são minimizados eventuais conflitos normativos, constituindo-se esta a condição para a realização de objetivos mantidos em comum, além de ser indispensável à garantia da tendencial equiparação das posições jurídicas fundamentais – o que, de resto, é essencial à sobrevivência de uma integração regional que se pretende de direito. Em todas as integrações regionais analisadas nesta tese, os objetivos estabelecidos em seus respetivos tratados constitutivos não se referem apenas a aspectos relacionados ao estabelecimento e ao funcionamento de um mercado comum, mas também possuem uma vertente de natureza jurídico-constitucional.

A harmonização jurídica pode ser compreendida como a modalidade mais ampla do conceito de aproximação de legislações, tendo por finalidade erradicar as disparidades existentes entre as legislações dos Estados-Membros. Nas integrações regionais objeto de estudo neste trabalho, a aproximação de legislações realiza-se através de um procedimento pré-estabelecido de tomada de decisões, por isso a sua consecução depende do modo como as instituições ou órgãos de uma integração regional se envolvem com os seus Estados-Membros, principalmente à luz da cooperação leal, dos valores democráticos, dos direitos fundamentais e dos princípios que estruturam a divisão de competências. Desse procedimento de tomada de decisões resultam normas de integração regional de direito secundário, as quais devem ser implementadas e aplicadas pelos Estados-Membros em seus respetivos ordenamentos jurídicos. Os critérios de implementação das normas de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais estão sujeitos à natureza do ato jurídico em causa: a) se goza de

aplicabilidade imediata ou se depende de medidas nacionais de transposição/incorporação; b) se goza de efeito direto; e c) se goza de preferência aplicativa em relação às normas nacionais.

O procedimento de aproximação de legislações corresponde apenas a uma parte do processo de harmonização jurídica, visto que o alcance do seu escopo condiciona-se a uma adequada aplicação das normas de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais. Na ausência de um aparelho administrativo e judicial difuso nos Estados-Membros, são os órgãos administrativos e jurisdicionais que se encarregam da aplicação do direito de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais. Contudo, os juízes dos tribunais nacionais são auxiliados pelo tribunal de uma integração regional, através do mecanismo de reenvio prejudicial (ou das opiniões consultivas, no caso do MERCOSUL). Verificou-se então como os tribunais nacionais têm aplicado o direito de integração regional em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais.

A análise em relação à harmonização jurídica teve por referência o seu *modus operandi* em um sistema internormativo. Ao verificar que os "fenómenos-inter" promovem a proliferação de integrações regionais, estas, influenciadas por aqueles, também tendem a propulsionar sistemas internormativos. Com o surgimento da União Europeia na "constelação pós-nacional", sua estrutura jurídico-institucional foi identificada como um projeto *sui generis*, pois não podia ser explicada em base a um Estado federal (em termos convencionais), tampouco a uma organização internacional. Com efeito, a União Europeia inaugurou uma nova forma de organização do poder político, apresentando-se como uma tentativa – a mais bem sucedida – de regular os fluxos "(turbo)globalitários" e antenuar os seus efeitos. Este mérito deveu-se sobretudo à sua capacidade (e também de seus Estados-Membros) de adaptar-se a um novo paradigma constitucional, que já não depende das fronteiras territoriais do Estado-nação.

A desterritorialização do poder obriga a repensar a compreensão da Constituição. A partir do momento em que as Constituições nacionais oferecem apenas uma regulamentação parcial da realidade, estabelecem-se em rede, ou seja, em uma relação de interdependência e complementaridade umas com as outras. Neste sentido, o conceito de Constituição como fonte máxima deve ser substituído no processo de uma integração regional por uma relação de interdependência, complementaridade e horizontalidade entre ordenamentos jurídicos, dando lugar a um plano normativo aberto ao pluralismo.

Isto coaduna-se com os progressivos compromissos assumidos pelos Estados no âmbito de uma integração regional, o que acarreta uma situação de dependência política e jurídico-constitucional cada vez maior entre eles e as instituições ou órgãos de uma integração regional. Em razão disso, o direito (constitucional) de uma integração regional e consequentemente o seu processo de

harmonização jurídica – que envolve uma série de práticas jurídicas que vão desde o procedimento de elaboração de uma norma de integração regional até a sua aplicação nos ordenamentos jurídicos nacionais –, deve ser perspetivada sob à teleologia de um sistema internormativo, pois trata-se da via mais adequada e indicada para o desenvolvimento bem sucedido de uma integração regional.

Com base em algumas propostas, sobretudo nas do "direito em rede" e "da internormatividade/interconstitucionalidade", as teorias do direito e da constituição são concebidas em um espaço político onde o Estado deixou de ser o seu referencial exclusivo. Daí que o direito e as constituições nacionais assentem na complementaridade e na interação reflexiva, estando mais propensos a uma perspetiva inclusiva e dialética. No rastro dessas propostas, os sistemas internormativos são compreendidos como integrando, simultaneamente, as pretensões de validade dos ordenamentos jurídicos nacionais e da integração regional. Assim sendo, a acomodação da pluralidade de ordenamentos jurídicos deve ter em conta a autonomia de cada um deles a partir de mecanismos de harmonização jurídica que prescindem de imposição hierárquica.

Na medida em que os modelos de autoridade hierárquica e de normação piramidal cedem lugar a processos de cooperação em um sistema internormativo, uma das formas mais paupáveis de perceber a acomodação entre ordenamentos jurídicos distintos é através das dinâmicas jurisdicionais realizadas entre os tribunais nacionais e o tribunal de uma integração regional. Tais dinâmicas jurisdicionais pautam-se por um processo discursivo tendente à construção intersubjetiva de um entendimento que visa conciliar os conflitos/disputas pela última autoridade decisória. O processo discursivo afigura-se como a melhor estratégia para conciliar as pretensões de diferentes polos de poder que convivem em um mesmo espaço político, razão pela qual as dinâmicas jurisdicionais constituem a chave mestra para o sucesso de uma integração regional. Contudo, a participação no processo discursivo requer a adoção do enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa. Isto porque, quando em um contexto de pluralidade de ordenamentos jurídicos estes são confrontados com problemas comuns, a alteridade tem que ser levada em consideração sob pena de tornar-se reciprocamente bloqueada.

As referidas dinâmicas jurisdicionais são viabilizadas pelo reenvio prejudicial (ou pelas opiniões consultivas) que é um mecanismo que visa garantir a aplicação correta e homogénea do direito de integração nos ordenamentos jurídicos nacionais. O mecanismo de reenvio prejudicial fundamenta-se na cooperação leal e têm por objetivo dosar as tensões centrífugas e assegurar simultaneamente o respeito pelas identidades e autonomias locais. O resultado satisfatório das dinâmicas jurisdicionais depende da forma como os reenvios prejudiciais (ou as opiniões consultivas) têm sido utilizados em

cada integração regional em apreço neste estudo. Por outras palavras, o êxito das dinâmicas jurisdicionais está relacionado com a capacidade de o reenvio prejudicial conseguir estabelecer um verdadeiro processo discursivo entre os tribunais nacionais e o tribunal de uma integração regional.

Ao analisar as integrações regionais em estudo neste trabalho, foi possível perceber que a predominância da supranacionalidade institucional e normativa potencializa o bom resultado de uma harmonização jurídica. Além do mais, a presença no direito de uma integração regional dos princípios da autonomia, da cooperação leal, da aplicabilidade imediata, do efeito direto, do primado, da efetividade, da interpretação conforme, da *rule of law*, do equilíbrio institucional, da atribuição, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da tutela jurisdicional efetiva, da responsabilidade do Estado, do respeito aos direitos fundamentais e à democracia, são essenciais à promoção da harmonização jurídica em um sistema internormativo.

A UE é o exemplo mais desenvolvido de um sistema internormativo, por isso o estudo das demais integrações regionais, nomeadamente da CAN e do MERCOSUL, teve por referência a experiência europeia. A UE estabeleceu-se através de instituições às quais os Estados-Membros delegaram algumas competências. As instituições europeias foram dotadas de supranacionalidade, o que significa dizer que podem atuar com autonomia em relação aos Estados-Membros. A supranacionalidade decisória na UE baseia-se no método comunitário de tomada de decisões, no âmbito do qual as instituições europeias atuam dentro dos limites das competências que lhes foram conferidas pelos Estados-Membros. Os Estados-Membros também participam dos processos de tomada de decisão (artigo 289.º do TFUE), porém as suas respetivas soberanias individuais diluem-se nas esferas decisórias coletivas, onde atuam as instituições europeias.

Não obstante a supranacionalidade tenha marcado o percurso da UE desde o seu nascimento, isso não significa que não tenha operado sob uma base intergovernamental em alguns domínios. É certo que ao longo das reformas operadas em seus tratados constitutivos a intergovernamentalidade foi-se limitando cada vez mais a aspectos estritamente relacionados ao núcleo duro da soberania dos Estados-Membros. O TUE, com a redação dada pelo Tratado de Lisboa, demonstra a evolução no sentido do alargamento da regra da maioria qualificada a um grande número de matérias, tornando a unanimidade uma exceção restrita a poucas questões relacionadas às decisões constituintes ou fundacionais da UE.

A supranacionalidade não diz respeito apenas ao quadro institucional e ao processo de tomada de decisões na UE, mas também concerne ao relacionamento entre as normas europeias e as normas nacionais. Ao exercer as competências atribuídas pelos Estados-Membros, a União Europeia teve

condições de constituir-se como uma ordem jurídica autónoma, passando a criar normas que vinculam não só os Estados-Membros, mas também os seus cidadãos. A autonomia da ordem jurídica europeia foi estabelecida pelo TJUE no acórdão *Costa c. ENEL*, sendo que tal declaração foi suficiente para desvanecer qualquer condição de reciprocidade na aplicação do direito da UE. Ao determinar que os Estados não se limitam a criar obrigações recíprocas, o TJUE ativou o dispositivo segundo o qual nenhum deles pode tomar unilateralmente medidas de defesa para prevenir-se contra um possível incumprimento das normas de direito da UE – de resto, isso coaduna-se com o princípio da cooperação leal, recortado pela jurisprudência do TJUE, mas atualmente previsto no artigo 4.º, n.º 2 do TUE. Da cooperação leal decorre um dever para Estados-Membros que consiste em dar efetividade ao direito da UE. A partir do princípio da cooperação leal foram deduzidos outros princípios que não só densificaram a supranacionalidade normativa da UE, mas também vieram assegurar a efetividade do direito da UE.

De entre os referidos princípios, destacam-se o efeito direto (acórdão *Van Gend & Loos*) e o primado (acórdão *Costa c. ENEL*). O efeito direto permitiu aos particulares invocarem diretamente as normas europeias perante uma jurisdição nacional. Considerando que os particulares não possuem uma via de acesso direto ao TJUE, por força do princípio da cooperação leal os tribunais nacionais devem assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da UE. Constatando-se uma violação do direito da UE por parte dos Estados-Membros, os particulares podem exigir uma indemnização pelos danos eventualmente sofridos.

O primado indica que, em caso de conflitos normativos, sendo identificado o âmbito de aplicação do direito da UE, suas normas gozam de preferência aplicativa em relação às normas nacionais. O primado não invalida a norma nacional, mas apenas afasta aquela que eventualmente lhe seja desconforme – trata-se de uma questão de coerência e funcionalidade sistémica. Na medida em que os Estados delegam competências às instituições europeias, eventuais conflitos normativos devem ser resolvidos consoante critérios funcionais, com base na cooperação leal e no respeito mútuo. Assim sendo, o primado não deve ser confundido como uma subordinação do direito nacional ao direito da UE. Sua leitura deve ser feita em conjunto com a obrigação da UE em respeitar as identidades nacionais e constitucionais dos Estados-Membros.

Para assegurar a coerência e funcionalidade sistémica, o TJUE também determinou através da sua jurisprudência que a) as autoridades nacionais competentes estão proibidas de aplicar uma disposição nacional incompatível com os Tratados, sendo obrigadas a tomar todas as medidas que facilitem a efetividade do direito da UE (acórdão *Comissão c. Itália*, de 1972); b) as normas de direito

da UE devem produzir a plenitude de seus efeitos e serem aplicadas de forma uniforme nas ordens jurídicas dos Estados-Membros (acórdão *Simmenthal*); c) as condições impostas pelo direito interno não podem dificultar ou tornar praticamente impossível o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da UE (acórdão *San Giorgio*); d) os juízes dos tribunais nacionais devem interpretar o direito nacional em conformidade com a letra e com os objetivos do direito da UE (acórdão *Pupino*).

A UE foi reconhecida pela jurisprudência do TJUE como uma União de direito (acórdãos *Os Verdes* e *Sepahan*), o que significa dizer que nem os seus Estados-Membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade de seus atos com os tratados constitutivos, considerados a carta constitucional de base do ordenamento jurídico europeu – a qual se estabelece em rede com as constituições nacionais. Não se trata evidentemente de uma constituição em sentido formal, porém há de considerar-se que a UE tem as suas próprias instituições que criam e vinculam-se às suas próprias normas que estabelecem, além de possuir mecanismos que permitem fiscalizar e impor sanções a eventual violação de suas normas.

Assim sendo, além dos tratados constitutivos, as instituições europeias em conjunto com os Estados-Membros e comités especializados formam uma comitologia, no âmbito da qual todos se envolvem em um processo de tomada de decisões, do qual resultam normas de direito secundário. Verifica-se igualmente a participação dos cidadãos europeus através das eleições diretas para o Parlamento Europeu. A implementação das normas que decorrem do ordenamento jurídico europeu pelos Estados-Membros em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais dá-se através de um conjunto de práticas jurídicas relacionadas aos mecanismos de harmonização jurídica.

Em um primeiro momento, a harmonização jurídica realiza-se através de uma aproximação de legislações nacionais, que se pode dar de forma indireta ou direta. A aproximação de legislações de forma indireta (ou harmonização negativa) exige um comportamento no sentido de os Estados não contrariarem as disposições da UE. Assim sendo, em virtude do princípio da cooperação leal, do primado, da interpretação conforme e da efetividade do direito da UE, os Estados-Membros apenas devem afastar a norma nacional que eventualmente seja incompatível com a norma europeia.

A aproximação de legislações de forma direta (ou a harmonização positiva) realiza-se por meio da adoção de normas de direito secundário, conforme o procedimento supramencionado. O impacto que as referidas normas provocam nos ordenamentos jurídicos nacionais depende da escolha do ato jurídico. Os regulamentos conduzem à harmonização máxima e as diretivas inserem-se no conceito de harmonização mínima, pois a sua transposição tende a conceder uma maior flexibilidade aos Estados-Membros na sua implementação. A escolha entre um regulamento ou uma diretiva pauta-se pela

necessidade de uma harmonização máxima ou mínima a depender dos objetivos a serem alcançados e das competências atribuídas à UE pelos Estados-Membros.

De entre os objetivos estabelecidos nos tratados constitutivos (artigos 2.º e 3.º do TUE) destacam-se a realização do mercado comum (artigo 26.º, n.º 2 do TFUE), o estabelecimento de uma moeda única e a construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça (artigo 3.º, n.º 2 do TUE). O mercado comum não possui um fim em si mesmo, devendo ser considerado no âmbito de uma economia social de mercado – ou seja, não está voltado somente à satisfação das liberdades económicas, mas também promove o engajamento dos particulares em um espaço de livre circulação onde podem estabelecer-se sob a proteção de valores e direitos fundamentais comuns.

Considerando que a UE prossegue os seus objetivos em função das competências que lhe são atribuídas (artigo 6.º, n.º 3 do TUE), a ação do legislador ou do intérprete das normas europeias deve ser orientada pelos referidos objetivos, porém, para justificar o seu poder de ação, deve pautar-se nas bases jurídicas dos tratados constitutivos. As competências da UE estão previstas atualmente no artigo 5.º do TUE, nos artigos 2.º. 3.º, 4.º, 5.º e 6.º do TFUE e no Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade.

Ao confrontar os objetivos e as competências estabelecidos nos Tratados, é possível perceber que alguns destes objetivos ultrapassam às competências atribuídas à UE. A ausência de poder de ação da UE nestes domínios não significa que os objetivos que deles decorrem não podem ser alcançados, simplesmente inviabiliza a realização da harmonização jurídica – que, de resto, constitui uma peça *sine qua non* para a realização de tais objetivos.

Nos casos em que os Estados-Membros assumem as competências remanescentes (não atribuídas à UE), para que os objetivos previstos nos Tratados possam ser realizados, há de recorrer-se a medidas alternativas à harmonização jurídica, como por exemplo o reconhecimento mútuo, que foi acolhido nos Tratados como um princípio geral de direito da UE (veja-se os artigos 53.º, 70.º, 81.º, 82.º e 87.º do TFUE).

Não só o princípio do reconhecimento mútuo, mas também os demais princípios gerais de direito da UE são instrumentos de auxílio à interpretação e à aplicação das disposições de direito da UE. Assim sendo, os princípios gerais de direito da UE têm a capacidade de assegurar uma certa coerência, na medida em que estabelecem um *standard* europeu até mesmo em domínios que não são da competência da UE. Isto acontece porque o âmbito de aplicação do direito da UE é mais amplo do que aquele resulta das suas competências. Todas as vezes que uma disposição nacional conflitua

ou obstaculiza os resultados do direito da UE, diz-se que entra no âmbito de aplicação do direito da UE, estendendo-se aí a aplicação do *standard* europeu.

O *standard* europeu não resulta de uma medida impositiva, mas antes decorre da internormatividade que fundamenta e legitima o sistema jurídico europeu. Os direitos fundamentais, por exemplo, foram estabelecidos na ordem jurídica europeia a partir dos valores e das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (n.º 3 do artigo 6.º do TFUE). Com base na conexão estabelecida pela jurisprudência do TJUE, no sentido de que os Tratados protegem os direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros enquanto princípios gerais de direito da UE, os direitos fundamentais tornaram-se potenciais catalisadores da harmonização jurídica.

À partida, é a competência que orienta a solução de eventuais conflitos entre normas de fontes e legitimidades diversas, pelo que não está aqui em causa uma disputa de poderes fundamentada na hierarquia. Contudo, considerando que o âmbito de aplicação do direito da UE é mais abrangente do que aquele que resulta das suas competências, a questão de saber qual o direito aplicável nem sempre é tão simples e inequívoca, principalmente tendo em conta os objetivos a serem alcançados. Há de considerar-se que existem algumas iniciativas legislativas, especialmente no âmbito do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno, que prevêem vários objetivos simultaneamente – alguns destes objetivos exigem apenas uma ação da UE, enquanto outros requerem uma ação comparticipada dos Estados-Membros. Encontrar aqui um equilíbrio entre esses objetivos e ao mesmo tempo identificar as bases jurídicas correspondentes, principalmente quando, por exemplo, um objetivo é suficientemente alcançado através da regulamentação a nível da UE, porém, em alguns outros aspectos, a sua implementação, controlo e aplicação são mais bem conseguidos a nível dos Estados-Membros, isto apresenta-se como uma questão politicamente relevante e, em última análise, uma tarefa desafiadora para o TJUE, que deve ser resolvida em colaboração com o tribunais nacionais.

O TJUE tem exercido uma tarefa que consiste em garantir o respeito na interpretação e aplicação correta e homogénea do direito da UE (artigo 19.º, n.º 3, alínea b do TUE). Embora os Tratados constitutivos da UE confiram ao TJUE uma espécie de monopólio interpretativo, o Tribunal de Luxemburgo nunca atuou sozinho, pelo que na ausência de um aparelho administrativo e judicial difuso nos distintos Estados-Membros, a aplicação do direito da UE sem a colaboração dos juízes nacionais ficaria inteiramente comprometida. Os Estados-Membros, ciosos da sua soberania ou simplesmente preocupados com a sua estrutura constitucional, sempre interferiram, através do reenvio prejudicial

(artigo 267.º do TFUE), na atividade interpretativa do TJUE a fim de preservar sua esfera de autonomia. A consolidação dos tribunais nacionais na estrutura judicial da UE desencadeou uma espécie de *empowering effect* em relação aos mesmos, levando-os a exercer poderes para além daqueles que conferem os respetivos ordenamentos nacionais.

Sob este prisma, o TJUE não é o único responsável pelo desempenho dos contornos do "mandato europeu" dos juízes nacionais. A jurisprudência que lhe subjaz, ainda que formalmente da autoria do TJUE, é materialmente uma obra em co-autoria com os tribunais nacionais no seu conjunto. Por outras palavras, a jurisprudência do TJUE é resultado de um entendimento mútuo, que decorre de um processo discursivo entabulado entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Luxemburgo, viabilizado pelo mecanismo de reenvio prejudicial. Aliás, tendo em vista que o reenvio prejudicial só pode ser solicitado no âmbito de um processo em curso, são os juízes dos tribunais nacionais que dão início a esse processo discursivo.

Devido ao fato de o reenvio prejudicial inserir-se no âmbito de um processo discursivo, promove a manifestação de argumentos que expressam a pluralidade e a diversidade dos ordenamentos jurídicos nacionais e europeu. Além dos juízes do TJUE (que ainda contam os pareceres dos advogados-gerais), também os tribunais nacionais, as partes no processo principal, os Estados-Membros e as instituições europeias podem apresentar os seus respetivos pontos de vista em relação à pergunta prejudicial endereçada ao TJUE.

O processo discursivo estabelecido pelo reenvio prejudicial garante igualmente uma certa "simetria de posições", na medida em que o TJUE não funciona como um tribunal de recurso com poderes para anular ou modificar as decisões judiciais nacionais. O artigo 267.º do TFUE não autoriza o TJUE a decidir sobre a conformidade de uma determinada norma nacional face aos Tratados, no entanto nada impede que forneça ao tribunal nacional todos os elementos de interpretação baseados no direito da UE que lhe permita apreciar esta compatibilidade para o julgamento da causa *sub judice*.

Sendo o reenvio prejudicial uma competência exclusiva do juiz nacional, os particulares não podem, eles próprios, suscitar a apreciação de uma questão prejudicial ao TJUE. Não sendo as partes competentes para decidir sobre a necessidade ou não do reenvio prejudicial, a omissão do juiz nacional nos casos em que o reenvio prejudicial é obrigatório constitui a base da responsabilização do Estado-juiz por violação do direito da UE. Isto porque quando o juiz nacional tem a obrigação de reenviar prejudicialmente e não o faz, rompe não só o vínculo de cooperação leal a partir do qual decorre a obrigação de aplicação correta e homogénea do direito da UE, mas também viola o direito dos particulares a uma tutela jurisdicional efetiva.

De um modo em geral, o reenvio prejudicial é uma mera faculdade ao dispor dos tribunais nacionais, que são sempre soberanos na consideração da sua pertinência e oportunidade. Há, todavia, algumas exceções à faculdade do reenvio prejudicial. Uma delas decorre da jurisprudência do TJUE (acórdãos *Foto-Frost e IATA*), da qual resulta que, independentemente de um órgão jurisdicional ser a última instância de recurso, está obrigado a reenviar sempre que é defrontado com uma questão de validade de um ato jurídico da UE. Daí também decorre a competência exclusiva do TJUE para declarar a invalidade dos atos das instituições da UE.

Outra exceção decorre do §3.º do artigo 267.º do TFUE, que impõe a obrigatoriedade do reenvio sempre que um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno tenha dúvidas a respeito da interpretação ou validade do direito da UE. O objetivo principal do §3.º do artigo 267.º do TFUE é impedir que as decisões judiciais nacionais que tenham força de caso julgado possam conduzir a divergências na aplicação do direito da UE e prejudicar o gozo do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 19.º, n.º 1 do TUE e artigo 47.º da CDFUE), pois é ali que os particulares têm a derradeira oportunidade de fazer valer os seus direitos que derivam do ordenamento jurídico europeu.

