

O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COOPERAÇÃO JUDICIAL OU DIÁLOGO DE SURDOS?

José Luís da Cruz Vilaça*

1. O que está em causa

O acórdão do 2º Senado¹ do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (adiante “TC alemão” ou “TC” ou ainda “*Bundesverfassungsgericht*” ou “*BverfG*”), de 5 de maio, sobre o programa PSPP – *Public Sector Purchase Programme* (programa de compra de ativos do setor público em mercados secundários) do Banco Central Europeu (BCE), provocou ondas de choque em toda a Europa – e não apenas nos meios jurídicos habitualmente atentos e interessados – e tem suscitado, além de reações institucionais diversas, um vivo debate nos meios de comunicação social e numa opinião pública preocupada com o futuro da União Europeia.

Não é caso para menos: o debate jurisdicional entre o TC alemão e o Tribunal de Justiça da UE (adiante também designado “Tribunal de Justiça”, “TJUE” ou “TJ”) suscita, inevitavelmente, a questão essencial de saber se é possível evitar o risco de desagregação constitucional na UE.

Como antigo juiz do Tribunal de Justiça, tenho pelo TC alemão o maior respeito institucional - o mesmo respeito que me merece qualquer outro tribunal constitucional de qualquer outro Estado-membro da União Europeia.

* Sócio Administrador da CVA; Antigo Advogado-Geral e Juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia; Antigo Presidente do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (atual Tribunal Geral da UE).

¹ Em português, diríamos 2ª Secção.

Convém, porém, que nos entendamos sobre o papel e a missão de cada um num mundo em mudança permanente, no qual, se queremos preservar o essencial, há linhas que não podem ser ultrapassadas.

Seria um erro tratar este episódio como um mero incidente de percurso, rapidamente absorvível e que não deixará sequelas. Do que estamos a falar é do projeto europeu, não exatamente como foi concebido e posto em prática a seguir à II Grande Guerra, mas com a forma, o espírito e o desígnio de que se foi dotando ao longo dos anos, para responder aos desafios de cada tempo.

2. O papel dinâmico do diálogo constitucional na União e o passo em frente do TC alemão

O TC alemão desempenhou, no passado, um papel de relevo como motor de desenvolvimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça que, na ausência de um catálogo escrito de direitos fundamentais nos Tratados comunitários, conduziram ao reforço dos fundamentos da ordem jurídica da União. Com efeito, foi por pressão da jurisprudência do *BverfG*² – mas também da *Corte Costituzionale* italiana³ – que, entre finais dos anos 50 e finais dos anos 70 do século passado, o Tribunal de Justiça foi

² Decisão de 18.10.1967, e acórdão de 29.5.1974, *BverfG* 37, para. 271 (conhecido como *Solange I*), in *Europarecht*, 1975, pp 150 e segts., bem como acórdão de 22.10.1986, *Solange II*, *BverfG* 73, para. 339. O essencial da mensagem do *BverfG* era no sentido de que enquanto (“*Solange*”) a ordem jurídica comunitária não dispusesse de um parlamento democraticamente eleito, com poderes legislativos e de controlo político, bem como de um catálogo de direitos fundamentais que concedesse aos cidadãos alemães, no âmbito do direito comunitário