O §3.º do artigo 267.º do TFUE não faz referência a tribunais de última instância, mas subentende-se que os órgãos jurisdicionais que ocupam o topo da hierarquia da organização judiciária de um Estado-Membro estão obrigados a reenviar ao TJUE sempre que necessário (acórdãos *Lyckeskog*, *Cartésio*, *Kriskan*, *Melki*). No caso em que dois ou mais tribunais são considerados de última instância, a questão de saber qual deles está obrigado a submeter um reenvio prejudicial ao TJUE deve ser analisada individualmente. Contudo, à partida, é possível concluir o seguinte: havendo mais de um tribunal de última instância envolvidos em um mesmo caso em concreto, um pode isentar o outro da obrigação de reenviar, quando um deles apresenta uma questão prejudicial ao TJUE para sanar eventual dúvida sobre a aplicação do direito da UE (acórdão *Parfums Christian Dior*).

Os tribunais nacionais cujas decisões são irrecorríveis estão dispensados da obrigatoriedade de reenviar nos casos previstos no acórdão *CILFIT*: a) quando a questão não for necessária nem pertinente para a resolução do conflito em concreto; b) quando o TJUE já tiver se pronunciado sobre a questão em caso análogo, em sede de reenvio ou outro meio processual (teoria do ato aclarado); c) quando o juiz nacional considere que as normas de direito da UE não suscitam dúvidas razoáveis quanto à solução a dar ao caso em concreto, tendo em conta que o sentido da norma em questão afigura-se claro e evidente (teoria do ato claro).

Tendo em conta as circunstâncias que determinam a faculdade ou a obrigação do reenvio prejudicial, foi verificado neste trabalho como os tribunais dos Estados-Membros têm cooperado com o TJUE no sentido de aplicar de forma correta e homogénea o direito da UE nos ordenamentos jurídicos nacionais. Não se pode ignorar que, ao longo de seis décadas, as relações entre o TJUE e os tribunais nacionais não deixaram de ser marcadas por tensões e clivagens por vezes muito fortes (variando sobretudo em função do grau hierárquico desses tribunais) assim como por casos mais ou menos persistentes de resistências por parte de certos tribunais supremos, sobretudo constitucionais, ciosos de um estatuto que sentiram porventura ameaçado pela integração europeia.

Caracterizando-se o sistema jurisdicional da UE pelo "estado de abertura" em que permanece a questão da autoridade final, reivindicando tal autoridade tanto o TJUE como determinados tribunais de cada Estado-Membro, a verdade é que nunca, até a data, se verificaram situações inultrapassáveis de quebra do mandato de juiz da UE por parte dos próprios juízes nacionais. Talvez a única exceção conhecida tenha se verificado recentemente, quando o TJUE declarou pela primeira vez no acórdão *Comissão c. França* (de 2018) que um Estado-Membro não havia cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 267.º § 3.º do TFUE, no âmbito de uma ação por incumprimento. Isto aconteceu no seguimento do acórdão *Ferreira da Silva Brito*, no qual o TJUE decidiu pela primeira vez em sede de reenvio prejudicial que um órgão jurisdicional que decide em última instância não havia cumprido a obrigação de reenvio prejudicial que sobre ele impende por força do artigo 267.º § 3.º do TFUE.

Do dever jurídico que preside as relações de cooperação entre o TJUE e os tribunais nacionais decorre obrigações concretas para as autoridades nacionais no sentido de assegurar a efetividade do direito da UE e a tutela jurisdicional efetiva. É ainda por meio de um processo discursivo viabilizado pelo reenvio prejudicial que as pretensões de validade entre distintos ordenamentos jurídicos buscam acomodação. À medida que são delegadas mais competências à UE, aumentam-se evidentemente as pontes de contato entre os ordenamentos nacionais e europeu e, consequentemente, os conflitos normativos e as reivindicações de autoridade pela última palavra. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, sobretudo em virtude de ter conferido à CDFUE efeito jurídico vinculativo, foi possível verificar através da jurisprudência do TJUE um maior interesse dos tribunais constitucionais nas dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelo reenvio prejudicial. A partir das decisões mais recentes do TJUE, verificou-se como se têm dado alguns casos de acomodação entre normas de distintos ordenamentos jurídicos.

No início da integração regional europeia os tribunais constitucionais demonstraram uma certa resistência em dialogar com o TJUE por meio do mecanismo de reenvio prejudicial. De entre as escusas, houve a alegação de que não se encontravam incluídos na obrigação de reenviar que deriva do artigo 267.º, §3.º do TFUE (*e.g.* acórdãos *Giampaoli* e *Messagero Servizi* do tribunal constitucional italiano). Todavia, nos acórdãos *Vaassen-Göbbels*, *Pretore di Saló*, *Denuit e Cordenier* o TJUE desenvolveu uma definição de órgão jurisdicional nacional, a partir da qual foi possível enquadrar os tribunais constitucionais no âmbito dessa categoria para efeitos da obrigação que decorre do artigo 267.º, §3.º do TFUE.

Uma das participações mais emblemáticas de um tribunal constitucional, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, deu-se com uma questão prejudicial solicitada pelo Tribunal Constitucional espanhol, que resultou no acórdão *Melloni*. Uma das dúvidas recaía na interpretação e aplicação do artigo 53.º da CDFUE, que por sua vez suscita uma ampla discussão a respeito da interjusfundamentalidade (ou da acomodação entre direitos fundamentais de distintos ordenamentos jurídicos). De acordo com o artigo 53.º da CDFUE, quando um ato de direito da UE exige medidas nacionais de execução, as autoridades nacionais podem aplicar o *standard* nacional de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o *standard* de proteção previsto pela CDFUE, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da UE. Naquele caso, o TJUE entendeu que não se tratava de uma situação à qual fosse aplicável o *standard nacional*, pois a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol punha em causa a efetividade do direito da UE. A jurisprudência anterior do TJUE já indicava este posicionamento. No acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, por exemplo, o TJUE havia estabelecido que a unidade e a eficácia do direito da UE podem ser seriamente afetadas se a validade dos atos europeus é revisada em base a normas jurídicas nacionais específicas. Desde o acórdão *Costa/ENEL*, o TJUE vem reafirmando que a efetividade do direito da UE não pode variar de um Estado-Membro para outro em função do seu direito interno, pois isto afeta a segurança jurídica da UE.

No acórdão *M.A.S. e M.B.*, o TJUE teve a oportunidade de manifestar-se novamente sobre a aplicação do artigo 53.º da CDFUE. O Tribunal Constitucional italiano submeteu uma questão prejudicial ao TJUE, solicitando uma interpretação do artigo 325.º do TFUE, que embora já tivesse sido dada no âmbito do acórdão *Taricco*, não levava em consideração alguns pormenores do ordenamento jurídico italiano, nomeadamente no que diz respeito à natureza substancial do regime de prescrição das infrações penais; e à determinação dos requisitos "fraude grave" e "um número significativo de casos", que recaía na competência do legislador nacional, não podendo o juiz nacional encarregar-se

de tal tarefa. Segundo o Tribunal Constitucional Italiano, o regime de prescrição fiscal previsto no ordenamento jurídico nacional acarretava um *standard* de proteção mais benéfico do que àquele previsto no artigo 49.º da CDFUE e no artigo 7.º da CEDH, pelo que haveria de ser salvaguardado pelo próprio direito da UE, nos termos do artigo 53.º da CDFUE. O TJUE não mencionou expressamente o artigo 53.º da CDFUE no acórdão *M.A.S. e M.B.*, porém considerou a possibilidade da aplicação do *standard* nacional de proteção dos direitos fundamentais. De acordo com o TJUE, considerando que quando da decisão do acórdão *Taricco* não existia um regime europeu harmonizado em relação à matéria de prescrição aplicável às infrações penais relativas ao IVA, o ordenamento jurídico italiano podia prever que o regime de prescrição penal fizesse parte do direito substantivo e fosse sujeito ao princípio da legalidade dos crimes e das penas. Contudo, a partir da adoção da Diretiva 2017/1371/UE, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, as autoridades nacionais passavam a estar vinculadas às disposições ali previstas. Através deste acórdão é possível perceber claramente a complementaridade entre normas com fontes e legitimidades distintas, bem como a sua devida acomodação que se pauta no respeito pela autonomia e efetividade de ambos os ordenamentos jurídicos nacional e europeu.

No acórdão *Digital Rights Ireland/Landesregierung* verificou-se que as matérias relacionadas aos direitos fundamentais têm sido um chamariz aos tribunais supremos, sobretudo constitucionais, no processo discursivo de construção do direito da UE. Naquela oportunidade, o Tribunal Constitucional austríaco e a *High Court* irlandesa haviam questionado a validade da Diretiva 2006/24/CE à luz das disposições dos artigos 7.º (proteção à vida privada) e 8.º (proteção de dados pessoais) da CDFUE. A relevância da citação desse acórdão prende-se com o trabalho em rede desempenhado pelos juízes dos tribunais nacionais e o TJUE. Considerando o efeito *erga omnes* das decisões do TJUE, a declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE no acórdão *Digital Rights Ireland/Landesregierung* levou outros tribunais nacionais a suscitar o problema dos efeitos da referida declaração de invalidade em relação às disposições nacionais que haviam feito a sua transposição. No acórdão *Tele2* o TJUE esclareceu que, a aplicação de uma norma nacional que transpõe uma diretiva declarada inválida pelo Tribunal de Luxemburgo deve ser afastada pelos tribunais nacionais por força do princípio do primado do direito da UE. Isto demonstra, em última análise, a essência dinâmica do direito da UE e a circularidade existente entre os ordenamentos jurídicos em interação no sistema internormativo europeu.

No acórdão *Jeremy F.* o TJUE apreciou uma questão prejudicial solicitada pelo Conselho Constitucional francês (*Conseil constitutionnel*) a respeito de uma dúvida interpretativa em relação à

aplicação do mandado de detenção europeu (decisão-quadro 2002/584/JAI). Em específico, estava em causa saber se os artigos 27.º, §4.º e 28.º, §3.º, alínea c) da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu se opunham a que um Estado-Membro previsse um recurso que suspendia a execução de uma decisão que havia consentido a ampliação da entrega. Ao verificar que o mandado de detenção europeu não harmonizava totalmente aquela matéria, uma disposição de direito nacional que previa a suspensão da execução de uma decisão que havia consentido a ampliação da entrega poderia ser aplicada, desde que não contrariasse o direito da UE. Ao fazer uma comparação com o acórdão *Melloni*, no qual também esteve em causa a aplicação do mandado de detenção europeu, o TJUE entendeu que, naquele caso em específico, a decisão-quadro 2002/584/JAI procedia uma harmonização das condições de execução de um mandado de detenção em caso de condenação na ausência do arguido. Em razão disso, uma disposição nacional que estive em desconformidade com as disposições regulamentadas pelo mandado de detenção europeu deveria de ser afastada por força do princípio do primado. Este entendimento densifica o acórdão *Akeberg Fransson*, em que o TJUE estabeleceu que quando um órgão jurisdicional de um Estado-Membro é chamado a fiscalizar a conformidade com os direitos fundamentais de uma disposição ou de uma medida nacional que, numa situação na qual a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelos direito da UE, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o *standard* de proteção previsto pela CDFUE, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da UE.

Além das questões relacionadas aos direitos fundamentais – tendo a CDFUE suscitado indiscutivelmente muitas questões que instigaram (e ainda instigam) a participação dos tribunais constitucionais nas dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelo reenvio prejudicial –, a introdução da cláusula da identidade nacional, prevista atualmente no artigo 4.º, n.º 2 do TUE, também têm promovido alguns pontos de inflexão. De acordo com o artigo 4.º, n.º 2 do TUE, a UE respeita as identidades nacionais dos Estados-Membros, refletida nas suas estruturas políticas e constitucionais fundamentais. À luz da jurisprudência do TJUE, o termo identidade nacional tem sido referido indistintamente como identidade constitucional. Um dos motivos prende-se com o fato de a identidade constitucional inserir-se no âmbito da identidade nacional. Neste sentido, a noção de identidade nacional seria bem mais abrangente em relação à definição de identidade constitucional. Contudo, a identidade constitucional tem sido utilizada para fazer referência a particularidades dos sistemas constitucionais dos Estados-Membros que não necessariamente fazem parte da identidade nacional.

Não obstante o TJUE tenha definido em sua jurisprudência o que se entende por identidade nacional/constitucional para efeito do disposto no artigo 4.º, n.º 2 do TUE, a falta de rigor conceitual deu mote para que tribunais constitucionais passassem a invocá-la para não cumprir com uma obrigação decorrente do direito da UE ou pôr em causa a validade de uma disposição de direito da UE. Este foi o caso ilustrado pelo já mencionado acórdão *M.A.S. e M.B.*, no qual Tribunal Constitucional italiano condicionou a aplicação do acórdão *Taricco*. De acordo com o referido Tribunal Constitucional, a interpretação dada pelo TJUE no acórdão *Taricco* ao artigo 325.º do TFUE (a partir do qual decorre o dever dos Estados-Membros em assegurar os interesses financeiros da UE), só seria aplicável se fosse compatível com a identidade constitucional do Estado italiano. Na medida em que a aplicação do acórdão *Taricco* violava princípios constitucionais relacionados a direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico nacional, o Tribunal Constitucional italiano considerou que poderia invocar o disposto no artigo 4.º, n.º 2 do TUE para não cumprir com uma obrigação decorrente do direito da UE.

Os tribunais nacionais devem atuar em rede e no âmbito de suas respetivas competências para se chegar a um consenso respeitante à validade de uma disposição de direito da UE que legitime (ou não) o cumprimento de uma obrigação decorrente do direito da UE com fundamento no artigo 4.º, n.º 2 do TUE. Neste sentido, merece destaque a atuação do Tribunal Constitucional italiano que não se esquivou do processo discursivo de construção do direito da UE. Do diálogo estabelecido entre o Tribunal Constitucional italiano e o TJUE no caso *M.A.S. e M.B.*, houve um entendimento no sentido de que o artigo 4.º, n.º 2 do TUE não estava diretamente associado a conteúdos concretos do ordenamento jurídico-constitucional de um Estado-Membro, tais como os direitos fundamentais invocados naquele caso em concreto. Em razão disso, o TJUE não teve a oportunidade de se pronunciar a respeito de uma eventual possibilidade de o artigo 4.º, n.º 2 do TUE fundamentar o não cumprimento de uma obrigação decorrente do direito da UE.

Da análise do conjunto da jurisprudência do TJUE, verificou-se que não obstante os tribunais constitucionais dos Estados-Membros desempenhem um papel fundamental para a densificação das dimensões jurídico-constitucionais do sistema internormativo europeu, não se pode deixar de destacar igualmente a participação dos tribunais de instância. Na medida em que são os juízes dos tribunais de instância que se deparam em primeira mão com a aplicação do direito da UE nos litígios que lhe são submetidos, apresentam-se como os principais interlocutores do TJUE no âmbito do procedimento de reenvio prejudicial. Em razão disso é que a autoridade de um órgão jurisdicional nacional não pode ser condicionada por contigências quer do direito processual nacional quer por relações de subordinação hierárquica eventualmente existentes em relação a jurisdições superiores. A jurisprudência do TJUE

estabelece que os juízes dos tribunais de instância exercem a sua competência para submeter questões prejudiciais de forma ilimitada, exclusiva e autónoma (acórdãos *Rheinmühlen-Düsseldorf* e *Elchinov* – de 2010).

Diante de todo o exposto, é possível concluir que a UE insere-se no âmbito de um sistema internormativo – aliás, a própria ideia de internormatividade foi deduzida a partir das idiossincrasias e exigências advindas da nova forma de organização do poder político e jurídico-constitucional inaugurada pela integração regional europeia. No sistema internormativo europeu, verifica-se a presença da supranacionalidade institucional e normativa do direito da UE, que garantiu a autonomia do ordenamento jurídico europeu. Contudo, a supranacionalidade não indica superioridade, pois as autoridades europeias não se sobrepõem às autoridades dos Estados-Membros; e o ordenamento jurídico da UE interage com os ordenamentos jurídicos nacionais através da partilha de práticas jurídicas que prescindem de procedimentos ou mecanismos pautados em técnicas de sobreposição hierárquica. Desta forma, a autonomia dos ordenamentos jurídicos em interação no sistema internormativo europeu não é afetada – o que, de resto, contribui para a preservação da sua pluralidade jurídico-constitucional.

A harmonização jurídica foi a condição *sine qua non* para o desenvolvimento da integração regional europeia. É através da harmonização jurídica que os objetivos de uma integração regional são alcançados, bem como pode ser assegurada a tendencial equiparação das posições jurídicas fundamentais indispensável à sobrevivência de uma União de direito. O seu sucesso deveu-se, todavia, à sua conformação em um sistema internormativo. Não de outro modo que ao longo do processo de integração regional europeu as questões relacionadas à competência e ao equilíbrio institucional demonstraram ser a coluna vertebral de todo o sistema. A disputa entre poderes (políticos) cedeu lugar à devida alocação e aos limites da competência atribuídos a cada um – Estados e instituições europeias – na consecução dos objetivos mantidos em comum acordo. Sob este diapasão, as Constituições nacionais perceberam a necessidade de abrirem-se à "Constituição Europeia" – e vice-versa –, estabelecendo-se todas em rede para que juntas pudessem promover e assegurar a igualdade de tratamento, os direitos e os interesses dos particulares.

O que move a circularidade e a complementaridade entre os ordenamentos jurídico-constitucionais no sistema internormativo europeu são as dinâmicas jurisdicionais viabilizadas pelo reenvio prejudicial, que por sua vez são motivadas pelos litígios submetidos aos tribunais nacionais – daí decorre a importância dos particulares no processo de construção do direito da UE, que não se limita aos circuitos eleitorais, nomeadamente no que se refere à escolha de seus representantes ao

Parlamento Europeu. Contudo, para que a circularidade e a complementaridade entre os ordenamentos jurídicos se mantenha, além da cooperação interjurisdicional entre os tribunais nacionais e o TJUE, é preciso que as dinâmicas jurisdicionais sejam fundamentadas em um processo discursivo enformado pelos princípios da cooperação leal e seus corolários, pois são eles que asseguram a coerência e a funcionalidade de um sistema internormativo.

Com base na experiência da UE, foi empreendido um estudo sobre as integrações regionais da CAN e do MERCOSUL, com o intuito de verificar, sobretudo, o que tem impedido os seus respetivos desenvolvimentos em termos jurídico-constitucionais. Da análise feita, é possível perceber que, de um modo geral, a CAN buscou emular o modelo de integração regional europeu. As semelhanças em relação à UE se fizeram notar principalmente após o XXIX período de sessões ordinárias, que teve em lugar em Lima, no ano de 1980. Nesta ocasião, a Comissão da CAN afirmou que o ordenamento jurídico andino é autónomo, bem como as suas normas gozam de preferência aplicativa sobre as normas nacionais.

Após a entrada em vigor do Tratado de Criação do TJCA, foram introduzidos novos princípios gerais no ordenamento jurídico andino, designadamente o princípio da cooperação leal (artigo 4.º do TCTJCA); a aplicabilidade imediata das normas andinas (artigo 2.º TCTJC); o princípio da responsabilidade do Estado por incumprimento do direito andino (artigo 30.º do TJCA); e o princípio da tutela jurisdicional efetiva (artigo 31.º do TCTJCA). Tais princípios foram densificados pela jurisprudência do TJCA, a qual também reconheceu o efeito direto das normas andinas – o que significa que os particulares podem exigir o seu cumprimento perante às jurisdições nacionais. O TJCA estabeleceu ainda em sua jurisprudência que os tratados constitutivos fazem parte do direito constitucional da CAN. Além do mais, o TJCA determinou que a CAN deve ser compreendida como uma "Comunidade de direito".

Como se pode perceber, a CAN transplantou o modelo europeu de supranacionalidade normativa, porém os órgãos decisórios andinos, designadamente o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores e a Comissão, possuem natureza intergovernamental – o que revela o paradoxo da integração jurídica andina. A Secretaria-Geral, que exerce funções executivas, é o único órgão de natureza supranacional competente para emitir normas andinas de direito secundário.

Diferentemente do que ocorre na UE, em que não se reconhece a origem de um ato jurídico, na medida em que concorrem vários atores no processo de tomada de decisões, na CAN embora possa haver o envolvimento de vários órgãos no procedimento de elaboração de uma norma, esta pode ser reconhecida a partir do órgão que a emite. O Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores

e a Comissão emitem Decisões; e a Secretaria-Geral expressa-se mediante Resoluções. Tanto as Decisões quanto as Resoluções são vinculativas, devendo ser respeitadas e cumpridas por todos os Estados-Membros e particulares; ademais, gozam de aplicabilidade imediata, efeito direto e preferência aplicativa em relação às normas nacionais.

No direito da UE não existe uma hierarquia entre as suas normas de direito secundário, nem haveria razão para tal diferenciação, tendo em vista o próprio procedimento que conduz à sua elaboração. Contudo, o direito da CAN estabeleceu uma hierarquia entre as Decisões e as Resoluções. Verificou-se que há casos em que as Decisões emanadas dos órgãos intergovernamentais prevalecem sobre as Resoluções emitidas pela Secretaria-Geral. Quando as Resoluções executam uma Decisão do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores ou da Comissão, ficam submetidas hierarquicamente ao que estabelece a respetiva Decisão; porém, quando as Resoluções executam normas em conexão direta com os tratados constitutivos, sujeitam-se somente a estes últimos. Isto demonstra a presença de uma forte influência da intergovernamentalidade na condução do direito andino.

A harmonização jurídica realiza-se na integração regional andina através de um procedimento de aproximação de legislações, que por sua vez se afigura como uma das condições imprescindíveis à consecução dos objetivos previstos nos tratados constitutivos. De entre tais objetivos, destaca-se o estabelecimento de um mercado comum (a CAN é ainda uma união aduaneira). A CAN não possui instrumentos vinculativos de direitos fundamentais, no entanto, a sua promoção e proteção estão previstos nos tratados constitutivos como um de seus objetivos – o que permite perspetivar a integração regional andina numa dimensão jurídico-constitucional.

A aproximação de legislações realiza-se tanto de modo indireto (harmonização negativa), como também demanda um procedimento de elaboração de normas emitidas pelos órgãos andinos, as quais devem ser implementadas e aplicadas pelos Estados-Membros em seus respetivos ordenamentos jurídicos (harmonização positiva). Os órgãos andinos devem realizar quaisquer medidas que considerem necessárias à consecução dos objetivos previstos no Acordo de Cartagena. Contudo, nem os tratados constitutivos tampouco a jurisprudência da CAN fazem referência aos princípios do equilíbrio institucional, da proporcionalidade e da subsidiariedade. Embora o princípio da atribuição também não esteja expressamente previsto nos tratados constitutivos, foi recortado pela jurisprudência do TJCA. É ainda possível identificar as competências dos órgãos andinos através das tarefas a cargo de cada um deles, conforme previsão nos tratados constitutivos.

Tendo em vista que os órgãos decisórios andinos são intergovernamentais – o que significa que os seus atos externam a própria vontade dos Estados-Membros – à partida poder-se-ia pensar que os princípios do equilíbrio institucional, da proporcionalidade e da subsidiariedade teriam uma relevância secundária. Contudo, a Secretaria-Geral também é competente para emitir Resoluções, ainda que algumas delas apenas executem Decisões do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores ou da Comissão. À medida que forem atribuídas mais competências aos órgãos andinos, tornar-se-á imprescindível repensar a estrutura intergovernamental da CAN, para que a vontade dos Estados-Membros não continuem a sobressair sobre os interesses da integração regional andina. A partir de então, o estabelecimento dos princípios supramencionados será de fundamental importância para a integração jurídica na CAN, sobretudo no que se refere à implementação dos mecanismos de harmonização jurídica.

Verificou-se, todavia, que, em virtude do princípio do complemento indispensável, recortado pela jurisprudência do TJCA, tem sido possível limitar a autonomia dos Estados-Membros quando adotam uma norma nacional cuja matéria entra no âmbito das competências atribuídas à CAN. De acordo com tal princípio, uma norma nacional não pode comprometer a eficácia do direito andino, porém há casos em que pode (ou deve) complementá-lo, designadamente quando a) no silêncio da norma andina, os Estados-Membros podem adotar normas nacionais cuja matéria ainda não foi regulamentada pelo ordenamento jurídico andino; b) na ausência de uma harmonização total em relação a uma determinada matéria por normas andinas, os Estados-Membros podem implementar normas nacionais complementares. As normas complementares adotadas pelos Estado-Membros não podem estabelecer exigências nem requisitos adicionais que possam comprometer a efetividade e a plena eficácia das normas andinas. Em razão disso, o princípio do complemento indispensável deve ser aplicado em consonância com o princípio da cooperação leal.

Dependendo do poder regulatório que resta nas mãos dos Estados-Membros para complementar uma norma de direito andino, a harmonização de uma determinada matéria pode dar-se de forma máxima ou mínima. Diferentemente do direito da UE, em que a harmonização máxima ou mínima verifica-se conforme o ato jurídico (regulamentos e diretivas) adotado para regulamentar uma determinada matéria ou setor, na CAN, devido ao fato de não haver uma distinção entre as normas que devem ou não ser transpostas para o direito interno, se não fosse pelo princípio do complemento indispensável poder-se-ia pensar que um Estado-Membro não teria flexibilidade para implementar a normas andinas em seus respetivos ordenamentos jurídicos.

Acontece que, em virtude do princípio do complemento indispensável permitir a implementação de normas nacionais não apenas nos casos de lacuna ou ausência de harmonização total de uma determinada matéria, mas também quando a norma andina dispõe de forma genérica sobre uma determinada matéria, foi possível verificar que praticamente não existem competências exclusivas atribuídas à CAN. Isto significa que, ao exercer as suas competências apenas de forma partilhada com os Estados-Membros, esta é mais uma das dificuldades da CAN em conseguir alcançar os seus objetivos. Afinal, além da predominância da intergovernamentalidade nos procedimentos de tomada de decisões, é concedido aos Estados-Membros bastante deferência na implementação das normas andinas em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais – o que, de resto, além de prejudicar a harmonização jurídica das normas jurídicas, que é uma condição para a consecução dos objetivos previstos nos tratados, coloca em causa a segurança jurídica da CAN e, consequentemente, afeta igualmente a igualdade de tratamento entre os particulares.

Pese as fragilidades encontradas no procedimento de aproximação de legislações, não se pode esquecer que o escopo de uma harmonização jurídica só é alcançado através de uma adequada aplicação das normas de integração regional nos ordenamentos jurídicos nacionais. À luz da experiência europeia, a CAN optou por um modelo descentralizado de aplicação das suas normas. Em razão disso, foi estabelecida uma divisão funcional, através da qual o TJCA tem competência exclusiva para apreciar o direito andino, restando aos tribunais nacionais a tarefa de aplicar as normas andinas em seus respetivos ordenamentos jurídicos nacionais (artigo 34.ª do TCTJCA). Deste modo, os juízes dos tribunais nacionais entabulam uma relação não hierárquica com o TJCA.

O mecanismo de reenvio prejudicial foi instituído pelo TCTJCA para viabilizar uma dinâmica jurisdicional entre os juízes dos tribunais nacionais e os juízes do TJCA. Tendo em vista que as normas andinas são aplicadas num ordenamento jurídico diverso daquele do qual se origina, o reenvio prejudicial estabeleceu os meios para uma atuação em rede entre os juízes dos tribunais nacionais e os juízes do Tribunal de Quito em busca de um entendimento mútuo sobre a interpretação correta e a aplicação homogénea do direito da CAN.

Ressalte-se que, através do reenvio prejudicial, o TJCA é competente apenas para interpretar as normas andinas e não para dizer da sua validade. No entanto, esta insuficiência parece ter sido colmatada através da ação de nulidade (artigo 19.º do TCTJCA), cuja legitimidade ativa é estendida inclusivamente aos particulares. A propósito, o acesso direto dos particulares ao TJCA ainda é possível por meio do recurso por omissão (artigo 37.º do TCTJCA) e da ação por incumprimento (artigo 25.º do TCTJCA), que pode ser proposta até mesmo nos casos em que se verifique a omissão do reenvio

prejudicial obrigatório. Os particulares também podem aceder diretamente ao TJCA para requerer uma indemnização pelos danos eventualmente causados pela não (ou má) aplicação do direito andino pelos Estados-Membros (artigos 24.º, 25.º e 31.º do TCTJCA).

Não obstante seja uma previsão de vanguarda do direito andino, os dados estatísticos demonstram que a participação dos particulares nas referidas ações ainda é bastante irrisória. Caso haja um aumento do acesso direto dos particulares ao TJCA por meio das ações de nulidade, omissão, incumprimento e reparação de danos, há quem cogite que tal iniciativa possa reduzir o poder dos tribunais nacionais na condução do processo de criação do direito andino. Por outras palavras, isto poderia vir a interferir no diálogo interjurisdicional, que se tornou na pedra angular do direito da União Europeia. Todavia, não se pode deixar de destacar o mérito do direito andino em estabelecer novos canais de diálogo que, ao promover uma tendencial aproximação dos cidadãos aos órgãos andinos, asseguram não só a tutela jurisdicional efetiva, mas também reforçam a legitimidade democrática da CAN.

Assim como acontece na UE, na CAN o acesso dos particulares ao TJCA pelas vias do reenvio prejudicial só se dá de forma indireta. Somente os órgãos jurisdicionais nacionais são competentes para solicitar uma questão prejudicial ao TJCA (artigo 33.º do TJCA) no âmbito de um processo *sub judice*. O reenvio prejudicial é uma faculdade colocada à disposição dos juízes dos tribunais de instância, mas é obrigatório aos juízes dos tribunais nacionais cujas decisões são irrecorríveis. O reenvio prejudicial vincula inclusivamente os tribunais supremos e constitucionais dos Estados-Membros, os quais, de um modo em geral, não se têm mostrado resistentes a essa obrigação.

Não há exceções ao reenvio prejudicial obrigatório. O TJCA justifica a ausência de previsão de exceções ao reenvio prejudicial obrigatório em virtude de as suas decisões não possuírem efeito *erga omnes* – o que, de resto, é também incompreensível. Isto significa que, todas as vezes que o juiz de um tribunal nacional, cuja decisão é irrecorrível, se depara com a aplicação de uma norma de direito andino deve reenviar ao TJCA, mesmo que não tenha dúvidas sobre a sua interpretação. Contudo, cabe a juiz do tribunal nacional verificar se a norma andina é aplicável ao caso em concreto. Existem casos em que os juízes dos tribunais nacionais cujas decisões são irrecorríveis afastam a aplicação da norma andina para escaparem à obrigação que sobre eles impende em relação ao reenvio prejudicial.

A ausência de exceções ao reenvio prejudicial obrigatório tem fragilizado o sentido de cooperação inerente ao mecanismo de reenvio prejudicial. Afinal, tal cooperação parte de uma certa desconfiança de que o juiz do tribunal nacional não está em condições de aplicar a norma andina nos casos em que a sua interpretação não suscita quaisquer dúvidas ou cuja interpretação já foi dada pelo

TJCA. A repetição de solicitação de reenvios prejudiciais sobre as mesmas matérias (a maioria sobre propriedade intelectual) alimenta um sistema de reprodução de interpretações sem qualquer necessidade. Se hoje já se verifica uma sobrecarga de trabalho do TJCA em virtude do número de reenvios prejudiciais que lhe são submetidos, se houver uma futura ampliação das competências atribuídas à CAN é provável que este atual sistema se torne insustentável. Um programa de capacitação dos juízes dos tribunais nacionais que lhes oferecesse um constante auxílio, sobretudo em relação à utilização da linguagem do direito andino, poderia contribuir ao estabelecimento de uma cooperação mais genuína. Acrescido a isso, a adoção do princípio da interpretação conforme também poderia vir a ser uma mais-valia.

Um outro aspecto negativo notado em relação ao reenvio prejudicial na CAN prende-se com o fato de os juízes dos tribunais de instância não suspenderem o processo *sub judice* quando solicitam a interpretação da norma andina ao TJCA. Portanto, a decisão prejudicial do TJCA somente vincula o juiz do tribunal nacional que decide em última instância. Embora o TJCA justifique que a suspensão do processo que corre nos tribunais de instância não seja uma medida necessária em virtude da possibilidade de as partes poderem ainda recorrer a outras instâncias jurisdicionais nacionais, onde a decisão prejudicial haveria de ser aplicada, esta prática não leva em consideração o princípio da economia processual. Além do mais, tendo em vista que o reenvio é também um mecanismo de auxílio ao juiz nacional, se este tem de proferir decisão no processo *sub judice* antes de haver uma resposta do TJCA à sua pergunta prejudicial, desvanece o sentido da cooperação jurisdicional.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que a CAN é uma integração regional que tem propulsionado um sistema internormativo. Contudo, possui traços predominantemente intergovernamentais, ainda que tenha transplantado o modelo europeu de supranacionalidade normativa e instituído órgãos supranacionais, merecendo destaque a Secretaria-Geral e sobretudo o TJCA. A falta de uma maior presença de supranacionalidade institucional, que entretanto permite uma influência mais marcante dos Estados-Membros na condução da integração regional andina, provoca evidentemente alguns desequilíbrios que se sentem principalmente na harmonização jurídica. De qualquer modo, a supranacionalidade normativa associada à supranacionalidade do TJCA foi suficiente para garantir uma relativa autonomia ao ordenamento jurídico andino, que por sua vez interage com os ordenamentos jurídicos nacionais através da partilha de práticas jurídicas assentes em procedimentos ou mecanismos que prescindem de técnicas de sobreposição hierárquica.

A harmonização jurídica empreendida pela CAN apresenta algumas fragilidades tanto no procedimento respeitante à aproximação de legislações, quanto na aplicação do direito andino nos

ordenamentos jurídicos nacionais. A ausência de um equilíbrio institucional tem dado espaço a uma disputa de poderes, prevalecendo a vontade individual dos Estados-Membros em detrimento dos interesses do projeto de integração andino. Além do mais, o reenvio prejudicial está eivado de algumas máculas, pelo que a implementação de algumas reformas no modo como têm sido promovidas as dinâmicas jurisdicionais podem vir a contribuir para um futuro mais ditoso da integração jurídica da CAN, especialmente no que se refere à sua segurança jurídica. Contudo, o sistema jurisdicional andino tem conseguido dar saltos qualitativos, sobretudo em virtude da previsão das vias de acesso direto dos particulares ao TJCA.

No que diz respeito à integração regional mercosulina, é também possível denotar um incipiente sistema internormativo. Todavia, o MERCOSUL orienta-se exclusivamente pela fórmula intergovernamental. Isto evidentemente afeta a autonomia do seu ordenamento jurídico. Para que um ordenamento jurídico seja considerado autónomo, é preciso que as normas que constituem este ordenamento estejam, para sua interpretação e aplicação, submetidas apenas a uma instância que lhes seja própria e que estatua seguindo as normas que estabelece. A partir da leitura do artigo 34.º do Protocolo de Ouro Preto, percebe-se que muito embora o MERCOSUL tenha órgãos com capacidade para emitir normas de direito secundário, tais órgãos estão comprometidos com a estrutura governamental dos Estados-Partes. Além do mais, pese as normas mercosulinas sejam obrigatórias, não existem mecanismos institucionais necessários para a sua efetivação.

A harmonização jurídica foi destacada no artigo 1.º do Tratado de Assunção como um compromisso imprescindível a ser assumido pelos Estados-Partes para o estabelecimento do mercado comum – o qual se configura num dos principais objetivos da integração regional mercosulina (O MERCOSUL é ainda uma união aduaneira incompleta). A harmonização jurídica pode ser compreendida através de um procedimento de aproximação de legislações, que tem se revelado um grande desafio para o MERCOSUL. Isto porque as normas emitidas pelos órgãos mercosulinos, nomeadamente as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio, muito embora sejam obrigatórias, não gozam de preferência aplicativa em relação às normas nacionais que lhe estejam em desconformidade, tampouco possuem efeito direto. Algumas decisões do Tribunal Permanente de Revisão e do Tribunal *ad hoc* do MERCOSUL reconheceram o primado das normas mercosulinas, com fundamento no princípio da cooperação leal, previsto no artigo 38.º do Protocolo de Ouro Preto. O Conselho do Mercado Comum também introduziu na Decisão n.º 22/04 um Anexo contendo uma cláusula que

prevê a "primazia parcial" das normas mercosulinas. Contudo, tal Decisão não se encontra atualmente em vigor, pelo que não possui efeito jurídico vinculativo.

Regra geral, as normas mercosulinas não possuem aplicabilidade imediata, pelo que precisam de ser incorporadas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes para produzirem efeitos jurídicos. Em virtude do princípio da cooperação leal, os Estados-Partes do MERCOSUL comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para implementar as normas mercosulinas em seus respetivos ordenamentos jurídicos. Cada um dos Estados-Partes do MERCOSUL estabelecem mecanismos distintos de incorporação das normas mercosulinas, portanto tais normas podem assumir tanto a forma de normas supranacionais quanto a forma de normas internacionais. Neste último caso, as normas mercosulinas submetem-se às regras hierárquicas estabelecidas pelo ordenamento jurídico nacional, pelo que podem estar sujeitas à revogação em base a critérios de sucessão normativa ou da especialidade.

O ordenamento jurídico do MERCOSUL estabelece algumas normas que limitam a autonomia dos Estados-Partes quanto à execução do direito mercosulino em seus respetivos ordenamentos jurídicos. O artigo 7.º da Decisão do CMC n.º 20/02 estabelece que as normas mercosulinas devem ser incorporadas na sua totalidade. Isto significa que é formalmente proibido aos Estados-Partes, no momento da incorporação de uma norma mercosulina, realizar quaisquer modificações em seu texto. Não faria sentido conceder uma maior flexibilidade aos Estados-Partes, considerando que são eles mesmos através dos órgãos mercosulinos que adotam tais normas por meio do recurso à unanimidade. Os Estados-Partes também devem atender aos prazos fixados para a incorporação de uma norma mercosulina. De acordo com o artigo 8.º da Decisão do CMC n.º 20/02, a complexidade dos procedimentos internos de adequação do direito nacional com o direito do MERCOSUL não justifica o descumprimento dos prazos de incorporação previstos nos textos das normas mercosulinas.

A maioria das normas que contêm prazos de incorporação é executada pela via administrativa. As normas submetidas ao poder legislativo não mencionam, como regra geral, o prazo de incorporação. Os Estados-Partes consideram que a imposição de um prazo para a intervenção legislativa é suscetível de interferir no exercício das competências nacionais. Quando não é estabelecida uma data limite para proceder a incorporação, os Estados-Partes, a seu critério, adiam *sine die* a vigência de uma norma mercosulina. Uma solução possível seria a inserção no texto de cada norma mercosulina de uma disposição determinando um prazo no qual devem ser tomadas as medidas nacionais de execução, a exemplo das normas derivadas submetidas a uma aprovação pelas vias administrativas. Uma outra solução consistiria em prover as normas mercosulinas de

aplicabilidade imediata e efeito direto. Tendo em vista que as normas mercosulinas são desprovidas de efeito direito, se não são devidamente incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais, os particulares ficam impedidos de invocá-las no âmbito do MERCOSUL.

A ausência de incorporação constitui apenas um dos entraves para a vigência das normas derivadas do MERCOSUL, pois para que possam produzir efeitos jurídicos ainda precisam de se submeter ao mecanismo de vigência simultânea (artigo 40.º do POP). A tentativa de enquadrar a autonomia procedimental dos Estados-Partes no sistema de vigência simultânea não teve em conta as particularidades dos distintos ordenamentos jurídicos nacionais, os quais, de resto, se encontram impossibilitados de dar uma resposta às exigências do direito do MERCOSUL.

As deficiências em relação às medidas de incorporação e de vigência simultânea das normas mercosulinas demonstram a falta de êxito do MERCOSUL em cercear a autonomia dos Estados-Partes na implementação das normas mercosulinas em seus respetivos ordenamentos jurídicos. A imposição de limites mais eficazes à autonomia estatal poderia ajudar a neutralizar os efeitos centrífugos de uma invocação abusiva pelos Estados-Partes de sua reserva de liberdade. Atualmente, a não observância das obrigações que decorrem do direito mercosulino desencadeia apenas responsabilidade internacional do Estado-Parte faltoso, mas não acarreta-lhe sanções pecuniárias. O Protocolo de Olivos apenas prevê a possibilidade de aplicação de medidas compensatórias (artigos 31.º e 32.º).

As normas emitidas pelos órgãos do MERCOSUL devidamente implementadas e em vigor no sistema jurídico mercosulino encontram também dificuldades no plano da sua aplicação nos ordenamentos juridicos dos Estados-Partes. A interpretação e aplicação do direito mercosulino nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes são de competência exclusiva das autoridades nacionais. Não existe um tribunal de justiça nos moldes da UE e da CAN, porém foi instituído o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, que ultrapassa a definição de um tribunal *ad hoc*, embora seja formalmente concebido como tal, pois não é um órgão de funcionamento permanente. De entre as suas funções, o TPR é responsável pelo respeito da "*rule of law*" na integração regional mercosulina. Em razão disso foi dotado de competência para interpretar as normas que decorrem do ordenamento jurídico mercosulino. O TPR não é competente para dizer da validade da norma mercosulina. Contudo, em uma situação de incompatibilidade entre o direito originário e uma norma de direito derivado mercosulino o TPR deve ao menos afastar a aplicabilidade da norma incompatível.

Diferentemente da UE e da CAN, as dinâmicas jurisdicionais no MERCOSUL não se dão através do mecanismo de reenvio prejudicial, mas estão previstas as opiniões consultivas (artigo 3.º do Protocolo de Olivos), cuja função é assegurar a interpretação e a aplicação correta e homogénea do

direito mercosulino nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes. As opiniões consultivas constituem uma espécie de interpretação ou consulta prejudicial à disposição dos juízes dos tribunais nacionais, que podem solicitá-las ao TPR sempre que tenham dúvidas a respeito da aplicação da norma mercosulina nos processos que lhe são submetidos. Acontece que as opiniões consultivas não são obrigatórias, tampouco possuem efeito jurídico vinculativo. A ausência de vinculatividade das opiniões consultivas encontra-se em desconformidade com os princípios da cooperação leal e da efetividade do direito mercosulino.

Não existe um relacionamento direto entre o TPR e o juiz de um tribunal de instância, pois a solicitação de opiniões consultivas deve sempre passar pelo crivo de um tribunal de última instância, que é soberano quanto à conveniência e oportunidade da pergunta. Isto constitui um entrave ao estabelecimento de um processo discursivo, pois não é assegurado a todos os juízes dos tribunais nacionais a possibilidade de dialogarem diretamente com o TPR. Consequentemente, não só a aplicação correta e homogénea do direito mercosulino pode ver-se afetada, mas também a tutela jurisdicional efetiva.

O TPR não estabelece uma relação hierárquica com os tribunais nacionais, pois não é competente para decidir a respeito da constitucionalidade, aplicabilidade ou nulidade das normas nacionais, tampouco funciona como uma instância de recurso das decisões judiciais nacionais. Contudo, nas opiniões consultivas proferidas pelo TPR, os árbitros mercosulinos estabeleceram que, não obstante na fase atual em que o MERCOSUL se encontre o TPR não tenha competência para declarar de forma direta a nulidade ou a inaplicabilidade da norma nacional, pode entretanto declarar a incompatibilidade da norma interna com o direito do MERCOSUL, por meio da análise da hierarquia ou da primazia de uma norma sobre a outra.

O entendimento dos árbitros mercosulinos coloca em causa a horizontalidade do processo discursivo entabulado entre os tribunais nacionais e o TPR pelas vias da opinião consultiva. Em primeiro lugar, os árbitros mercosulinos fazem confusão entre os termos “primazia” e “hierarquia”. A primazia da norma mercosulina não há de converter o MERCOSUL em superior hierárquico dos Estados-Partes, por isso não há de se falar em invalidade das normas nacionais. Em caso de conflitos normativos, por força do eventual reconhecimento do primado da norma mercosulina, a norma nacional que lhe esteja em desconformidade simplesmente deve ser afastava para garantir a efetividade do sistema internormativo.

Em segundo lugar, não sendo o MERCOSUL hierarquicamente superior aos Estados-Partes, não há de ser competente para dizer da compatibilidade das normas nacionais face às normas

mercosulinas. No entanto, o TPR pode fornecer ao tribunal nacional, que tenha solicitado uma opinião consultiva, todos os elementos de interpretação baseados no direito mercosulino que lhe possa permitir apreciar esta compatibilidade para o julgamento da causa que lhe é submetida. A interpretação do direito nacional, assim como a apreciação da compatibilidade do direito interno com o direito mercosulino devem ser tarefas que competem, exclusivamente, ao juiz nacional.

Em terceiro lugar, independentemente do seu estádio de integração, não se deve esperar um gradual desenvolvimento do MERCOSUL no sentido de um Estado Federal (em termos convencionais), onde as normas nacionais e mercosulinas viriam a ser encadeadas em uma escala piramidal. Acredita-se que um sistema internormativo, que em grande medida bebe das fontes do sistema federativo, entretanto compreendido não como uma constituição de "Estado de Estados", mas sim como um processo através do qual distintas esferas de poder podem coexistir harmoniosamente, esteja em condições de oferecer um modelo de integração regional bem mais sofisticado do que aquele vislumbrado pelos árbitros mercosulinos.

O MERCOSUL já deu um passo no sentido do desenvolvimento de um sistema internormativo ao introduzir as opiniões consultivas em seu ordenamento jurídico. Deve-se reconhecer, portanto, a abertura do MERCOSUL às dinâmicas jurisdicionais que priorizam o diálogo na solução de conflitos normativos. Contudo, há ainda a necessidade do estabelecimento de uma cooperação jurisdicional mais profícua entre os tribunais nacionais e o Tribunal Permanente de Revisão para que o direito mercosulino seja aplicado de forma correta e homogénea nos ordenamentos jurídicos nacionais. A falta de homogeneidade na interpretação e aplicação das normas mercosulinas fragiliza o projeto de integração regional do MERCOSUL, pois gera insegurança jurídica aos particulares. Uma solução possível seria dotar as opiniões consultivas de obrigatoriedade relativa e efeito jurídico vinculativo, ou alternativamente instituir o mecanismo de reenvio prejudicial. Tais implementações poderiam ser facilitadas com a criação do Tribunal de Justiça do MERCOSUL, cujo projeto já foi aprovado pelo PARLASUL e encaminhado ao Conselho do Mercado Comum.

Diante de todo o exposto, o direito do MERCOSUL ainda tem um longo caminho pela frente para que possa se adequar à teleologia de um sistema internormativo. Embora existam muitas resistências em avançar neste sentido, pois os Estados-Partes do MERCOSUL são bem ciosos de sua soberania, julgamos que, tendo em vista a inevitabilidade dos "fenómenos-inter", continuar a resistir a novas formas de cooperação, tais como às que enformam a teleologia de um sistema internormativo, é contraproducente e põe em perigo a própria sobrevivência da integração regional mercosulina. Em razão disso, o MERCOSUL deve rever as suas estruturas institucionais intergovernamentais, bem como

o *modus operandi* que tem conduzido o seu processo de harmonização jurídica, pois esta é a condição *sine qua non* para alcançar os objetivos previstos nos tratados constitutivos e, consequentemente, alavancar o desenvolvimento da sua integração regional.

Por fim, cabe encerrar este trabalho dizendo que as reflexões e soluções aqui propostas são suscetíveis de ser acolhidas com reservas e críticas, todavia servem para promover e aprimorar um debate tendente ao aprofundamento do direito de integração regional e da harmonização jurídica que o suporta. Todas as questões aqui levantadas referem-se, em uma última análise, a domínios de crescente complexidade, pelo que esta tese se apresenta apenas como um contributo, através do qual pretende despertar o interesse académico para uma futura e contínua discussão sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS Richard K.; CORNELIUS Peter K.; HEDFORS Per L.; TERSMAN Gunnar, *The Impact of the European Community's Internal Market on the EFTA*, Washington-D.C, International Monetary Fund, 1990.

ABREU Joana Covelo de, Ação por incumprimento, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 15-18.

ABREU Joana Covelo de, An approach to today's EU constitutionality control – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection, *UNIO – EU Law Journal*, vol. 3, n.º 2, 2017, p. 104-124.

ACCIOLY Elizabeth, *MERCOSUL e União Europeia – Estrutura Jurídico-Institucional*, 4.ª ed., Curitiba, Juruá, 2010.

ACCIOLY Hildebrando; SILVA Geraldo Eulálio do Nascimento, *Manual de Direito Internacional Público*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

ACHÀ LEMAITRE Daniel, *El Princípio de subsidiariedad: clave de la integración*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar - Corporación Editora Nacional, 2013.

AGUIAR E SILVA Joana, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra, Almedina, 2001.

AGUILERA Carolina Lourdes Rodríguez, La autonomia del Derecho Comunitário Andino y su relación con el Derecho Internacional, *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, ano 4, n.º 8, Agosto 2016, p. 224-245.

ALBARRACI Gabriel; AGUZIN Laura; DEGIORGIO Selva, Relaciones entre la normativa derivada de los organos del MERCOSUR y los sistemas jurídicos particulares de los Estados que lo conforman, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 4, n.º 3, 1998, p. 907-918.

ALEXY Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 5.ª ed., Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

ALFARO Marvin Vargas, Los Princípios Generales del Derecho Comunitario y Andino, *Revista de Derecho Comunitario Internacional y Derechos Humanos*, n.º 2, 2012, p. 71-117.

ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, A Execução do Direito da Integração do MERCOSUL: Uma Limitação da Autonomia dos Estados-Partes, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 14, n.º 1, 2009, p. 155-167.

ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *MERCOSUL – desafios para a implementação do direito e exemplos do Brasil*, Lisboa, Juruá, 2014.

ALTER Karen J., *The European Court's Political Power*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

ALTER Karen J., The Global Spread of European Style International Courts, *West European Politics*, vol. 35, n.º 1, 2012, p. 135-154.

ALTER Karen J.; HELFER Laurence R., Legal Integration in the Andes: Law-making by the Andean Tribunal of Justice, *European Law Journal*, vol. 17, n.º 5, 2011, p. 701-715.

ALTER Karen J.; HELFER Laurence R., *Transplanting International Courts – The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

ALTER Karen J.; VARGAS Jeannette, Explaining Variation in the Use of European Litigation Strategies: European Community Law and Gender Equality Policy, *Comparative Political Studies*, Vol. 33, N.4, 2000, p. 452-482.

ALVARADO Carolina Blanco, La Comunidad Andina en el Marco de lo Jurídico y Político, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XVI, n.º 31, 2013, p. 173-188.

ALVES Jorge de Jesus, *Lições de Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

AMTENBRINK Fabian, The European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism – Preserving the European Constitutional Order?, in MICKLITZ Hans-W. e DE WITTE Bruno (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge/Antewerp/Portland, Intersentia, 2012, p. 35-62.

ANDENAS Mads; ANDERSEN Camilla Baasch; ASHCROFT Ross, Towards a theory of harmonisation, in ANDENA Mads e ANDERSEN Camilla Baasch (eds.), *Theory and Practice of Harmonisation*, Cheltenhan-UK/Northamton-MA-USA, Edward Elgar, 2011, p. 572-594.

ANDRADE Miguel Almeida, *Guia prático do reenvio prejudicial: o artigo 177.º do Tratado CEE e a cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1991.

APAC Hugo R. Gómez, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, in APAC Hugo R. Gómez, QUINTERO Luis Rafael Vergara, ZAMBRANO Hernán Rodrigo Romero, FEIJOÓ Luis Felipe Aguilar, NOBLEJAS Karla Margot Rodríguez (eds.), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino*, Portoviejo, Editorial San Gregorio, 2019, p. 43-78

ARAÚJO Nádia de, *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 3ª Ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

ARAUJO Nadia de, O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com a common law e algumas idéias para o futuro, in PANTOJA Teresa Cristina G. (coord.), *Prática em arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008, p. 236-259.

ARBUET-VIGNALI Heber, *Claves jurídicas de la Integración en los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Santa Fé, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

ARCHER Clive, *International Organizations*, 3.ª ed., London, Routledge, 2001.

AREVALOS Evelio Fernandez, *Opiniones consultivas, medidas provisionales y medidas excepcionales y de urgência*, Câmara dos Deputados. Solução de controvérsias no Mercosul, Brasília, Coordenação de Publicações, 2003.

ARNULL Anthony, The principle of an effective judicial protection in EU law: an unruly horse?, *European Law Review*, vol. 36, n.º 1, 2011, p. 51-70.

ARROYO Diego P. Fernández, Forum Selection Clauses within Mercosouthern Law: The Hard Implementation of an Accepted Rule, *Unif. Law Review*, 2008, p. 873-890.

ARROYO Diego P. Fernandéz, La respuesta del Tribunal Permanente del Mercosur a la Primera 'Consulta Interpretativa': escoba nueva siempre barre más o menos, in ACCIOLY Elizabeth. (coord.), *Direito no século XXI: em homenagem ao Professor Werter Faria*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 123-141.

AVBELJ Matej, The EU and the many faces of legal pluralism toward a coherent or uniform EU legal order?, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 2, 2006, p. 377-391.

AZOULAI Loïc, The Complex Weave of Harmonization, in ARNULL Anthony e CHALMERS Damian (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 589-611.

AZOULAI Loïc; DEHOUSSE Renaud, The European Court of Justice and the Legal Dynamics of Integration, in JONES Erik, MENON Anand e WEATHERILL Stephen (orgs.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 350-364.

AZPITARTE SÁNCHEZ Miguel, La función de la Constitución en el contexto contemporáneo, *Revista de Derecho Constitucional Europeu*, n.º 12, 2009, p. 171-189.

AZZARITI Gaetano, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

BACKER Larry Cata, Harmonization, Divergence and Resistance: The European Union and the Dynamics of Multilayered Governance, in BACKER CATA Larry (ed.), *Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence and Resistance,* Durham, Carolina Academic Press, 2007,p. 309-341.

BACKER Larry Cata, Harmonization, Subsidiarity and Cultural Difference: An Essay on the Dynamics of Opposition within Federative and International Legal Systems, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 4, n.º 2, 1996, p. 185-217.

BADEL Marco Matías Alemán, *Marcas: Normatividad Subregional sobre Marcas de Productos y Servicios*, Bogotá, Editorial Top Management, 1995.

BALAGUER CALLEJÓN Francisco, A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu, *UNIO - EU Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 10-24.

BALAGUER CALLEJÓN Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.

BAPTISTA Luiz Olavo, *O MERCOSUL – suas instituições e ordenamento jurídico*, São Paulo, LTr, 1998.

BAPTISTA Luiz Olavo; ACCIOLY Elizabeth, Solução de Divergências no Mercosul, in BASSO Maristela (org.), *Mercosul-Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 125-168.

BAQUERO CRUZ Julio, The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice, *International Journal of Legal Information*, vol. 34, n.° 2, 2006, p. 223-244.

BAQUERO CRUZ Julio, The Legacy of the Maastricht Urteil Decision and the Pluralist Movement, *EUI Working Paper*, n.°13, 2007, p. 1-26.

BARENTS René, *Directory of EU case law on the preliminary ruling procedure*, Alphen aan den Rijn/Netherlands, Kluwer Law International, 2009.

BARNARD Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.

BARROSO Luís Roberto, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Belo Horizonte, Fórum, 2014.

BARTL Marija; LEONE Candida, Minimum harmonization after Alemo-Herron: the Janus face after the EU fundamental rights review: European Court of Justice, the third chamber judgment of 18 July 2013, Case C-426/11, Alemo-Herron v. Parkwood Leisure Ltd, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n.º 1, May 2015, p. 140-154.

BARUFFI Maria Caterina, Il Trattato di Lisbona tra Vecchio e Nuovo, in BARUFFI Maria Caterina (coord), *Dalla Costituzione Europea al Trattato di Lisbona*, Verona, CEDAM, 2008, p. 22-27.

BASSO Maristela, Harmonização do Direito dos Países do MERCOSUL, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 33, 2000, p. 99-108.

BAY LARSEN Lars, Some Reflections on Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice, in CARDONNEL Pascal, ROSAS Allan e WAHL Nils (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 139-148.

BEAUMONT Paul; LYONS Carole; WALKER Neil (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2002.

BECK Ulrich, *Risk Society: Towards a New Modernity?*, tradução de Mark Ritter, London/California/New Delhi, Sage Publishing, 1992.

BELASSA Bela A., *Theory of economic integration*, Illinois, Irwin, Homewood, 1961.

BELTRAME DE MOURA Aline, Relação entre a Recepção das Normas de Direito Internacional e o Grau de Abertura das Constituições aos Fenómenos de Integração Regional, *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, n.º 12, vol. 6, 2018, p. 287-301.

BENEYTO José Maria; PERNICE Ingolf, *Europe's Constitutional Challenges in the Light of the Recent Case Law of National Constitutional Courts*, Munich, Nomos, 2011.

BENGOETXEA Joxerramon, The EU as (more than) an international organization, in KLABBERS Jan e WALLENDAHL Asa (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Northampton, Northampton Publishing House, 2011, p. 448-465.

BENSSON Samantha, How international is the European Legal Order? Retracing Tuori's steps in the exploration of European Legal Pluralism, *No Foundation: Journal of Extreme Legal Positivism*, n.º 5, 2008, p. 50-70.

BESSELINK Leonard F. M., National and constitutional identity before and after Lisbon, *Utrecht Law Review*, vol. 6, n.º 3, 2010, p. 36-49.

BESSELINK Leonard, General Report, in LAFFRANQUE Julia (ed.), *Reports of the XXV FIDE Congress – Tallinn 2012*, vol. 1, Tartu University Press, Tallinn, 2012, p. 122-126.

BLANCO Carolina, Aproximación a la noción de soberanía estatal en el marco del proceso andino de integración, *Revista Republicana*, n.º 15, 2013, p. 91-103

BLANCO Carolina, Los principales obstáculos del proceso andino de integración, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, n.º 35, 2011, p. 304-325.

BOBBIO Norberto, *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.

BOBBIO Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, 3.ª ed., Tradução de Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti, São Paulo, Edipro, 2005.

BOBBIO Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, 5.ª ed., Tradução de Maria Celeste C. J. Santos, Brasília, Universidade de Brasília, 1994.

BOBEK Michal, Learning to talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice, *Common Market Law* Review, vol. 45, issue 6, 2008, p. 1611-1643.

BOERGER Anne; SMEDT, Negotiating the Foundations of European Law, 1950–57: The Legal History of the Treaties of Paris and Rome, *Contemporary European History*, Vol. 21, N.3, 2012, p. 339-356.

BOGDANDY Armin von, Neither an International Organization Nor A Nation State: The EU as a Supranational Federation, *The Oxford Handbook of the European Union*, University of Pennsylvania, 2012, p. 691-693.

BOGDANDY Armin von; SCHILL Stephan, Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty, *Common Market Law Review*, vol. 48, n.º 5, 2011, p. 1417–1454.

BOODMAN Martin, The Myth of Harmonization of Laws, *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n.º 4, 1991, p. 699-724.

BÖRÖCZ József; SARKAR Mahua, What is the EU?, *International Sociology*, vol. 2, n.º 2, 2005, p. 153-173.

BÖRZEL Tanja A.; GOLTERMANN Lukas; LOHAUS Mathis; STRIEBINGER Kai (eds.), *Roads to Regionalism, Genesis, Design, and Effects of Regional Organizations*, London/New York, Routledge, 2016.

BÖRZEL, Tanja A., Non-Compliance in the European Union. Pathology or Statistical Artefact?, *Journal of European Public Policy*, vol. 8, N.5, 2001, p. 803-824.

BOUZA Núria Vidal, Modalidades de unificación e armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea, in GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, GONZÁLEZ Julio Diego Campos e MUÑOZ Santiago Machado (orgs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1986, p. 551-570.

BOUZA Núria Vidal, Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, n.º 2, 1981, p. 397-432.

BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017.

BRECCI Luis Henrique Monteiro, A legitimidade do MERCOSUL perante a Organização Mundial do Comércio: uma análise a partir da União Europeia, *XVI Revista do CEPEJ da Universidade Federal de Bahia*, vol. 19, 2015, p. 329-354.

BRINK Ton van den, Horizontal Federalism, Mutual Recognition and the Balance Between Harmonization, Home State Control and Host State Autonomy, *European Papers - A Journal on Law and Integration*, vol. 1, n.º 3, 2016, p. 921-942.

BROBERG Morten, National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom, *European Public Law*, n.º 2, vol. 22, 2016, p. 243-256.

BROBERG Morten; FENGER Niels, *Preliminary references to the European Court of Justice*, New York, Oxford University Press, 2010.

BUENO MARTÍNEZ Patricio; PEROTTI Alejandro Daniel, La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?, *Díkaion - Revista de Actualidad Jurídica*, n.º 14, 2005, p. 133-152.

BULNES Mar Jimeno, *La Cuestión Prejudicial del Artículo 177 TCE*, Barcelona, Jose Maria Bosch, 1996.

CAEIRO Pedro, Reconhecimento Mútuo, Harmonização e Confiança Mútua (primeiro esboço de uma revisão), in SANTOS Margarida, MONTE Mário Ferreira e MONTEIRO Fernando Conde (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 37- 46.

CALLEJÓN Francisco Balaguer, A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu, *UNIO - EU Law Journal,* vol. 3, n.º 1, 2017, p. 10-24.

CAMPOS João da Mota, *Direito Comunitário*, vol. 2, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

CAMPOS João da Mota, *Manual de direito comunitário*, 3.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAMPOS João Luiz Mota, *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra, 2010.

CAMPOS João Mota de; CAMPOS João Luiz Mota de, *Contencioso Comunitário*, Curitiba: Juruá, 2008.

CAMPOS João Mota de; PEREIRA António Pinto; CAMPOS João Luiz Mota de, *O Direito Processual da União Europeia, Contencioso Comunitário*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

CANANEA Giacinto della, The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice: From Separation to Interaction. Comment on Constitutional Court Order n. 103 of 16 April 2008 – Presidente del Consiglio dei ministri v. Regione Sardegna, *European Public Law*, vol. 14, n.º 4, 2008, p. 523–531.

CANÇADO TRINDADE Otávio A. D., *O MERCOSUL no Direito Brasileiro – Incorporação de Normas e Segurança Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

CANOTILHO Mariana Rodrigues, O princípio do nível de proteção mais elevado de proteção e garantia dos direitos fundamentais na União Europeia, in SILVEIRA Alessandra (coord.), *50 Anos do Tratado de Roma*, Lisboa, Quid Juris, 2007, p. 325-346.

CANOTILHO Mariana Rodrigues, *O princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais*, Dissertação de Mestrado (Prémio Jacques Delors – menção honrosa), Coimbra, Universidade de Coimbra, 2008.

CAPETA Tamara, Harmonisation of national legislation with the acquis communautaire, *Unidem Campus Trieste Seminar The Quality of Law*, Trieste, European Commission for democracy through law, 2010, p. 1-34.

CAPONI Remo, Democrazia, Integrazione Europea, Circuito delle Corti Costituzionali (Dopo il Lissabon – Urteil), *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n° 2, Giuffré Editore, 2010, p. 387-405.

CAPORASO James, The Three Words of Regional Integration Theory, in GRAZIANO Paolo e VINK Maarten P. (eds.), *Europeanization New Research Agendas*, New York, Palgrave MacMillan, 2008, p. 23-34.

CARDOSO DA COSTA José Manuel, Tribunal Constitucional Português e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *Ab Vno ad Omnes*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

CARETTI Paolo, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giapichelli, Torino, 3 ª ed., 2011.

CARNEIRO Cynthia Soares, *Direito da Integração Regional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

CARTABIA Marta, "Taking Dialogue Seriously" The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union, *Jean Monnet Working Paper*, n.° 12, 2007, p. 1-43, disponível em «http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/071201.pdf», última visualização em 03-06-2019.

CARTABIA Marta; LAMARQUE Elisabetta; TEGA Diletta, L'agenzia dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti, *Il Diritto dell'Unione Europea*, Vol.3, Giuffrè Editore, 2009, p. 532-561.

CARVALHO DE VASCONCELOS Raphael, O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL, *Revista Ética e Filosofia Política*, vol. 2, n.º 11, 2009, p. 1-30.

CASINI Lorenzo, *Comperative Regional Integration. Governance and Legal Models*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

CASOLARI Federico, EU Loyalty after Lisbon: an expectation gap to be filled?, in ROSSI Lucia Serena e CASOLARI Federico (eds.), *The EU after Lisbon: Amending or Coping with the existing treaties?*, London, Springer, 2014, p. 93-133.

CASTRO Jorge, Reflexiones acerca del tema de las fuentes del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, *Agenda Internacional*, ano VII, n.º 16, 2002, p. 83-95.

CATALANO Nicola, *Manual de derecho de las Comunidades Europeas*, Buenos Aires, INTAL, 1966.

CERA Silvana, Las elecciones directas en el Parlamento Andino: un camino para fortalecer su papel como institución promotora de la integración, *Revista de Derecho*, n º 32, Barranquilla, 2009, p. 306-333.

CHALMERS Damian; CHAVES Mariana, The Reference Points of EU Judicial Politics, *LEQS* Paper n° 43, 2011, p. 1-31.

CHALMERS Damian; DAVIES Gareth; MONTI Giorgio, *European Union Law: Cases and Materials*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

CHALMERS Daniel, Judicial Preferences and the Community Legal Order, *Modern Law Review*, vol. 60, n.º 2, 1997, p. 164-199.

CHICHARITO LÁZARO Alicia, *El principio de subsidiariedade en la Union Europea*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001.

CHRISTIANSEN Thomas e REH Christine (eds.), *Constitutionalizing the European Union*, Gordonsville, Palgrave Macmillan, 2009.

CICHOWSKI Rachel A., *The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilisation and Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

CIENFUEGOS MATEO Manuel, Cuestiones Prejudiciales en la Unión Europea y Consultas Prejudiciales en la Comunidad Andina: Similitudes, Diferencias e Influencias, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 25, 2013, p. 1-43.

CIENFUEGOS MATEO Manuel, Opiniones Consultivas en el MERCOSUR y Cuestiones Prejudiciales en la Unión Europea: Estudio Comparativo, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ano 16, n.º 42, 2012, p. 433-476.

CIONGARU Emilian, Principles of the Exercise of the European Union Competences, *Acta Juridica Hungarica*, vol. 55, n.º 2, 2014, p. 129-130.

CLAES Monica, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

CLAES Monica, The validity and primacy of EU law and the 'cooperative relationship' between national constitutional courts and the Court of Justice of the European Union, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 23, n.º 1, 2016, p. 151-170.

CLOOTS Elke, National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 45, n.º 2, 2016, p. 82-98.

CLOSA Carlos (ed.), *Secession from a Member State and the Withdrawal from the European Union – Troubled Membership*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

CLOSA Carlos; CASINI Lorenzo, *Comparative Regional Integration – Governance and Legal Models*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

COGEN Marc, *An Introduction to European Intergovernmental Organizations*, New York, Rouledge, 2016.

COHEN Mathilde, Judges or Hostages? The Bureaucratization of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights, in NICOLA Fernanda G., DAVIES Bill (eds.), *EU Law Stories: contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2017, p. 58-80.

COLOMER Dámaso Ruiz-Jarabo, *El juez nacional como juez comunitário*, Fundación Universidad Empresa – Civitas, Madrid, 1993.

COLOMER Dámaso Ruiz-Jarabo, *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica e Derecho Comunitario – Modelos europeo y americano*s, Bogotá, Universidad de los Andes, p. 169-173.

CONSTANTIN Simona, Rethinking Subsidiarity and the Balance of Powers in the EU in Light of the Lisbon Treaty and Beyond, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 4, n.º 4, 2008, p. 151-177.

CONSTANTINESCO Vlad, The ECJ as a Law Maker: Praeter aut Contra Legem? in O'KEEFFE David e BAVASSO Antonio (eds.), *Judicial Review in European Union Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 73-79.

COSTA Elizabeth Accioly Rodrigues da, *O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL consoante a previsão do artigo 44.º do protocolo de Ouro Preto: análise comparativa do sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos e propostas para o sistema permanente do MERCOSUL*, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

COUTINHO Francisco Pereira, Os Estados-Membros e os Processos Prejudiciais. Um balanço da participação portuguesa nos 20 anos da adesão à União Europeia, *Negócios Estrangeiros,* 9.1, 2006, p. 231-257

COUTINHO Francisco Pereira, Acordos Internacionais, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 124-126.

CRAIG Paul e DE BÚRCA Gráinne, *EU Law Text, Cases, and Materials*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

CRAIG Paul, The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered, in BÙRCA Gráinne de e WEILER Joseph H. H. (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

CRIADO J. Ignacio, Interoperability of eGovernance for Building Intergovernmental Integration in the European Union, *Social Science Computer Review*, vol. 30, n.º 1, 2012, p. 37-60.

CRUZ E CREUZ Luís Rodolfo, Organizações Internacionais de Integração e Cooperação Económica: Revisões de uma Teoria Geral, *Revista da SJRJ*, n.º 24, 2009, p. 211-240.

CRUZ Julio Baquero, The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice, *International Journal of Legal Information*, vol. 34, nº 2, 2006, p. 223-245.

CRUZ VILAÇA José Luís da, *EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU law*, Oxford, Portland and Oregon, Hart Publishing, 2014.

CRUZ VILAÇA José Luís da; SILVEIRA Alessandra, The European Federalisation Process and the Dynamics of Fundamental Rights, in KOCHENOV Dimitry (ed.), *EU Citizenship and Federalism – The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 125-146.

D'ANDREA Luigi, Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello, *Consulta online*, 2014, p. 1-7, disponível em «http://www.giurcost.org/studi/dandrea2.pdf», última visualização em 03-06-2019.

D'ANDREA Luigi, Diritto Costituzionale e processi interculturali, in RUGGERI C. Russo (coord.), *Studi in onore di Antonino Metro*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2010, p. 121-164.

D'ANDREA Luigi, Diritto costituzionale e processi interculturali, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, p.1-28, disponível em «http://www.forumcostituzionale.it», última visualização em 03-06-2019.

DASHWOOD Alan; DOUGAN Michael; RODGER Barry; SPAVENTA Eleanor; WYATT Derrick, *European Union Law*, 6.ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2011.

DE BELLIS Saverio, L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona, *Studi sull'integrazione europea*, anno V, n.° 3, 2010, p. 621-629.

DE BÚRCA Gráinne, The road not taken: The European Union as a global human rights actor, *American Journal of International Law*, vol. 105, n.° 4, October 2011, p. 649-693.

DE BÚRCA Gráinne; WEILER Joseph H. H. (eds.), *The European Court of Justice*, New York, Oxford University Press, 2008.

DE VERGOTTINI Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

DE WITTE Bruno; IMAMOVIC sejla, Opinion 2/13 on accession to the ECHR: defending the EU Legal Order against a foreign human rights court, *European Law Review*, vol. 40, n.° 5, 2015, p. 683-705.

DE WITTE Bruno, Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order, in DE BÚRCA Gráinne e CRAIG Paul (eds), *The Evolution of EU Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 323-362.

DE WITTE Bruno, The European Union as an international legal experiment, in DE BÚRCA Gráinne e WEILER Joseph H. H. (eds.), *The worlds of European constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 19-56.

DE WITTE Bruno, Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences, *Arena Centre for European Study*, University of Oslo, Working Paper n.° 4, 2013, p. 1-23.

DE WITTE Bruno; OTT Andrea; VOS Ellen (eds.), *Between Flexibility and Desintegration – The trajectory of Differentiation in EU law*, Cheltenham/Northamptom, Edward Elgar, 2017.

DEAKIN Simon, Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?, *European Law Journal*, Vol. 12, n.° 4, 2006, p. 440-454.

DEHOUSSE Renaud, European Institutional Architecture After Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?, *Common Market Law Review*, vol. 35, 1998, p. 595-627.

DEHOUSSE Renaud, The politics of delegation in the European Union, *Les Cahiers européens de Sciences Po.*, n.° 04, 2013, p. 1-27.

DELLA CANANEA Giacinto, Is European Constitutionalism Really Multilevel?, *ZaöRV-Max Planck-Institute*, n.º 70, 2010, p. 283-317.

DELMAS-MARTY Mireille, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Portland, Hart Publishing, 2009.

DI FEDERICO Giacomo, Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola Taricco' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE, *Federalismi.it*, n.º 4, 2019, p. 1-20.

DÍAZ LABRANO Roberto Ruiz, *Integración y Derecho*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998.

DICOSOLA Maria; FASONE Cristina; SPIGNO Irene, Foreword: Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis, *German Law Journal*, vol. 16, n.º 6, 2015, p. 1317-1330.

DINIZ Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 20.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

DŁUGOSZ Joanna, The Principle of Proportionality in European Union Law as a Prerequisite for Penalization, *Adam Mickiewicz University Law Review*, vol. 7, 2017, p. 283-300.

DONNARUMMA Maria Rosaria, Il Processo di "Costituzionalizzazione" dell'Unione Europea e la Tensione Dialettica tra la Giurisprudenza della Corte di Giustizia e le Giurisprudenze delle Corti Costituzionali, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n° 2, Giuffré Editore, 2010, p. 407-448.

DOUGAN Michael, Minimum Harmonization and the Internal Market, *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 4, 2000, p. 853-885.

DREYZIN DE KLOR Adriana, La primera opinión consultiva en Mercosur ¿Germen de cuestión prejudicial?, in ACCIOLY Elizabeth (coord.), *Direito no século XXI: em homenagem ao Professor Werter Faria*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 41-64;

DREYZIN DE KLOR Adriana, Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico, in BOGDANDY Armin von, ARROYO César Landa e ANTONIAZZI Mariela Morales (eds.), *¿Integración suramericana*

a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 441-490.

DREYZIN DE KLOR Adriana, Las opiniones consultivas en Mercosur, in LAPENTA, Eduardo; RONCHETTI, Alfredo Fernando (coords.), *Derecho y Complejidad: en homenaje al Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011, p. 99-134.

DREYZIN DE KLOR Adriana; PEROTTI Alejandro., *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2009.

DREYZIN DE KLOR, Adriana; ANTONIAZZI Mariela Morales, *Ampliación del Mercosur: el caso Venezuela*, Buenos Aires, Zavalía, 2009.

DUARTE Maria Luísa, *Direito Internacional Público*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

DUARTE Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2012.

DUARTE Maria Luísa, O tempo e a transposição de diretivas no direito da união europeia, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2012, p. 423-439.

DUARTE Maria Luísa, O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995, p. 667-715.

DUARTE Maria Luisa, *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006.

DUARTE Maria Luísa, *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica Eurocomunitária*, Coimbra, Almedina, 2011.

DWORKIN Ronald, *A Matter of Principle, Oxford*, Clarendon Press, 2001.

DWORKIN Ronald, *Law's Empire, London*, Fontana Press, 1986.

DYEVRE Arthur, Judicial Non-Compliance in a non Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?, *Max Planck Institute for International and Comparative Law*, Working Paper, 2012, p. 1-43.

DYEVRE Arthur, The German Federal Constitution Court and European Judicial Politics, *West European Politics*, vol. 34, n.° 2, 2011, p. 346-361.

EFTA Court (ed.), *The EEA and the EFTA COURT – Decentred Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

ELIANTONIO Mariolina; ROER-EIDE Haakon, Regional Courts and locus standi for private parties: Can the CJEU learn something from the others?, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 13, 2014, p. 27-53.

FABBRINI Federico (ed.), *The Law & Politics of Brexit,* Oxford, Oxford University Press, 2017.

FABRÍCIO Adroaldo Furtado, A prejudicialidade de direito comunitário nos Tribunais Supranacionais, *Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 24, nº 69, 1997, p. 16-75.

FARIA Werter, Métodos de harmonização aplicáveis ao MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas, in BASSO Maristela (org.), *MERCOSUL – Seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-Membros*, 2.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 143 153.

FASONE Cristina e LUPO Nicola, The Union Budget and the Budgetary Procedure, in SCHÜTZE Robert e TRIDIMAS Takis (eds.), *Oxford Principles of European Union Law – The European Union Legal Order*, vol.1, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 809-846.

FERNANDES António José, *Direito Institucional Europeu – das Organizações Europeias*, Braga, Liv. Bertrand- Cruz, 1995.

FERNANDES José Manuel, Cooperação Reforçada, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 124-126.

FERNANDES Mário João, Uma nova ordem jurídica internacional? Novas do Sistema de Fontes. Contributos do Direito Internacional do Ambiente, *Nação e Defesa*, n.º 97, 2001, p. 181-202.

FERNANDES Sophie Perez, Mercado Único Digital e coordenação dos sistemas de segurança social – soluções de interoperabilidade ao serviço da proteção social, *UNIO – EU Law Journal*, vol. 4, n.º 2, 2018, p. 21-42

FERNANDES Sophie Perez, O Tribunal de Justiça e o respeito pela identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros, *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo II, ano de 2013 – Ética e Direito, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014, p. 137 e 168.

FERNÁNDEZ Itzíar Gómez, Jueces, Cooperación Judicial y Derecho de la Unión Europea. Una perspectiva general y algunos ejemplos prácticos, in CANEDO ARRILLAGA María Pilar (org.), *Diversas implicaciones del Derecho Transnacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

FERRAZ JÚNIOR Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4.ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.

FERRERO Fabio, Conflitti tra organi giurisdizionali: evoluzione e (in)certezza del diritto europeo, *Studi sull'integrazione Europea*, anno XI, N.1, Bari, Cacucci Editore, 2016, p. 57-84.

FINKELSTEIN Cláudio, *Direito Internacional*, 1.ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.

FLIGSTEIN Neil, *Euro-Clash: The EU, European Identity and the Future of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

FLIGSTEIN Neil; McNICHOL Jason, The Institutional Terrain of the European Union, in SANDHOLTZ Wayne; SWEET Stone Alec (eds), *European Integration and Supranational Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 59-91.

FONSECA Guilherme, Supremo Tribunal de Justiça e Tribunal Constitucional, *Revista Julgar Online*, 2014, p. 1-3.

FONTANELLI Filippo; MARTINICO Giuseppe, Focusing on Courts: the techniques of hidden dialogue in the multilevel system, in SNYDER Francis e MAHER Imelda (eds.), *The evolution of the European courts: institutional change and continuity*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 37-66.

FONTOURA Jorge, A revisão institucional do Mercosul: Ouro Preto II, *Revista de Estudos Europeus*, Coimbra, vol. 1, n. 1, 2007, p. 291-297.

FONTOURA Jorge, Fontes e formas para uma disciplina jurídica comunitária, *Revista CEJ - Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal*, vol. 1, n.º 2, 1997, p. 75-83.

FOUCAULT Michel, *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*, Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano Franca, *O silêncio eloquente: omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e no Mercosul*, Coimbra, Almedina, 2008.

FRANCO MONTORO André, *Introdução à Ciência do Direito*, 26.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO MONTORO André, O problema das fontes do direito. Fontes formais e materiais. Perspetiva filosófica, sociológica e jurídica, *Revista de Informação Legislativa*, 1971, p. 7-12.

FREITAS DA ROCHA Joaquim, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos. Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues, *Globalização, MERCOSUL e crise do Estado-Nação: perspectivas para o Direito numa sociedade em mudança*, São Paulo, LTr, 1997.

GADAMER Hans-Georg, *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Tradução de Flávio Paulo Meurer, 3.ª ed., Petrópolis, Vozes, 1999.

GALARAZA MONTAÑO César, *Problemas constitucionales de la integración*, México, Ed. Porrúa, 2013.

GALGANO Francesco, Lex Mercatoria e globalizzazione, *Vita Notarile*, fascicolo 3, parte 1, 2005, p. 1253-1266.

GALVÃO TELES Miguel, Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – Em particular sobre o artigo 8º, nº 4, da Constituição Portuguesa, in MIRANDA Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do Seu Nascimento*, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 295-331.

GÁRATE Elizabeth Salmón, Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas, in NOVAK TLAVERA Fabián (dir.), *Derecho Comunitário Andino*, Lima, Fondo Editorial, 2003, p. 21-55.

GARCÍA Ricardo Alonso, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2014.

GARCÍA Ricardo Alonso, Un paseo por la jurisprudência supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración, in BOGDANDY Armin von, ARROYO César Landa, ANTONIAZZI Mariela Morales (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 581-632.

GILSSEN Jonh, *Introdução Histórica ao Direito*, 5ª Ed., tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GIUPPONI María Belén Olmos, Free Trade and Labour and Environmental Standards in MERCOSUR, *Columbia Internacional*, nº 81, 2014, p. 67-97.

GLITZ Frederico E. Z., Contrato, Globalização e Lex Mercatoria, São Paulo, Clássica Editora, 2014.

GOMÉS ANDRÉ José, Supranacionalismo in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 427-428.

GOMES CANOTILHO J. J., *Brancosos e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2008.

GOMES CANOTILHO J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003.

GOMES CANOTILHO J. J., Estado de Direito e Internormatividade, in SILVEIRA Alessandra (coord.), *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 171-185.

GOMES CANOTILHO J. J., Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível, *Católica Law Review*, vol. 1, n.º 1, 2017, p. 35-54.

GOMES CANOTILHO J. J.; MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

GOMES Eduardo Biacchi, Supranacionalidade e os blocos económicos, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 38, n.º 0, 2003, p. 159-183.

GOMES Eduardo Biachi, Integração econômica no Mercosul: opiniões consultivas e a democratização no acesso ao tribunal permanente de revisão, *Revista de Direito Internacional*, vol. 10, n.º 1, 2013, p. 128-137.

GÓMEZ-URRUTIA Marina Vargas, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Mexico, Oxford University Press, 2000.

GONZÁLEZ Jorge Chediak; RODRÍGUEZ Pablo Benítez, Acerca de la Competencia Consultiva del Tribunal Permanente de Revision del MERCOSUR y de la Experiencia del Poder Judicial del Uruguay en la Tramitación de Opiniones Consultivas, *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión*, año 2, n.º 4, 2014, p. 83-91.

GORJÃO-HENRIQUES Miguel, Regulamento, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 377-378.

GOUVEIA E MELO Pedro de, Recurso de Anulação in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 366-369.

GRIMMEL Andreas, "This is not life as it is lived here": the Court of Justice of the UE and the myth of judicial activism in the foundational period of integration through law, *European Journal of Legal Studies*, vol. 7, n.º 2, 2014, p. 61-83.

HAAS Ernst, The Challenge of Regionalism, *International Organization*, vol. 12, n.º 4, 1958, p. 440-458.

HAAS Ernst, *The Uniting of Europe: political, social, and economic forces, 1950-1957*, Stanford, Stanford University Press, 1968.

HABERLE Peter, *Derecho Constitucional Común Europeo*, Tradução de Emilio Mikunda Franco, *REP*, n.º 79, 1993, p. 7-46.

HÄBERLE Peter, *El Estado Constitucional*, Tradução de Héctor Fix-Fierro, México, 2001.

HÄBERLE Peter, El Tratado de reforma de Lisboa de 2007, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 18, 2012, disponível em «https://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/01PeterHaberle.htm», última visualização em 03-06-2019.

HÄBERLE Peter*, La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Tradução de Carlos Ramos, San Miguel, Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

HÄBERLE Peter, Métodos y princípios de la integración constitucional. Un catálogo de problemas, in MAC-GREGOR Eduardo Ferrer (coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo I, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 674.

HÄBERLE Peter, Palabras clave para el constitucionalismo de hoy – una perspectiva alemana, *THÊMIS – Revista de Derecho*, n.º 67, 2015, p. 15-22.

HÄBERLE Peter, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001.

HABERMAS Jürgen, *Between Facts and Norms – Contributions to a Discourse Theory of Law*, Boston, Blackwell Publishing, 1998.

HABERMAS Jürgen, Bringing the Integration of Citizens into Line with the Integration of States, *European Law Journal*, Vol. 18, N. 4, 2012, p. 485-488.

HABERMAS Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Tradução de Flávio Beno Siebeneichier, 2.ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS Jürgen, *Era das transições*, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS Jürgen, *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Tradução de Pere Fabra Abat, Daniel Gamper Sachse e Luis Pérez Díaz, Barcelona, Ediciones Paidós, 2000.

HABERMAS Jürgen, *Pensamento pós-metafísico*. Estudos filosóficos, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS Jürgen, The crisis of the European Union in the light of the constitutionalization of international law, *European Journal of International Law*, vol. 23, n.º 2, 2012, p. 335-348.

HABERMAS Jürgen, *Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa*, Lisboa, Edições 70, 2012.

HABERMAS Jürgen, Why Europe needs a Constitution?, *New Left Review*, n.º 11, 2001, p. 5-26.

HABERMAS Jürgen; TAYLOR Charles, *Multiculturalismo, Lotte per il Riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2005.

HALBERSTAM Daniel, Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States, in DUNOFF Jeff e TRACHTMAN Joel (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 326-355.

HALBERSTAM Daniel, 'It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, *University of Michigan Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n.º 439, 2015, p. 1-42.

HART Herbert L. A, *O conceito de Direito*, Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

HARTLEY Trevor C., *The Foundations of European Community Law*, 6.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenologia do espírito*, Tradução de Paulo Meneses, 5.ª ed., Petrópolis, Vozes, 2008.

HEIDEGGER Martin, *Heráclito*, Tradução de Márcia de Sá Calvancante Schuback, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1998.

HEIDEGGER Martin, *Ser e Tempo*, Tradução de Fausto Castilho, Campinas, Editora da Unicamp, 2012.

HELFER Laurence R.; ALTER Karen J.; GUERZOVICH Florencia, Islands of Effective International Adjudication: Constructing na Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community, *American Journal of International Law*, vol. 103, n.º 1, 2009, p. 1-47.

HELFER Laurence R; ALTER Karen J., The Andean Tribunal of Justice and its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community, *N.Y.U Journal of International Law and Politics*, vol. 41, 2009, p. 871-930.

HERNÁNDEZ Rodrigo Angel J., El principio de integracion de los aspectos economicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV, n.º 2, 2012, p. 133-161.

HERZ Mônica e HOFFMAN Andrea Ribeiro, *Organizações Internacionais*, Rio de Janeiro, Campus, 2004.

HERZ Mônica, HOFFMANN Andrea Ribeiro, TABAK Jana, *Organizações Internacionais: Histórias e Práticas*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2015.

HIGGINS Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

HINAREJOS Alicia, *Judicial control in the European Union: reforming jurisdiction in the intergovernmental pillars*, New York, Oxford University Press, 2009.

ISAAC Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, 5ª ed., Madrid, Ed. Ariel, 2000.

JACQUÉ Jean Paul, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, *Common Market Law Review*, n.º 48, 2011, p. 995-1023.

JACQUÉ Jean Paul; WEILER Joseph H. H., On the road to European Union – A New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference, *Common Market Law Review*, vol. 27, n.º 2, 1990, p. 185-207.

JACQUÉ Jean-Paul, The Principle of Institutional Balance, *Common Market Law Review,* Vol. 41, n°2, 2004, p. 383-391.

JAKLIC Klemen, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

JAREMBA Urszula, *National judges as EU law judges: The polish civil law system*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

JOERGES Christian, Europeizzazione come processo: tensioni tra la logica dell'integrazione e la logica della codificazione, in MELI Marisa e MAUGERI Maria Rosaria (eds.), *L'armonizzazione del Diritto Privato Europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 43-62.

JONES Erik; KELEMEN Daniel R., The Euro Goes to Court, *Survival: Global Politics and Strategy*, vol. 56, n°2, 2014, p.15-23.

JOUTSAMO Kari, The Role of Preliminary Rulings in the European Communities, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1979.

KELEMEN Daniel R., *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

KELEMEN Daniel R., Judicialisation, Democracy and European Integration, *Journal of Representative Democracy*, vol. 49, 2013, p. 295-308.

KELEMEN Daniel R., On the Unsustainability of Constitutional Pluralism. European Supremacy and the Survival of the Eurozone, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 23, n.º1, 2016, p. 136-150.

KELEMEN Daniel R., The political foundations of judicial independence in the European Union, *Paper prepared for presentation at the European Union Studies Association Biennial Convention, Boston*, MA, March 3-5, 2011, p. 1-22.

KELSEN Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6.ª ed., Tradução de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

KENT Penelope, *Law of the European Union*, 2.ª ed., London, M&E Pitman Publishing, 1996.

KIRCHHOF Paul, *The balance of powers between national and European institutions*, *European Law Journal*, vol. 5, n.º 3, 1999, p. 225-242.

KLAMERT Marcus, What we talk about when we talk about harmonization, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 17, 2015, p. 360-379.

KLAMERT Marcus; KOCHENOV Dimitry, Article 2 TEU, in KELLERBAUER Manuel, KLAMERT Marcus e TOMKIN Jonathan (eds.), *The Treaties and the Charter of Fundamental Rights – A Comentary*, Oxford, Oxford University Press, p. 22-30 (no prelo).

KLEINHEISTERKAMP Jan, Legal Certainty in the MERCOSUR: The Uniform Interpretation of Community Law, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 6, n.º 1, 2000, p. 5-34.

KLUMPP Marianne, La efectividad del sistema jurídico del Mercosul, in BASSO Maristela (org.), *MERCOSUL-MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 53-96.

KÜHNHARDT Ludger, *Region-Bulding - The global proliferation of regional integration*, vol.1, New York, Berghahn Books, 2010.

KUPER Richard, *The politics of the European Court of Justice*, London, Kogan Page, 1998.

LABRANO Roberto Ruiz Díaz, Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes, *Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano*, 2006.

LACROIX Justine, Does Europe Need Common Values? Habermas vs. Habermas, *European Journal of Political Theory*, vol. 8, n.º 2, 2009, p. 141-156.

LAFFRANQUE Julia, The Judicial System of Estonia and European Union Law, *International Journal of Legal Information*, Vol. 33, n° 2, 2005, p. 224-239.

LAGUNA Irene Roche, *La integración europea como limite a la soberania fiscal de los Estados miembros*, Valencia, Polo Europea Jean Monnet, Tirant lo Blanch, 2000.

LANCEIRO Rui Tavares, Decisão, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 137-140.

LANDA Cesar, Latin American constitutionalism between universality and cultural particularity, in BASTA FLEINER Lidija e MARINKOVI Tanasije (eds.), *Key developments in constitutionalism and constitutional law*, Hague, Eleven International Publishing, 2014, p. 83 -92.

LASSER Mitchel de S.-O.-l'E., *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

LEAL Rosemiro Pereira, *Curso de direito económico comunitário*, Porto Alegre, Síntese, 2002.

LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, Bruxelas, Bruylant, 2008.

LECOURT Robert, Le juge devant le marché commun, Genève, *Etudes at Travaux de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales*, 1970, p. 62-63.

LENAERTS Koen, The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice, in ADAMS Maurice, WAELE Henri de, MEEUSEN Johan, STRAETMANS Gert, *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Oxford , Hart Publishing, 2013.

LENAERTS Koen, The Unity of European Law and the Overload of the ECJ – The System of Preliminary Rulings revisited, in *The Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence*, New York, Oceana Publications, 2006, p. 173-201.

LENAERTS Koen; GUTIÉRREZ-FONS José A., To Say What The Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *European University Institute Working Papers*, AEL 2013/9, p. 1-48.

LENAERTS Koen; MASELIS Ignace; GUTMAN Kathleen, *EU Procedural Law*, New York, Oxford University Press, 2014.

LENAERTS Koen; VAN NUFFEL Piet, *European Union Law*, 3.º ed., London, Sweet & Maxwell, 2011.

LENARTS Koen; GUTIÉRREZ-FONZ José Antonio, The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice, in PEERS Steve, HERVEY Tamara, KENNER Jeff e WARD Angela (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1559 – 1593.

LINDSETH Peter L., Supranational Organizations, in HURD Ian e COGAN Katz Jacob (eds.), *Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 152-170.

LIXINSKI Lucas, Human Rights Law in Mercosur, in FRANCA FILHO Marcílio Toscano, LIXINSKI Lucas, OLMOS GIUPPONI María Belén (eds.), *The Law of MERCOSUR*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 351-364.

LOHSE Eva J., The meaning of harmonization in the context of European Union law – a process in need of definition, in ANDENAS Mads Tønnesson e ANDERSEN Camilla Baasch (eds.), *Theory and Practice of Harmonisation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 282-313.

LOMBAERDE Philippe de e RODRÍGUEZ Lizarazo, International Regionalism and National Constitutions: a Jurimetric Assessment, *EUI Working Papers/RSCAS*, n.º 72, 2014, p. 1-29.

LOPEZ Carrillo Marc, *El diálogo entre tribunales como condición necesaria para la tutela de los derechos fundamentales, Integración europea y poder judicial*, Bilbao, Instituto Vasco de Administracion Publica, 2006, p. 313-333.

LÓPEZ ESCUDERO Manuel Lo´pez; MARTÍN Jose´; NANCLARES Perez, *Derecho Comunitario Material*, Madrid, Ciencias Jurídicas/Mc Graw Hill, 2000.

LÓPEZ Pablo Eugenio Navarro, Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos, *Isonmí – Revistas de teoria y filosofia de derecho*, n.º 34, 2011, p. 109-140.

LUCAS PIRES Francisco, *A revolução europeia por Francisco Lucas Pires: antologia de textos*, in SANDE Paulo de Almeida (dir.), TEIXEIRA Filipa Gomes (coord.), 2.ª ed., Lisboa, Sofia Empis, 2008.

LUCAS PIRES, Francisco, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997.

LUHMANN Niklas, *Law as a Social System*, Tradução de Klaus A. Ziegert e Fatima Kastner, Oxford/New York, Oxford University Press, 2004.

MacCORMICK Neil, Beyond the sovereign State, *Modern Law Review*, vol. 56, n.º 1, 1993, p. 1-18.

MacCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

MacCORMICK Neil, The Maastricht Urteil: Sovereignty Now, *European Law Journal*, vol. 1, n.º 3, 1995, p. 259-266.

MACHADO Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, 1.ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

MADURO Miguel Poiares, *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, Principia, 2006.

MADURO Miguel Poiares; GRASSO Gianluca, Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?, *Il Diritto dell'Unione Europea*, Vol.3, Giuffrè Editore, 2009, p. 504-528.

MAGRASSI Mattia, Reti Guidiziarie ed Equilibrio Istituzionale nel Processo di Integrazione Europea, in TONIATTI Roberto e MAGRASSI Mattia (eds.), *Magistratura, Giurisdizione ed Equilibrio Istituzionale – Dinamiche e Confronti Europei e Comparati*, Milano, CEDAM, 2011, p. 393-422.

MAJONE Giandomenico, Europe's Democratic Deficit: the question of standards, *European Law Journal*, vol. 4, n.º 1, 1998, p. 5-28.

MAJONE Giandomenico, Unity in diversity: European integration and the enlargement process, *European Review Law*, vol. 33, n.º 4, 2008, p. 463-464.

MALAMUD Andrés, Conceptos, Teorias y Debates sobre la Integración Regional, *Norteamérica Revista Académica del CISAN-UNAM*, vol. 6, n.º 2, 2011, p. 219-249.

MALAMUD Andrés, The internal agenda of Mercosur: interdependence, leadership and institutionalization, in JARAMILLO grace (ed.), Quito, FLACSO, 2008, p. 115–35.

MALAMUD Andrés, Theories of Regional Integration and the Origins of MERCOSUR, in FRANCA FILHO Marcílio Toscano; LIXINSKI Lucas; OLMOS GIUPPONI María Belén (eds.), The Law of MERCOSUR, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 9-27.

MALINTOPPI Antonio, Il ravvicinamento delle legislazioni come problema di diritto internazionale, *Rivista di diritto internazionale*, 1959, p. 239-. 261.

MANCINI Federico G., Europe: The case for statehood, *European Law Journal*, Vol. 4, N.1, 1998, p. 29-42.

MANGAS MARTÍN Araceli; LIÑAN NOGUEAS Diego Julio, *Instituciones y derecho de la Union Europea*, Madrid, Ed. Tecnos, 2004.

MANSFIELD Edward D. e MILNER Helen V., The New Wave of Regionalism*, International Organization*, vol. 53, n.º 3, 1999, p. 589-627.

MARIATEGUI José, *Globalización e Integración Latinoamericana,* Lima, Parlamento Andino, 2009.

MARINAI Simone, La Corte di Giustizia e la sua interazione con gli organismi giurisdizionali dei sistemi economici regionali dell'America Latina, in PENNETTA Piero (ed.), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, Bari, Cacucci Editore, 2010, p. 283-315.

MARINAI Simone, *La fuzione giurisdizionale nelle organizzazione di integrazione regionale*, Torino, G. Giappichelli editore, 2012.

MARQUES Claudia Lima, O "direito do Mercosul": direito oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração, *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, ano 7, n.º 1, 2003, p. 61-88.

MARTÍN Araceli Mangas e NOGUEIRA Diego Liñán, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

MARTIN RODRIGUEZ Pablo J., La cuestión prejudicial como garantia constitucional: a vueltas con la relevância constitucional del derecho comunitário, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 24, n.º 72, 2004, p.315-346;

MARTINICO Giuseppe, The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law, *German Law Journal*, vol. 16, n.º 6, 2015, p. 1343-1374.

MARTOS Frederico Thales de Araujo; MARTOS José Antonio de Faria, *Las interceptaciones telefónicas en los países del Mercosur: doctrina y jurisprudencia en el proceso civil*, Franca, Lemos & Cruz, 2015.

MASTROIANNI Roberto, Alla ricerca di nuovi equilibri nei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali: la sentenza Taricco-bis, in AMALFITANO Chiara (coord.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, Milano, Giuffré, 2018, p. 135-152.

MASTROIANNI Roberto, Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XII, 1997, p.456-471.

MATA DIZ Jamile Bergamaschine, *MERCOSUR: orígen, fundamentos, normas y perspectivas*, Curitiba, Juruá, 2007.

MATA DIZ Jamile Bergamaschine; JAEGER JÚNIOR AUGUSTO, Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração, *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, n.º 2, 2015, p. 139-159.

MAYER Franz C., Competences – Reloaded? The vertical division of powers in the EU and the new European Constitution, *Humboldt-Universität zu Berlin WHI,* Paper n.°19, 2004, p. 1-40.

MAYOS Gonçal, Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de "fenómenos inter", in BORGES Alexandre Walmott e COELHO Saulo de Oliveira Pinto, *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: Desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Uberlândia, LAECC, 2015, p. 146-172.

MAYOS Gonçal, Atracción y repulsión ante la turboglobalización y los fenómenos-inter integración político-económica, interconstitucionalidad e interculturalidad, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 115, 2017, p. 357-390.

MAYOS Gonçal, Turboglobalização e os "fenómenos-inter", apresentado no âmbito *do IV Colóquio Internacional Macrofilosófico e I Colóquio sobre Interculturalidade, Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade*, que teve lugar na Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga, Portugal), nos dias 25 e 26 de Julho de 2014.

MAZZARESE Tecla, *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giapichelli, Torino, 2013.

McAULIFFE Karen, Behind The Scenes at the Court of Justice: Drafting EU Law Stories, in NICOLA Fernanda G., DAVIES Bill (eds.), *EU Law Stories: contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2017, p. 35-57.

MEJÍAS Jorge Luís Suárez, *Integración y Supranacionalidad en la Comunidad Andina: Proceso Decisorio, Sistema Jurisdiccional y Relación con los Derechos Nacionales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid , 2001.

MELLONE Marco, L'onere della notifica nell'ingiunzione di pagamento europea: il difficile rapporto tra modello processuale europeo e norme nazionali, *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol.2, Giuffrè Editore, 2014, p. 273-292.

MELO Gabriel Santiago Galán, Interpretación prejudicial y restricciones a la potestad jurisdicional de los Estados miembros de la CAN, *Foro – Revista de Derecho*, n.º 22, 2014, p. 87-106.

METCALF Katrin Nyman; PAPAGEORGIOU Ioannis, *Regional Integration and Courts of Justice*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005.

MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003.

MICKLITZ Hans-W., *The politics of judicial co-operation in the EU*, New York, Cambridge University Press, 2005.

MICKLITZ Hans-W.; DE WITTE Bruno (eds.*), The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*, Cambridge/Portland, Intersentia, 2012.

MITRANY David, *The Functional Theory of Politics*, New York, St. Martin's Press, 1976.

MOLANO-CRUZ Giovanni; KINGAH Stephen, Addressing Human Rights in the Court of Justice of the Andean Community and the Tribunal of the Southern African Development Community, *Columbia International*, n.º 81, 2014, p. 99-127.

MOREIRA Thiago Oliveira, *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*, Natal, EDUFRN, 2015.

MOREJÓN Bernardo Gortaire, La Comunidad Andina: un proceso sin ciudadanía real, *Revista Del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n.º 16, 2016, p. 89-110.

MOREJÓN Bernardo Gortaire, *La identidad como sustento para la integración regional: teoría de la integración identitaria*, Quito, Universidad de las Americas, 2016.

MORENO Pablo Antonio Valero, *La armonización del IVA comunitário: un proceso inacabado*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2001.

MORTELMANS Kamiel, Community Law: More than a Functional Area of Law, Less than a Legal System, *Legal Issues of European Integration*, vol. 23, n.º 1, 1996, p. 23-49.

MÖSTL Markus, Preconditions and Limits of Mutual Recognition, *Common Market Law Review*, vol. 47, n.º2, 2010, p. 405–436.

MOURA RAMOS Rui Manoel, *O Mercosul e a União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

MUÑOZ Juan Carlos Dueñas, La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, 2011, p. 29-58.

NADER Paulo, Introdução ao Estudo do Direito, 23.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

NASCIMENTO Claudia Lyra, O dilema da incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 43, n.º 172, 2006, p. 175-184.

NELKEN David, Towards a Sociology of Legal Adaptation, in FEEST Johannes e NELKEN David (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oñati International Series in Law and Society, vol. 5, Oxfordd, Hart, 2001, p. 7-54.

NEVES Marcelo, *Entre Têmis e Leviatã - uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

NEVES Marcelo, La concepción de Estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional, in BOGDANDY Armin von, ARROYO César Landa, ANTONIAZZI Mariela Morales (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 51-111.

NEVES Marcelo, Transconstitutionalism – Brief Consideration with Special Reference to Latin America, in SILVEIRA Alessandra, CANOTILHO Mariana e FROUFE Pedro Madeira (eds.), *Citizenship*

and Solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the Crises, the State of the Art, Brussels, Peter Lang, 2013, p. 265-299.

NICOLA Fernanda G., National Legal Traditions at Work in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 64, N. 4, 2016, p. 865–889.

NIETZCHE Friedrich, *A Filosofia na Idade Trágica dos Gregos*, Lisboa, Edições 70, 2009.

NOGUEIRA Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO Henrique Sartori de Almeida Prado, MERCOSUL: Do Sistema de Solução de Controvérsias à Solicitação de Opiniones Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário Brasileiro, *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, ano 2, vol. 4, 2014, p. 27- 47.

NOWAK Tobias; AMTENBRINK Fabian; HERTOGH Marc; WISSINK Mark, *National Judges as European Union Judges: Knowledge, Experiences and Attitudes of Lower Court Judges in Germany and the Netherlands*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2011.

NUGENT Neill, *Government and Politics of the European Union,* Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2003.

OLIVEIRA Francielle Vieira, *Direitos Humanos e Democracia: Fundamentação Filosófica em Jürgen Habermas*, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Uberlândia, 2010.

OLIVEIRA Francielle Vieira, Integração Jurídica e diálogo entre tribunais: o papel do reenvio prejudicial e da opinião consultiva respetivamente nos sistemas jurídicos da União Europeia e do MERCOSUL, *Revista Jurídica UNICURITIBA*, vol. 4, n.° 45, 2016, p. 712-733.

OLIVEIRA Francielle Vieira, Cooperação entre tribunais nacionais e europeu por via do mecanismo de reenvio prejudicial: da interpretação e aplicação homogénea do direito da União Europeia à tutela jurisdicional efetiva dos seus cidadãos (ou dos danos causados aos particulares em decorrência da omissão do reenvio prejudicial obrigatório), in RODRIGUES Noronha José (ed.), *Global to Local Law News*, n.° 25, ano III, março/2016, p. 8-22.

OLIVEIRA Francielle Vieira, Direitos Fundamentais: que futuro após o parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia? Breves comentários, in GONÇALVES Rubén Miranda (coord.), *Derechos Humanos y Juventud*, Santiago de Compostela, Xunta de Galícia, 2015, p. 299-324.

OLIVEIRA Francielle Vieira, Método Comunitário, in BRANDÃO Ana Paula, COUTINHO Francisco Pereira, ABREU Joana Covelo de e CAMISÃO Isabel (orgs.), *Enciclopédia da União Europeia*, 1 ª ed., vol. 1, Lisboa, Petrony, 2017, p. 257-258.

OLIVEIRA Francielle Vieira, *O processo de constitucionalização e democratização europeu (ou da legitimação jurídico-política da União Europeia)*, Dissertação de Mestrado, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013.

OLIVEIRA Maria Ângela Jardim de Santa Cruz, Judicial Diplomacy: The Role of the Supreme Courts in Mercosur Legal Integration, *Havard International Law Journal*, vol. 48, 2007, p. 93-100.

OLIVEIRA PAIS Sofia, RIBEIRO Maria de Fátima, *Dois Temas de Direito Comunitário do Trabalho. Incumprimento das Directivas comunitárias. O tempo de Trabalho no Direito Comunitário*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2000.

OLIVEIRA PAIS Sofia, Princípio da Interpretação Conforme, in OLIVEIRA PAIS Sofia (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma Abordagem Jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 93-107.

OLIVEIRA Sofia Pais (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.

OLMOS GIUPPONI María Belén, El Tratamiento de los Derechos Humanos en el Espacio Andino de Integración, *Revista Derecho & Sociedad Asociación Civil*, n.º 24, 2005, p. 323-336.

OLMOS GIUPPONI María Belén, Sources of Law in MERCOSUR – Analysis of the Current Situation and Proposals for the Future, in FRANCA FILHO Marcílio Toscano, LIXINSKI Lucas, OLMOS GIUPPONI María Belén (eds.), *The Law of MERCOSUR*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 57-72.

ONIDA Valerio, La Costituzione del 1948, ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale, *Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 9-10 gennaio 2008, disponível em «http://www.astrid-online.it/» última visualização em 03-06-2019.

OOIK Ronald van, The European Court of Justice and the Division of Competences in the European Union, in OBRADOVIC Daniela e LAVRANOS Nikolaos (cords.), *Interface between EU law and national law proceedings of the annual Colloquium of the G.K. van Hogendorp Centre for European Constitutional Studies*, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2007, p. 13-40.

OST François, Law as Translation, in ADAMS Maurice e HEIRBAUT Dirk (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2014.

OTERMÍN Jorge Pérez, *El Mercado Común del Sur, desde Asunción a Ouro Preto – Aspectos jurídicos institucionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

PACHECO Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro, O Sistema de Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia – Entre a Autonomia e o Compromisso, *Revista Julgar*, n.º 14, 2011, p. 11-28.

PATRÃO Afonso, O Direito Derivado da União Europeia à Luz do Tratado de Lisboa, *Revista "Temas de Integração"*, n.º 26, 2008, p. 139-167.

PAUNIO Elina, Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order, *German Law Journal*, vol. 10, n.º 11, 2009, p. 1469-1493.

PAUNIO Elina, Conflict, power, and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts, *No Foundation: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 4, n.º 7, 2010, p. 6-23.

PENNERA Christian, The Begginnings of the Court of Justice and its Role as a Driving Force in European Integration, *Journal of European intégration history*, vol. 1, 1995, p. 111-127.

PEREIRA Ana Cristina Paulo, *O Novo Quadro Jurídico das Relaçaões Comerciais na América Latina: MERCOSUL*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 1997.

PERNICE Ingolf, A difficult partnership between courts: the first preliminary reference by the German Federal Constitutional Court to the CJUE, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, n.° 1, 2014, p. 3-13.

PERNICE Ingolf, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration – German Constitution and Multilevel Constitutionalism, in RIEDEL Eibe (ed.), *German Reports on Public Law*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 40-66.

PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n.° 3, 2015, p. 541-562.

PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?, *Common Market Law Review*, vol. 36, n.° 4, 1999, p. 703-750.

PERNICE Ingolf, Multilevel Constitutionalism in the European Union, *Walter Hallstein-Institut - WHI Paper*, n.° 5, 2002, p. 1-15.

PEROTTI Alejandro Daniel, Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el Derecho Andino, *Díkaion*, vol. 16, n.° 11, 2002, p. 127-153.

PEROTTI Alejandro Daniel, El control de la legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional, *Revista Agenda Internacional*, vol. 13, n.° 24, 2007, p. 101-114.

PEROTTI Alejandro Daniel, Estructura institucional y derecho en el Mercosur, *Revista de derecho del Mercosur*, ano 6, n.° 1, 2002, p. 63-137.

PEROTTI Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Konrad-Adenauer Uruguay, Montevideo, 2004.

PEROTTI Alejandro Daniel, La obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, in COTTER Juan Patricio (coord.), *Estudios de Derecho aduanero – Homenaje a los treinta años del Código Aduanero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, p. 453-484.

PEROTTI Alejandro Daniel, *Los Principios del Derecho Comunitario y el Derecho Interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el Derecho del Mercosur*, Montevideo, Juridica, 2006.

PEROTTI Alejandro Daniel, Mercosur: proceso legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalizacion, *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, vol. 2, 2007, p. 609- 664.

PEROTTI Alejandro Daniel, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Marcial Pons/Konrad Adenauer, 2008.

PESCATORE Pierre, *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelas, Bruylant, 2008.

PESCATORE Pierre, *L'Ordre juridique des Communautés européennes*, 2ª ed., Liège, Bruylant, 2006.

PESCATORE Pierre, *The Law of Integration*, Leiden, Sijthoff, 1974.

PESCATORE Pierre, *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias: o recurso prejudicial do artigo 177º do Tratado CEE e a cooperação do Tribunal com as Jurisdições Nacionais*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1986, p. 7-72.

PETER Anne, AZNAR GÓMEZ Mariano J., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ Ignácio (eds.), *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

PETRACCHI Enrique, Derecho Comunitario debe regular la integración, entrevista publicada em *MERCOSUR ABC*, em 15 de fevereiro de 2006, disponível em «https://www.mercosurabc.com.ar/derecho_comunitario_debe_regular_la_integracion», última visualização em 03-06-2019.

PETRIĆ Davor, The principle of subsidiarity in the European Union: 'Gobbledygook' entrapped between justiciability and political scrutiny? The way forward, *Zagrebačka Pravna Revija*, vol. 6, n.º 3, 2017, p. 287-318

PHELAN William, Enforcement and Escape in the Andean Community: Why the Andean Community of Nations is Not a Replica of the European Union, *Journal of Common Market Studies*, vol. 53, n°4, 2015, p. 840-856.

PIÇARRA Nuno, As incidências do Direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos Estados-Membros, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, 2010, p. 209-226.

PIÇARRA Nuno, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177º do Tratado*, Lisboa, AAFDL, 1999.

PIÇARRA Nuno; COUTINHO Francisco Pereira, The "Europeanization"of the Portuguese Courts, *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 4, 2012, p. 73-88.

PIERDOMINICI Leonardo, The Theory of EU Constitutional Pluralism: a crisis in a crisis?, *Perspectives on Federalism*, vol. 9, n.º 2, 2017, p. 119-153.

PIMENTEL Luiz Otávio; DREYZIN DE KLOR Adriana, O sistema de solução de controvérsias do Mercosul, in DREYZIN DE KLOR Adriana, PIMENTEL Luiz Otávio, KEGEL Patrícia Luíza e BARRAL Welber (orgs.), *Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul*, Rio de Janeiro, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 141-225.

PINTO María Elena, Seguridad democrática e integración en los países andinos: ¿consolidación o fragmentación? Comentario Internacional, *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, Quito, 2001, p. 29-51.

PIOVESAN Flávia, *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, Saraiva, 2007.

PIQANI Darinka, Arguments for a holistic approach in European Constitutionalism: what role for national institutions in avoiding constitutional conflicts between national constitutions and EU Law, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n.º 3, 2012, p. 493-522.

PIRES Francisco Lucas, A experiência comunitária do sistema de governo da Constituição Portuguesa, in MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 831-850.

PIRES Francisco Lucas, *Introdução ao direito constitucional europeu, Almedina*, Coimbra, 1997.

PIRIS Jean-Claude, *Il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2013.

PITKIN Hanna, Obligation and Consent – II, *The American Political Science Review*, vol. 60, n.º 1, 1966, p. 39- 52.

PIVA Paolo, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Jovene Editore, 2008.

PIZZORUSSO Alessandro, La produción normativa en tiempos de globalización, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 11, 2009, p. 231-318.

PLAZAS VEGA Mauricio A., *Derecho tributario Comunitario, la armonización tributaria en el Sistema Andino de integración*, 1ª ed. Legis Editores S.A., Bogotá, 2001.

POCAR Fausto, BARUFFI Maria Caterina (coord.), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, 2.ª ed., CEDAM, 2014.

POIARES MADURO Miguel, *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, Princípia, Cascais, 2006.

POIARES MADURO Miguel, Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 2, 2007, p. 1-21.

POIARES MADURO Miguel, O superavit democrático europeu, *Análise Social*, vol. XXXVI, 2001.

POIARES MADURO Miguel, *Revisiting the Free Movement of Goods in a Comparative Perspective, The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, T.M.C. Asser Press/Springer, The Hague, 2013, p. 485-503.

POIARES MADURO Miguel, The Heteronyms of European Law, *European Law Journal*, vol. 5, n.º 2, 1999, p. 160-168.

POIARES MADURO Miguel, Three Claims of Constitutional Pluralism, in AVBELJ Matej e KOMÁREK Jan (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 67–84.

POIARES MADURO Miguel, Um constitucionalismo para várias constituições: o pensamento constitucional europeu de Francisco Lucas Pires, *A revolução europeia por Francisco Lucas Pires – antologia de textos*, Publicação do Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, 2008, p. 121-123.

POLLACK Mark, Learning from EU Law Stories: The European Court and its Interlocutors Revisited, in NICOLA Fernanda G., DAVIES Bill (eds.), *EU Law Stories: contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2017, p. 577-602.

POLLACK Mark, *The Engines of Integration: Supranational autonomy and influence in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

POLLICINO Oreste, From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court*, European Constitutional Law Review*, vol. 10, n.º 1, 2014, p. 143-153.

POLLICINO Oreste, La corte costituzionale e una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo n. 16, *Il Diritto dell'Unione Europea*, Vol. 2, Giuffrè Editore, 2014.

POPELIER Patricia; HEYNING Catherine Van de; NUFFEL Piet Van (eds.), *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011.

PUCEIRO RIPOLL Roberto, *El Protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significado en el regimen de solución de controversias del Mercosur, Câmara dos Deputados, Solução de controvérsias no Mercosul*, Brasília, Coordenação de Publicações, 2003, p. 189-208.

PUCEIRO RIPOLL Roberto, Guía - Opiniones consultivas en el régimen del Protocolo de Olivos, *Análisis del CURI*, n.º 4, 2009, p. 1-9.

QUADROS Fausto de, Constituição Europeia e Constituições Nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu, in TELLES Inocêncio Galvão (ed.), *O Direito*, Coimbra, Almedina, Coimbra, 2005, p. 687-698.

QUADROS Fausto de; GUERRA MARTINS Ana Maria, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

QUADROS Fausto de; MARTINS Ana Maria Guerra, *Contencioso comunitário*, Coimbra, Almedina, 2002.

QUADROS Fausto de, *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.

QUADROS Inês, *A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, Almedina, 2006.

QUADROS Inês, Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1987 – Processo 314/85 Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost, in PAIS Sofia Oliveira (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia - Uma Abordagem Jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 236-251.

QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

QUINDIMIL LÓPEZ Jorge Antonio, La soberania amenazada: globalización y supranacionalidad en el marco de la integración de América Latina, *Revista de Estudios y Pesquisas Avanzadas*, vol. 3, n.º 1, 2016, p. 155-177.

QUINDIMIL LÓPEZ, El acesso a Tribunales de Justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitária, in RAMOS Mario Hernandez, ARNÁIZ Alejandro Sáiz, PÉRES TORRES Aida, GARAGARZA Maite Zelaia (dirs.), *Tribunales en organizaciones de integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2012, p. 108-123.

RANGEL Paulo Castro, *O estado do Estado – Ensaios de Política Constitucional sobre Democracia e Justiça,* Alfragide, Dom Quixote, 2009.

RANGEL Paulo Castro, Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. Uma leitura crítica do pensamento 'transconstitucional' de Marcelo Neves, *Tribunal Constitucional - 35.º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 151-174.

RAZ Joseph, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

RAZ Joseph, *The Rule of Law and Its Virtue, in* RAZ Joseph *(ed.), The Authority of Law***,** Oxford, Oxford University Press, 2009.

REALE Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 27.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

REZEK José Francisco, *Direito Internacional Público: curso elementar*, 13.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

RICCA Mario, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

RICCA Mario, L'ombra del diritto. Le "parti mute" dell'agire sociale e la traduzione interculturale, *"EIC", Rivista on-line dell'associazione italiana di studi semiotici*, sezione saggi, 2011, p. 1-47.

RICCA Mario, *Oltre Babele, Codici per Una Democrazia Interculturale*, Dedalo, Bari, 2008.

RICHARD Yann, *Integração Regional, regionalização, regionalismo: as palavras e as coisas*, Tradução de Camilo Pereira Carniro Filho, *Confins – Revista Franco-Brasileira de Geografia*, n.º 20, 2014, p. 1-48.

RICHARDSON Diana, Colombia y la Comunidad Andina de Naciones (CAN) frente al proceso de globalización económica internacional. Aproximación normativa al TLC con Estados Unidos, *Revista de Derecho Fiscal*, n.º 4, 2011, p. 269-282.

ROCHA Maria Elizabeth Guimarães Teixeira, A incorporação das normativas mercosulinas e as constituições dos Estados-Partes: o desafio das superações da normatividade estatal, *Revista Universitas Relações Internacionais – UniCEUB*, vol. 9, n.º 1, 2011, p. 1-37.

ROCHA Maria Elizabeth Guimarães Teixeira, MERCOSUL: Intergovernabilidade e desafios à supranacionalidade. Uma análise sobre as constituições dos Estados-Partes e seus reflexos no prcesso de integração, in MONTE Mario Ferreira, CALHEIROS Maria Clara, PEREIRA Maria Assunção do Vale e GONÇALVES Anabela (orgs.), *Direito na Lusofonia – Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, Braga, EDUM, 2016, p. 287-294.

RODRIGUES Maria Eugénia Martins de Nazaré, Anotação ao artigo 267 do TFUE", in LOPES PORTO Manuel e ANASTÁCIO Gonçalo (coords.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 962-966.

RODRÍGUEZ Walker San Miguel, El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y su mecanismo de solución de controvérsias, *Acuerdos Revista de Derecho Económico Internacional*, 2017, p. 14-27.

ROSAS Allan, EU External Relations: Exclusive Competence Revisited, *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n.º 4, 2015, p. 1073-1096.

ROSAS Allan, The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 2, 2007, p. 121-136

ROSAS Allan, The national Judge as EU judge: Opinion 1/09, in CARDONNEL Pascal, ROSAS Allan, WAHL Nils, *Constitutionalising the EU Judicial System: Essay in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 105-121.

ROSAS Allan, The preliminary Rulings Procedure, in PATTERSON Dennis, SÖDERSTEN Anna (eds.), *A Companion to European Union Law and International Law*, John Wiley & Sons, 2016, p. 214-228.

ROSAS Allan, The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, n.º 5, 2011, p. 1304-1345.

ROSAS Allan; LEVITS Egils; BOT Yves (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case law*, Hague, Asser Press, 2013.

ROSENFELD Michel, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, London/New York, 2010.

ROSSI Lucia Serena, Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana, *Federalismi.it – Rivista telematica*, n.º 16, 2018, p. 1-14.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

RUGGERI Antonio, Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento intercostituzionale, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.º 4, 2013, p. 1-18.

RUGGERI Antonio, Come Costruire e Preservare le Tradizioni dei Diritti in Europa?, *Consulta Online Periodico Telematico*, n.º 3, 2015, p. 835-850, disponível em «http://www.giurcost.org/studi/index.html» última visualização em 03-06-2019.

RUGGERI Antonio, Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento intercostituzionale, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, n.º 9, 2009, p. 1-30.

RUGGERI Antonio, Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo intercostituzionale, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.º 2, 2001, p. 544-574.

RUIZ DÍAZ-LABRANO Roberto, Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión a través de los tribunales superiores de los Estados partes, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 629-651.

ŠADL Urška; PANAGIS Ioannis, What is a Leading Case in European Union Law? An Empirical Analysis, *European Law Review*, Vol. 40, 2015, p. 15-34.

SALDANHA Jânia Maria Lopes; RATKIEWICZ Ana Carolina Machado, O Acesso à Justiça no MERCOSUL: A Criação de um Tribunal Supranacional como Condição de Possibilidade para o Exercício da Cidadania no Bloco, *Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana – UFSM*, vol. 2, n.º 1, 2005, p. 55-64.

SALDÍAS Osvaldo, Networks, Courts and Regional Integration – Explaining the Establishment of the Andean Court of Justice, *KFG – The Transformative Power of Europe , Working Paper* n.º 20, 2010, p. 1-28.

SALGADO ESPINOZA Oswaldo, *El ABC del Derecho para la integración*, Cuenca, Ed. Edislat, 2010.

SALGADO PEÑAHERRERA, Germanico, *El Grupo Andino de Hoy: Eslabón hacia la integración de Sudamerica*, Quito, Universidad Andina Simón Bolivar del Ecuador, 1995.

SAMTLEBEN Jürgen, *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika: beiträge aus internationaler und regionaler perspective*, Aachen, Shaker Verlag, 2010, p. 278-293.

SANTOS DA COSTA Rogério, MERCOSUL: Antecedentes, Formação e Sistema Institucional, in SILVA Karine de Souza e SANTOS DA COSTA Rogério, *Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia, MERCOSUL e UNASUL*, Florianópolis, Editora UFSC, 2013, p. 191-232.

SANTOS DA COSTA Rogério, A América do Sul em Integração: uma perspectiva brasileira, in SILVA Karine de Souza; SANTOS DA COSTA Rogério (orgs)., *Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia; Mercosul e UNASUL*, Florianópolis, Editora UFSC, 2013, p. 275-283.

SANTOS Maria Carolina Alves, *A lição de Heráclito*, *Trans-Form-Ação*, São Paulo, UNESP, vol. 13, n.º 1, 1990, p. 1-9.

SARMIENTO Daniel, La Sentencia UPA (C-50/00), los particulars y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 3, 2002, p. 531-577.

SARMIENTO Daniel, *Poder Judicial e integración europea. La construción de um modelo jurisdicional para a Unión*, Madrid, Civitas, 2004.

SASAKI OTANI María Ángela, El Régimen de Responsabilidad Patrimonial de los Países Miembros de la Comunidad Andina frente a los Particulares por Daños Derivados del Incumplimiento del Derecho Comunitario, *Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica*, 2018, p. 43-72, disponível em «http://repositorio.pucp.edu.pe», última visualização em 03-06-2019.

SCHEECK Laurent, The diplomacy of European judicial networks in times of constitutional crisis, in SNYDER Francis, MAHER Imelda (eds.), *The evolution of the European courts: institutional change and continuity*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 17-35.

SCHILLACI Angelo, El sistema constitucional de Itália, *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, ano 7, n.º 14, 2010, p. 75-115.

SCHIMITTER Philippe, If the Nation-State Were to Wither away in Europe, What Might Replace it?, in GUSTAVSSON Sverker and LEWIN Leif (eds.), *The Future of the Nation State*, Stockhom, Nerenius & SanteYus, 1996, p. 90-131.

SCHIMMELFENNIG Frank, Competition and Community: constitutional courts, rhetorical action, and the institutionalization of human rights in the European Union, *Journal of European Public Policy*, vol. 13, n.º 8, 2006, p. 1247-1264.

SCHMITTHOFF Clive M., *The Sources of the Law of International Trade*, London, Stevens & Sons, 1964.

SCHNEIDER Stefan Staiger, *Access to justice in multilevel trade regulation: Brazil, MERCOSUR and the WTO*, Florence, European University Institute, 2014.

SCHOLTEN Paul, *General Method of Private Law, Chapter 1 of Volume I (General Part) of Mr. C. Asser's Manual for the Practice of Dutch Civil Law,* Preprint, 1ª ed., Amsterdam, Digital Paul Scholten Project, 2014.

SCHROEDER Werner; MÜLLER Andreas T., Elements of supranationality in the Law of the International Organizations, in FASTENRATH Ulrich, GEIGER Rudolf, KAHN Daniel-Erasmus, PAULUS Andreas, SCHORLEMER Sabine Von e VEDDER Christoph (eds.), *From Bilateralism to Community Interest*, *Essay in Hounor of Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 358 - 378.

SHAW Jo, Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law?, *European University Institute Working Papers* n.° 62, 2011

SILVA Karine de Souza; SANTOS DA COSTA Rogério, *Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia; Mercosul e UNASUL*, Florianópolis, Editora da UFSC, 2013.

SILVA Maria Manuela Magalhães, A aplicabilidade direta do direito da União Europeia no direito interno, *Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença*, n° 9, 2012, p. 179-195.

SILVEIRA Alessandra, A responsabilidade do Estado-juiz por violação do Direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, *Scientia Ivridica*, tomo LVII, n.º 315, 2008, p. 427-452.

SILVEIRA Alessandra, Comentário ao art.º 51.º (âmbito de aplicação), in SILVEIRA Alessandra e CANOTILHO Mariana Rodrigues (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013.

SILVEIRA Alessandra, Constituição, Ordenamento e Aplicação de Normas Europeias e Nacionais, *Polis Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n.º 17, 2008, p. 65-84.

SILVEIRA Alessandra, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos. Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Coimbra, Almedina, 2007.

SILVEIRA Alessandra, Da interconstitucionalidade na União Europeia (ou do esbatimento de fronteiras entre ordens jurídicas), *Scientia Ivridica*, tomo LX, n.º 326, 2011, p. 211-223.

SILVEIRA Alessandra, Da jurisprudência do TJUE pós-Brexit sobre cidadania europeia. A recuperação do fio de Ariadne identitário?, *UNIO EU Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 49-64.

SILVEIRA Alessandra, Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial, in BORGES Alexandre Walmott e PINTO COELHO Saulo de Oliveira (coord.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Uberlândia, LAECC, 2015, p. 20-84.

SILVEIRA Alessandra, International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia, *International Studies on Law and Education*, 2016, nº 24, p. 71-76.

SILVEIRA Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência*, 2.ª ed., Quid Juris, 2011.

SILVEIRA Alessandra, Sull'esercizio delle competenze dell'Unione europea: il Parlamento portoghese e il giudizio di conformità al principio di sussidiarietà, in BILANCIA Paola (coord.), *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Milano, CEDAM/Wolters Kluwer, 2011, p. 273-298.

SILVEIRA Alessandra; ABREU Joana, Percorrendo os circuitos da federalização judiciária: inquietações e expetativas sobre direitos fundamentais e reenvio prejudicial diante do hibridismo da Procuradoria Europeia, in SANTOS Margarida, MONTE Mário Ferreira, MONTEIRO Fernando Conde (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria* Europeia, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, 2017, p. 45-68.

SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, A saga Taricco continua: entre identidade constitucional do Estado-Membro e nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais – onde fica a efetividade do Direito da UE?, *Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS*, vol. 12, n.º 1, 2017, p. 5-32.

SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, Anotação aos acórdãos (TEDH) Ferreira Santos Pardal c. Portugal e (TJUE) Ferreira da Silva e Brito (ou do "grito do Ipiranga" dos lesados do direito da União Europeia no exercício da função jurisdicional), *Revista Julgar Online*, 2015, p. 1-15, disponível em «http://julgar.pt/anotacao-aos-acordaos-tedh-ferreira-santos-pardal-c-portugal-e-tjue-ferreira-da-silva-e-brito/», última visualização em 03-06-2019.

SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, Coordenadas de vertebração de uma metódica da interconstitucionalidade a partir de um caso de estudo sobre a responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União, in AMARAL Maria Lúcia (org.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 579-598.

SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, E pur si muove! After all, we do have a highest level of protection of fundamental rights... (about the Taricco saga), *UNIO EU Law Journal*, 2017, disponível em «https://officialblogofunio.com/2017/12/14/e-pur-si-muove-after-all-we-do-have-a-highest-level-of-protection-of-fundamental-rights-about-the-taricco-saga/», última visualização em 03-06-2019.

SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, O Porteiro e a Lei – a propósito da possibilidade de interposição de recurso de despacho de reenvio prejudicial à luz do direito da União Europeia, *Revista Julgar Online*, n.º 14, 2011, p. 113-133.

SILVEIRA Alessandra; FREITAS Pedro Miguel, Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados ("metadados") nos Estados-Membros da UE: uma leitura jusfundamental, *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 47-68.

SILVEIRA, Alessandra, Autonomia institucional/processual dos Estados-Membros e efetividade do direito da União Europeia na jurisprudência do TJUE (ou do baile de Pierre-Auguste Renoir), in REBELO DE SOUSA Marcelo, QUADROS Fausto de, OTERO Paulo, VERA-CRUZ Eduardo e OLIVEIRA Telma, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 11-33.

SILVEIRA, Alessandra, União Europeia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo), in SILVEIRA Alessandra (org.), *Direito da União Europeia e transnacionalidade,* Acção Jean Monnet (Information and Research Activities), Quid juris, Lisboa, 2010, p. 7-42.

SIMIONATO Frederico Augusto Monte, Métodos de harmonização legislativa na UE e no MERCOSUL: uma análise comparativa, in BASSO Maristela (coord.), *MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 117-142.

SLAUGHTER Anne-Marie, A Tipology of Transjudicial Communication, *University of Richmond Law Review*, vol. 19, n.º 1, 1994, p. 99-137.

SLEPCEVIC Reinhard, On the strategic use of the preliminary reference system: plausible assumptions v. empirical reality, *European University Institute Working Papers* n.º 24, 2009, p. 1-14.

SLEPCEVIC Reinhard, Using the supremacy of European law through national courts: legal reality but empirical myth?, in SNYDER Francis e MAHER Imelda (eds.), *The evolution of the European courts: institutional change and continuity*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 67-87.

SOARES António Goucha, A Divisão de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, *Revista de Relações Internacionais*, vol. 1, 2004, p. 55-68.

SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Tomo 3, Barcelona, Montaner y Simon, 1963.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA Juan José, Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración Europea de Portugal y España, in MIRANDA Jorge (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 799-830.

SORRENTINO Federico, La tutela multilivello dei diritti, relazione al XIX Convegno annuale dell'A.I.C. sul tema "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale", Padova, 22-23 ottobre 2004, *Rivista italiana di diritto pubbico comparato*, Vol. 1, 2005, p. 79-98.

SORRENTINO Federico, Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 3, 2002, p. 1355-1361.

SOTO Alfredo M.; GONZÁLEZ Flávio F., *Manual de derecho de la integración*, 2ª ed. atualizada, Buenos Aires, La Ley, 2016.

SOUZA, José Cavalcante de, *Os Pensadores Pré-socráticos*, 2.ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1978.

SPADARO Antonino, La crisi delle costituzioni di "compromesso" e il ruolo dei cattolici in Europa, *atti del convegno: Il neocostituzionalismo e la questione antropologica*, Torino, 30 marzo 2007, disponível em «http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/torino300307/spadaro.html» última visualização em 03-06-2019.

SPADARO Antonino, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, ESI, 1990.

SPAVENTA Eleanor, A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n.º 1, 2015, p. 35-56.

SPAVENTA Eleanor, *Federalisation Versus Centralisation: Tensions in Fundamental Rights Discourse in the EU, 50 Years of the European treaties: looking back and thinking forward*, Oxford, Hart Publishing, p. 343-364.

SPAVENTA Eleanor, The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law, in ARNULL Anthony, BARNARD Catherine, DOUGAN Michael, SPAVENTA Eleanor (orgs.), *A Constitutional Order of State*, London, Bloomsburry, 2011, p. 199-218.

STADEN Andreas von, Subsidiarity in Regional Integration Regimes in Latin America, *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, n.º 2, 2016 p. 27-52.

STRAZZARI Davide, Cooperazione Giudiziaria nell'UE e principio del mutuo riconoscimiento: quali riflessi sullo strumento del rinvio pregiudiziale?, in TONIATTI Roberto e MAGRASSI Mattia (orgs.), *Magistratura, Gurisdizione ed Equilibri Istituzionali. Dinamiche e Confronti Europei e Comparati*, Milano, CEDAM, 2011, p. 543-572.

SUÁREZ Dunia Marinas, *El control iusfundamental de los actos legislativos de la Unión Europea. Una aproximación desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

SWEET Alec Stone, *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, New York, Oxford University Press, 2000.

SWEET Alec Stone, What is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory, *Faculty Scholarship Series*, Paper 91, 1994, p. 441-473.

SWEET Alec Stone, Why Europe Rejected American Judicial Review and Why It May Not Matter, *Michigan Law Review*, vol. 101, n.º 8, p. 2744-2780.

SWEET Alec Stone., Constitutional Dialogues in European Community, in SLAUGHTER Anne-Marie; SWEET Alec Stone.; WEILER Joseph H. H. (eds.), *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, Hart, 1998, p. 305-330.

TALAVERA Fabián Novak, La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico, in HIDALGO Óscar e TALAVERA Fabián Novak (eds.), *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Peru, 2003, p. 57-100.

TAMM Ditlev, *The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin, in The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, T.M.C. Asser Press/Springer, The Hague, 2013, p. 9-35.

TAVARES Sérgio Maia, Da Insularidade Constitucional às Constelações Integracionistas: acquis communautaire da União Européia e a normativa comunitária do MERCOSUL, *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 13, 2014, p. 1-52.

TESAURO Giuseppe, *Diritto Comunitario*, Padova, CEDAM, 1995.

TESAURO Giuseppe, Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione Europea, *Il Diritto dell'Unione Europea*, Vol. 3, 2013, p. 483-511.

TESAURO Giuseppe, Il Dialogo tra Giudice Italiano e Corti Europee, *Atti del Convegno Nazionale Nuovi Assetti delle Fonti del Diritto del Lavoro*, CASPUR-CIBER Publishing, 2011, p. 1-11.

TIMMERMANS Christiaan, Multilevel judicial co-operation, in CARDONNEL Pascal, ROSAS Allan e WAHL Nils (eds.), *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 17-19.

TIZZANO Antonio, Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine político e istituzionale: la Corte di Giustizia dell'UE, *Il Dititto dell'Unione Europea*, n.°4, vol. 17, 2012, p. 811-849.

TOBÓN Natalia Franco, La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina, *Universitas*, n.° 54, 2005, p. 461-482.

TOLEDO Ricardo Vigil, El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos, in RAMOS Mario Hernandez, ARNÁIZ Alejandro Sáiz, PÉRES TORRES Aida e GARAGARZA Maite Zelaia (dirs.), *Tribunales en organizaciones de integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2012, p. 215-236.

TOLEDO Ricardo Vigil, La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, p. 939-948.

TOLEDO Ricardo Vigil, *La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011.

TORRES Augustín, Derecho Tributario Comunitario, in BELSÚNCE Horacio García (org.), *Tratado de Tributación*, *Derecho Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003.

TOTH Akos G., Is Subsidiarity Justiciable?, *European Law Review*, vol. 19, n.° 3, 1994, p. 268-278.

TROIANI Umberto, *Verso un diritto contrattuale europeo: il processo di armonizzazione dele regole e l'individuazione di principi ordinanti nei lavori della Commissione UE*, Tese de Doutoramento, Roma, Dipartimento di Scienze Aziendale ed Economico Giuridiche dell'Università degli studi Roma Tre, 2008.

TRUBEK David M. e TRUBEK Louise G., Hard and Soft Law in the Construction of the Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination, *European Law Journal*, vol. 11, n.° 3, 2005, p. 342-364.

TULLY James, *Strange multiplicity – constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, 1995.

TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Aldershot, Ashgate, 2002.

TUORI Kaarlo, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

TUORI Kaarlo, Vers une théorie du droit transnational, *Revue internationale de droit économique*, vol. 27, n.°1, 2013, p. 9-36.

UGARTEMENDIA Juanjo, El juez nacional como garante de los derechos en el ámbito comunitario, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.° 65-II, p. 205-228.

URIBE RESTREPO Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.

VAN DEN BRINK Ton, The Impact of EU Legislation on National Legal Systems: Towards a New Approach to EU-Member State Relations, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, 2017, p. 211-235.

VAN HOECKE Mark, *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford 2002.

VAUCHEZ Antonie, The transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU polity, *European Law Journal*, Vol. 16, n.°1, 2010, p. 1-29.

VENTURA Deisy, *As assimetrias entre MERCOSUL e UE*, Barueri, Manole, 2003.

VENTURA Deisy, *Asimetrías Cruzadas o Cubismo Normativo. La incorporación de normas en el MERCOSUR. Profundización del MERCOSUR y el desafio de las disparidades*, Rio de Janeiro, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración y Programas Regionales, Departamento Regional de Operaciones 1, Instituto para la integración de América Latina y el Caribe, 2005.

VENTURA Deisy, *Las Asimetrias entre la Unión Europea y el MERCOSUR: los desafíos de una asociación interregional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005.

VENTURA Deisy; PEROTTI Alejandro Daniel, *El Proceso Legislativo del Mercosur*, Montevideu, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

VENZKE Ingo, The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation, *Loyola of Los angeles International and Comparative Law review*, Vol. 34, 2011, p. 99-131.

VERGOTTINI Giuseppe, Reflecting on the progress of constitutionalism, in BASTA FLEINER Lidija R., MARINKOVIC Tanasije (eds.), *Key developments in constitutionalism and constitutional law*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, p. 265-270.

VERHOEVEN Amaryllis, *The European Union in search of a democratic and constitutional theory*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.

VEROLA Nicola, *L'Europa legittima. Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Firenze, Passigli Editore, 2006.

VIANA GARCÉS Andrée, Sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina, *Foro constitucional iberoamericano*, n.º 10, 2005, p. 77 -144.

VIEGAS Vera Lúcia, Teoria da harmonização jurídica: alguns esclarecimentos, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 9, n.º 3, 2004, p. 617-655.

VIEIRA Luciane Klein, *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho a la Integración*, Buenos Aires, B de F Editores, 2011.

VIGANÒ Francesco, Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n.º 24/2017 della Corte Costituzionale sul caso Taricco, *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, Editore Luca Santa Maria, 2017, p. 1-16.

VIRZO Roberto, The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, nº 10, 2011, p. 285-313.

VISSER Maartje de; CLAES Monica, Judicial Networks, in LAROUCHE Pierre e CSERNE Péter (eds.), *National legal systems and globalization*, The Hague, Asser Press, 2013, p. 346-368.

WALDRON Jeremy, Legislating with Integrity, *Fordham Law Review*, vol. 72 , n.º 2, 2003, p. 373-394.

WALDRON Jeremy, Legislators' Intentions and Unintentional Legislation, in MARMOR Andrei (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 329-354.

WALKER Neil, Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe, in DE BÚRCA Gráinne e SCOTT Joanne (eds.), *Constitutional Change in the EU: from uniformity to flexibility?*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, p. 9-30.

WALKER Neil, Legal Theory and The European Union: A 25th Anniversary Essay, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n.º 4, 2005, p. 581-601.

WALKER Neil, Postnational Constitutionalism and the problem of translation, in WEILER Joseph H. H.h e WIND Marlene (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 27-54.

WALKER Neil, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review*, vol. 65, n.º 3, 2002, p. 317-359.

WALLGREN Malin, *Exploring the outer limits of article 114 TFEU – towards a general power? An analysis of non-market objectives and "measures having as their object the establishment and functioning of the internal market"*, Dissertação de Mestrado, Uppsala, Departamento de Direito da Uppsala Universitet, 2016.

WEATHERILL Stephen, *Cases and Materials on EU Law*, 12.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.

WEATHERILL Stephen, Maximum versus Minimum Harmonization: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market, in SHUIBHNE Niamh Nic e GORMLEY Laurence W. (eds.), *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher*, 2012, p. 175-199.

WEATHERILL Stephen, The Limits of Legislative Harmonization Ten Years After Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a 'Drafting Guide', *German Law Journal*, vol. 13, nº 03, 2011, p. 827-864.

WEATHERILL Stephen, Why Harmonise?, in TRIDIMAS Takis e NEBBIA Padisa (eds.), *EU Law for the XXI Century*, vol. 2, London, Blomsburry Publishing, 2004, p. 11-32.

WEILER Joseph H. H, Does Europe need a constitution? Demos, telos and the German Maastricht decision, *European Law Journal,* vol. 1, n. 3, 1995, p. 219-258.

WEILER Joseph H. H, Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts, in DE BÚRCA Gráinne e WEILER Joseph H. H., *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 8-18.

WEILER Joseph H. H, The community system: the dual character of supranationalism, *Yearbook of European Law*, vol. 1, n.º 1, 1981, p. 267–306.

WEILER Joseph H. H, The transformation of Europe, *Yale Law Journal*, vol. 100, n.º 8, 1991, p. 2405-2483.

WEILER Joseph H. H., *The Constitution of Europe – Do the New Clothes Have an Emperor? And Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

WEILER Joseph H. H.; TRACHTMAN Joel P., European Constitutionalism and its discontents, *Northwestern Journal of International Law &Business*, vol. 17, n.º 1, 1997, p. 354-397.

WIND Marlene, The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review, *Journal of Common Market Studies*, vol. 48, issue 4, 2010, p. 1039-1063.

ZAGREBELSKY Gustavo, (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 3ª ed., 2005.

ZAGREBELSKY Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY Gustavo, *La dottrina del diritto vivente*, Giurisprudenza Costituzionale, 1986, p. 1148-1146.

ZAGREBELSKY Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale - Il Sistema delle Fonti del Diritto*, vol.1, UTET, Turim, 1987.

ZALDUENDO Susana Czar de, La Reglamentación de las Opiniones Consultivas en el Mercosur, in BASSO Maristela (org.)., *MERCOSUL-MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 99-123.

ZURN Michael, The State in the Post-National Constellation – Societal Denationalization and Multi-Level Governance, *Arena Working Papers*, n.° 35, 1999, p. 1-43.

JURISPRUDÊNCIA

A. Jurisprudência do TJUE

Acórdão *Accor*, processo C-310/09 do TJUE, de 15 de setembro de 2011

Acórdão *Adeneler*, processo do TJUE C-212/04, de 4 de julho de 2006

Acórdão *AERT*, processo 22/70 do TJUE, de 31 de março de 1971

Acórdão *Åkerberg Fransson*, processo C-617/10 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013

Acórdão *Alemanha c. Parlamento Europeu e Conselho*, processo C-376/98 do TJUE, de 5 de Outubro de 2000

Acórdão *Altair Chimica*, processo C-207/01 do TJUE, de 11 de setembro de 2003

Acórdão *Aranyosi/Căldăraru*, processos apensos C-404/15 e C-659/15 PPU do TJUE, de 5 de abril de 2016

Acórdão *Ascendi*, processo C-377/13 do TJUE, de 12 de junho de 2014

Acórdão *Beck e Bergdorf*, processo C-355/97 do TJUE, de 7 de setembro de 1999

Acórdão *Becker*, processo do TJUE C-8/81, de 19 de janeiro de 1982

Acórdão *Bosman*, processo C-415/93 do TJUE, 15 de dezembro de 1995

Acórdão *Bozeti*, processo C-179/84 do TJUE, de 9 de julho de 1985

Acórdão *Brasserie du Pêcheur* , processos apensos C-46/93 e C-48/93, de 5 de março de 1996.

Acórdão *British American Tobacco e Imperial Tobacco*, processo C-491/01 do TJUE, de 10 de dezembro de 2002

Acórdão *Bruno*, processos apensos C-395/08 e C-396/08 do TJUE, de 10 de junho de 2010

Acórdão *Byankiv*, processo C-249/11 do TJUE, de 4 de outubro de 2012

Acórdão *Calpak c. Comissão*, processos apensos 789 e 790/79 do TJUE, de 17 junho de 1980

Acórdão *Carbonari*, processo C-131/97 do TJUE, de 25 de fevereiro de 1999

Arcórdão *Cartésio*, processo C-210/06 do TJUE, 16 de dezembro de 2008, n.ºs 70 e 90

Acórdão *Cassis de Dijon*, processo 120/78 do TJUE, de 20 de fevereiro de 1979

Acórdão *CILFIT*, processo 283/81 do TJUE, de 6 de outubro de 1982

Acórdão *Coman*, processo C-673/16 do TJUE, de 5 de junho de 2018

Acórdão *Comissão c. Alemanha*, processo 325/82 do TJUE, de 14 de fevereiro de 1984

Acórdão *Comissão c. Bélgica*, processo 77/69 do TJUE, de 5 de maio de 1970

Acórdão *Comissão c. Conselho*, processo 45/86 do TJUE, de 26 de março de 1987

Acórdão *Comissão c. Conselho*, processo C-22/70 do TJUE, de 31 de março de 1971

Acórdão *Comissão c. Espanha*, processo C-158/08 do TJUE, de 12 de novembro de 2009

Acórdão *Comissão c. França*, processo 232/78 do TJUE, de 25 de setembro de 1979

Acórdão *Comissão c. França*, processo C-225/97 do TJUE, de 19 de maio de 1999

Acórdão *Comissão c. França*, processo C-265/95 do TJUE, de 9 de dezembro de 1997

Acórdão *Comissão c. França*, Processo C-416/17 do TJUE, de 4 de outubro de 2018

Acórdão *Comissão c. França*, processos apensos C-6/69 e C-11/69 do TJUE, de 10 de dezembro de 1969

Acórdão *Comissão c. Grão-Ducado do Luxemburgo e Reino da Bélgica*, processos apensos do TJUE 90/63 e 91/63, de 13 de novembro de 1964.

Acórdão Comissão c. Grão-Ducado do Luxemburgo, processo C-51/08 do TJUE, de 24 de maio de 2011

Acórdão *Comissão c. Irlanda*, Processo C-459/03 do TJUE, de 30 de maio de 2006

Acórdão *Comissão c. Itália*, processo 48/71 do TJUE, de 13 de Julho de 1972

Acórdão *Comissão c. Itália*, processo C-129/00 do TJUE, de 9 de dezembo de 2003

Acórdão *Comissão c. Itália*, processo do TJUE 52/75, de 26 de fevereiro de 1976

Acórdão *Comissão c. Luxemburgo e Bélgica*, processo do TJUE 90-91/63, de 13 de novembro de 1964

Acórdão *Comissão c. República Italiana*, processo 48-71, do TJUE, de 13 de Julho de 1972.

Acórdão *Comissão c. República Italiana,* processo C-379/10 do TJUE, de 24 de novembro de 2011

Acórdão *Corsica Ferries Italia Srl c. Corpo dei piloti del porto di Genova*, processo C-18/93 do TJUE, 17 de maio de 1994

Acórdão *Costa c. E.N.E.L.,* processo 6/64 do TJUE, de 15 de julho de 1964

Acórdão *Costa c. E.N.E.L.*, processo do TJUE 6/64, de 1964

Acórdão *Demirkan*, processo C-211/11 do TJUE, de 24 de setembro de 2013

Acórdão *Denuit e Cordenier*, processo C-125/04 do TJUE, de 27 de janeiro de 2005

Acórdão *Digibet e Albers*, processo C-156/13 do TJUE, de 12 de junho de 2014

Acórdão *Digital Rights Ireland*, processos apensos C-293/12 e C-594/12 do TJUE, de 8 de abril 2014

Acórdão *Dorsch Consult*, processo C-54/96 do TJUE, de 17 de setembro 1997

Acórdão *Elchinov*, processo C-173/09 do TJUE, de 5 de outubro de 2010

Acórdão *Enka,* processo C-38/77, de 23 de novembro de 1977

Acórdão *ERT/DEP*, processo C-260/89 do TJUE, de 18 de junho de 1991

Acórdão *Faccini Dori*, processo do TJUE C-91/92, de 14 de junho de 1994

Acórdão *Factortame*, do TJUE, processo C-213/89 do TJUE, de 19 de junho de 1990

Acórdão *Fattoria autonoma tabacchi*, processo apensos C-254/94, C-255/94 e C-269/94 do TJUE, de 12 de setembro de 1996

Acórdão *Fédération Charbonnière de Belgique*, processo 8/55 do TJUE, de 29 de novembro de 1956

Acórdão *Ferreira da Silva e Brito*, processo C-160/14 do TJUE, de 9 de setembro de 2015

Acórdão *Foglia c. Novelo*, processo C-244/80 do TJUE, de 16 de dezembro de 1981

Acórdão *Foto-Frost*, processo C-314/85 do TJUE, de 22 de otubro de 1987

Acórdão *Francovich* Processo C-6/90 do TJUE, de 19 de novembro de 1991.

Acórdão *Francovich*, do TJUE, processos apensos C-6/90 e C-9/90, de 19 de novembro de 1991

Acórdão *Franz Grad*, processo 9/70 do TJUE, de 6 de outubro de 1970

Acórdão *Fromançais c. Forma*, processo 66/82 do TJUE, de 23 de fevereiro de 1983

Acórdão *Gabalfrisa*, processos apensos C-110/98 a C-147/98 do TJUE, de 21 de março de 2000

Acórdão *Grad c. Finanzamt Traunstein*, processo C-9/70 do TJUE, de 06 de outubro de 1970

Acórdão *Grant c. South-West*, processo C-249 do TJUE, de 17 de fevereiro de 1998

Acórdão *Grimaldi*, processo C-322/88 do TJUE, de 13 de novembro de 1989

Acórdão *Grzelczyk*, processo C-184/99 do TJUE, de 20 de setembro de 2001

Acórdão *Haaga*, processo 32/74 do TJUE, de 12 de novembro de 1974

Acórdão *Hansa Fleish*, processo C-156/91 do TJUE, de 10 de novembro de 1992

Acórdão *Harz*, processo 79/83 do TJUE, de 10 de abril de 1984

Acórdão *Hauer*, processo 44/79 do TJUE, de 13 de dezembro de 1979

Acórdão *Herbert Karner*, processo C-71/02 do TJUE, de 25 de março de 2004

Acórdão *Hessische Knappschaft c. Maison Singer*, processo 44/65 do TJUE, de 9 de dezembro de 1965

Acórdão *IATA*, processo C-344/04 do TJUE, de 10 de janeiro de 2006

Acórdão *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, processo TJUE C-129/96 do TJUE, de 18 de dezembro de 1997

Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, processo C-11/70, de 17 de dezembro de 1970

Acórdão *Jeremy F.*, processo C-168/13 PPU do TJUE, de 30 de maio de 2013

Acórdão *Johnston*, processo C-222/84 do TJUE, de 15 de maio de 1986

Acórdão *Kadi*, processos apensos C-402/05 e C-415/05 do TJUE, de 3 de setembro de 2008

Acórdão *Köbler*, processo C-224/01 do TJUE, de 30 de setembro de 2003

Acórdão *Kolpinghnis Nijmegen*, processo 80/86 do TJUE, de 8 de outubro de 1987

Acórdão *Križan*, processo C-416/10 do TJUE, 15 de janeiro de 2013

Acórdão *Lars Erik Staffan Lindberg*, processo C-267/03 do TJUE , de 21 de abril de 2005

Acórdão *Las*, processo C-202/11 do TJUE, de 16 de abril de 2013

Acórdão *Les Verts*, processo 294/83, do TJUE, de 23 de abril de 1986

Acórdão *Lidl & Companhia*, processos apensos C-106/10 do TJUE, de 28 de Julho de 2011

Acórdão *Lomas*, processo TJUE C-5/94 do TJUE, de 23 de maio de 1996

Acórdão *Lyckeskog*, processo C-99/00 do TJUE, de 4 de junho de 2002, n.ºs 14-15.

Acórdão *M. H. Marshall,* processo n.º C-152/84, do TJUE, de 26 de fevereiro de 1986.

Acórdão *M.A.S. e M.B.*, processo C-42/17 do TJUE, de 5 de dezembro de 2017

Acórdão *Mangold*, processo C-144/04 do TJUE, de 22 de novembro de 2005.

Acórdão *Maribel Dominguez*, processo C-282/10 do TJUE, de 24 de janeiro de 2012

Acórdão *Marleasing*, processo do TJUE C-106/89, de 13 de novembro de 1990

Acórdão *Mattheus c. Doego*, processo 93/78 do TJUE, de 22 de novembro de 1978

Acórdão *Mazzalai*, processo do TJUE 111/75, de 20 de maio de 1976

Acórdão *Melki e Abdeli*, processo C-188/10 do TJUE, 22 de junho de 2010, n.º 51.

Acórdão *Melloni*, processo C-399/11 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013

Acórdão *Meroni*, processo 9/56, do TJUE, de 13 de junho de 1958

Acórdão *Nold*, processo 4/73 do TJUE, de 14 de maio de 1974

Acórdão *O'Brien*, processo C-393/10 do TJUE, de 1 de março de 2012

Acórdão *Omega*, processo C-36/02 do TJUE, de 14 de outubro de 2004

Acórdão *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, processo C-305/05 do TJUE, de 26 de junho de 2007

Acórdão *Os Verdes*, processo 294/83 do TJUE, de 23 de abril de 1986

Acórdão *Österreichischer Rundfunk*, processos apensos C-465/00, C-138/01 e C-139/01 do TJUE, de 20 de maio de 2003

Acórdão *Paint Graphos*, processos apensos C-78/08 a C-80/08 do TJUE, de 8 de setembro de 2011

Acórdão *Paola Faccini*, processo C-91/92 do TJUE, de 14 de julho de 1994

Acórdão *Parfums Christian Dior*, processo C-337/95 do TJUE, de 4 de novembro de 1997.

Acórdão *Parlamento Europeu c. Conselho*, processo C-65/90 do TJUE, de 16 de Julho de 1992

Acórdão *Pfeiffer*, processos apensos C-397/01 a C-403/01 do TJUE, de 5 de outubro de 2004

Acórdão *Pretore di Salò*, processo 14/86 do TJUE, de 11 de junho de 1987.

Acórdão *Pupino*, processo C-105/03 do TJUE, de 16 de junho de 2005

Acórdão *Ratti*, processo C-148/78 do TJUE, de 5 de abril de 1979

Acórdão *Redmond*, processo C-83/78 do TJUE, de 29 de novembro de 1978

Acórdão *Reino Unido c. Conselho*, processo C-84/94 do TJUE, de 12 de novembro de 1996

Acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf, p*rocesso 166/73 do TJUE, de 16 de janeiro de 1974

Acórdão *Rombi e Arkopharma*, processo C-107/97 do TJUE, de 18 de maio de 2000

Acórdão *Rottmann*, processo C-135/08 do TJUE, de 2 de março de 2010

Acórdão *Runevič-Vardyn e Wardyn*, processo C-391/09 do TJUE, de 12 de maio de 2011

Acórdão *Rutili*, processo 36/75 do TJUE, de 28 de outubro de 1975

Acórdão *San Giorgio*, processo 199/82 do TJUE, de 9 de novembro de 1983

Acórdão *Sayn-Wittgenstein*, processo C-208/09 do TJUE, de 22 de dezembro de 2010

Acórdão *Schmidberger*, processo C-112/00 do TJUE, de 12 de junho de 2003

Acórdão *Schwarze contra Einfuhr*, processo 16/65 do TJUE, de 1 de dezembro de 1965

Acórdão *Sepahan*, processo C-45/15 P, do TJUE, de 30 de maio de 2017

Acórdão *Simmenthal*, processo 106/77 do TJUE, de 9 de março de 1978

Acórdão *Standesamt Stadt Niebüll*, processo C-96/04 do TJUE, de 27 de abril de 2006

Acórdão *Stauder*, processo 29/69 do TJUE, de 12 de novembro de 1969

Acórdão *Stichting Natuur en Milieu,* processos apensos C-165/09 a C-167/09 do TJUE, de 26 de maio de 2011

Acórdão *Taricco*, processo C-105/14 do TJUE, de 8 de setembro de 2015

Acórdão *Tele2*, processos apensos C-203/15 e C-698/15 do TJUE, de 21 de dezembro de 2016

Acórdão *Terhoeve*, processo C-18/95 do TJUE, de 26 de janeiro de 1999

Acórdão *Test Claimants*, processo C-35/11 do TJUE, de 13 de novembro de 2012

Acórdão *Tetra Pak Rausing SA*, processo T-51/89 do TJUE, de 10 de Julho de 1990

Acórdão *Torresi*, processos apensos C-58/13 e 59/13 do TJUE, de 17 de julho de 2014

Acórdão *Traghetti del Mediterraneo*, processo C-173/03 do TJUE, de 13 de junho de 2006

Acórdão *Vaassen-Göbbels*, processo 61/65 do TJUE, de 30 de junho de 1966.

Acórdão *Van Duyn*, processo C-41/74 do TJUE, de 4 de dezembro de 1974

Acórdão *Van Gend & Loos*, processo C-26/62 do TJUE, de 5 de fevereiro de 1963.

Acórdão *Variola*, processo do TJUE 34/73, de 10 de outubro de 1973

Acórdão *Vodafone*, C-58/08 do TJUE, de 8 de junho de 2010

Acórdão *Von Colson e Kamann*, processo C-14/83 do TJUE, de 10 de abril de 1984

Acórdão *Wachauf*, processo 5/88 do TJUE, de 13 de Julho de 1989

Acórdão *Zoni*, processo 90/86 do TJUE, 14 de Julho de 1988

Conclusões da advogada-geral Juliane Kokott, apresentadas em 12 de junho de 2008, no processo C-239/07 do TJUE, acórdão *Sabatauskas*, de 9 de outubro de 2008

Conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston apresentadas em 21 de dezembro de 2016 no parecer 2/15 do TJUE, EUSFTA – *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de Singapura*, de 16 de maio de 2017

Conclusões do advogado-geral Cruz Villalón, apresentadas em 14 de janeiro de 2015, no processo C-62/14 do TJUE, acórdão *Gauweiler*, de 16 de junho de 2015

Conclusões do advogado-geral Miguel Poaires Maduro, apresentadas em 21 de maio de 2008, no processo C-127/07 do TJUE, o acórdão *Arcelor*, de 16 de dezembro de 2008

Conclusões do advogado-geral Miguel Poaires Maduro, apresentadas em 22 de maio de 2008, no processo C-210/06 do TJUE, acórdão *Cartesio*, de 16 de dezembro de 2008

Conclusões do advogado-geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 20 de setembro de 2005, no processo C-53/04 do TJUE, acórdão *Marrosu and Sardino*, de 7 de setembro de 2006

Conclusões do advogado-geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 8 de outubro de 2008, no processo C-213/07 do TJUE, acórdão *Michaniki*, de 16 de dezembro de 2008

Conclusões do advogado-geral Philippe Léger, apresentadas em 8 de abril de 2003, no processo C-224/01 do TJUE, acórdão *Köbler*, de 30 de setembro de 2003.

Conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentadas em 18 de julho de 2017, no processo C-42/17 do TJUE, acórdão *M.A.S. e M.B.*, de 5 de dezembro de 2017

Conclusões do advogado-geral Yves Bot, apresentadas em 2 de outubro de 2012, no processo C-399/11 do TJUE, acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013

Despacho *Ac. Merck Canada Inc,* processo C-555/13 do TJUE, de 13 de fevereiro de 2014

Despacho *Affatato*, processo C-3/10 do TJUE, de 1 de outubro de 2010

Parecer 1/00 do TJUE, *Espaço de Aviação Comum Europeu*, de 18 de abril de 2002

Parecer 1/76 do TJUE, *Acordo que institui um Fundo de Imobilização da Navegação Interior*, de 26 de abril de 1977

Parecer 1/91 do TJUE, *Acordo Espaço Económico Europeu,* de 14 de dezembro de 1991

Parecer 1/94, *Acordos Anexos ao Acordo OMC*, de 15 de novembro de 1994

Parecer 2/13 do TJUE, *Acordo de Adesão à CEDH*, de 18 de dezembro de 2014

Parecer *2/15* do TJUE, EUSFTA – *Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e a República de* Singapura, de 16 de maio de 2017

Parecer 2/94 do TJUE, *Adesão da Comunidade à CEDH,* de 28 de março de 1996

Parecer 2/00 do TJUE, Protocolo de Cartagena sobre Biosegurança, de 6 de dezembro de 2001

B. Jurisprudência do TJCA

Decisão no processo 03-AI-2010 do TJCA, de 26 de agosto de 2011

Decisão no processo 03-AI-96 do TJCA, de 24 de março de 1997

Decisão no processo 07-AI-99 do TJCA, de 12 de novembro de 1999

Decisão no processo 091-IP-2008 do TJCA, de 28 de outubro de 2008

Decisão no processo 10-IP-94 do TJCA, de 17 de Março de 1995

Decisão no processo 114-AI-2004 do TJCA, de 8 de dezembro de 2005

Decisão no processo 118-AI-2003 do TJCA, de 14 de abril de 2005

Decisão no processo 11-IP-96 do TJCA, de 29 de agosto de 1997

Decisão no processo 1-1P-87 do TJCA, de 3 de dezembro de 1987

Decisão no processo 121-IP-2004 do TJCA, de 6 de outubro de 2004

Decisão no processo 129-IP-2012 do TJCA, de 25 de abril de 2013

Decisão no processo 14-AN-2001 do TJCA, de 1 de fevereiro de 2002

Decisão no processo 14-IP-2007 do TJCA, de 21 de março de 2007

Decisão no processo 157-IP-2004 do TJCA, de 2 de fevereiro de 2005

Decisão no processo 165-IP-2004 do TJCA, de 6 de abril de 2005

Decisão no processo 19-AI-99 do TJCA, de 2 de junho de 2000

Decisão no processo 1-AN-96 do TJCA, de 16 de abril de 1997

Decisão no processo 1-AN-97 do TJCA, de 26 de fevereiro de 1998

Decisão no processo 1-IP-87 do TJCA, de 3 de dezembro de 1987

Decisão no processo 1-IP-89 do TJCA, de 25 de abril de 1989

Decisão no processo 1-IP-90 do TJCA, de 18 de setembro de 1990

Decisão no processo 1-IP-94 do TJCA, de 11 de outubro de 1994

Decisão no processo 1-IP-96 do TJCA, de 9 de dezembro de 1996

Decisão no processo 214-NA-2005 do TJCA, 17 de novembro de 2006

Decisão no processo 2-IP-88 do TJCA, de 25 de maio de 1988

Decisão no processo 2-IP-91 do TJCA, de 26 de fevereiro de 1991

Decisão no processo 31-IP-2005 do TJCA, de 4 de agosto de 1993

Decisão no processo 37-IP-2003 do TJCA, de 18 de junho de 2003

Decisão no processo 3-AI-96 do TJCA, de 24 de março de 1997

Decisão no processo 3-AI-98 do TJCA, de 11 de fevereiro de 1999

Decisão no processo 3-IP-90 do TJCA, de 25 de setembro de 1990

Decisão no processo 3-IP-91 do TJCA, de 22 de outubro de 1991

Decisão no processo 3-IP-93 do TJCA, de 13 de julho de 1993

Decisão no processo 4-IP-88 do TJCA, de 9 de dezembro de 1988

Decisão no processo 5-IP-89 do TJCA, de 26 de outubro de 1989

Decisão no processo 6-IP-93 do TJCA, de 25 de fevereiro de 1994

Decisão no processo 81-IP-2017 do TJCA, de 16 de julho de 2018

Decisão no processo 89-AI-2000 do TJCA, de 28 de setembro de 2001

Decisão no processo 90-IP-2008 do TJCA, de 22 de agosto de 2008

C. Jurisprudência do TAHM e do TPR

Decisão no I laudo arbitral do TAHM, de 28 de abril de 1999

Decisão no IV laudo arbitral do TAHM, de 21 de maio de 2001

Decisão no VII laudo arbitral do TAHM, de 19 de abril de 2002

Decisão no IX laudo arbitral do TAHM, de 4 de abril de 2003

Decisão no laudo arbitral do TAHM, de 25 de otubro de 2005

Decisão no laudo arbitral 01/05 do TPR, de 20 de dezembro de 2005

Decisão no laudo arbitral 01/07 do TPR, de 08 de junho de 2007

Decisão no laudo arbitral 01/08 do TPR, de 25 de abril de 2008

Decisão na opinião consultiva 01/2007 do TPR, de 3 de abril de 2007

Decisão na opinião consultiva 01/2008 do TPR, de 24 de abril de 2009

Decisão na opinião consultiva 01/2009 do TPR, de 15 de junho de 2009

D. Jurisprudência do TEDH

Acórdão do TEDH *Schooten e Rezabek c. Bélgica*, de 20 de setembro de 2011

Acórdão do TEDH *Vergauwen e outros c. Bélgica*, de 20 de setembro de 2012

Acórdão do TEDH *Dahbi c. Itália*, de 8 de abril de 2014

Acórdão do TEDH *Schipani c. Itália*, de 21 de julho de 2015

E. Jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano

Ordinanza n.º 168/91 do Tribunal Constitucional Italiano, de 29 de março de 1991

Ordinanza n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017

Ordinanza n.º 24/2017 do Tribunal Constitucional italiano, de 26 de janeiro de 2017

Ordinanza n.º 536/95 do Tribunal Constitucional Italiano, de 21 de novembro de 1995

Sentenza n.º 170/1984 do Tribunal Constitucional italiano, de 8 de junho de 1984

Sentenza n.º 183/1973 do Tribunal Constitucional italiano, de 27 de dezembro de 1973

Sentenza n.º 232/1989 do Tribunal Constitucional italiano, de 13 de abril de 1989

F. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão

Acórdão *Solange I*, processo 2 BvL 52/71 do Tribunal Constitucional Alemão, de 29 de maio de 1974

Acórdão *Solange II*, processo 2 BvR 197/83 do Tribunal Constitucional Alemão, de 22 de outubro de 1986

Acórdão *Maastricht*, processo BVerfG 89/155 do Tribunal Constitucional Alemão, de 11 de agosto de 1993

Acórdão *Lisboa*, processo BVerfG, 2 BvE 2/08 do Tribunal Constitucional Alemão, de 30 de junho de 2009

G. Jurisprudência do Tribunal Supremo de Justiça da Argentina

Decisão no processo TF 22.046-A da *Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina*, de 21 de maio de 2013

H. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil

Decisão no Agravo Regimental em Carta Rogatória n.º 8.279/98 do STF, de 17 de Junho de 1998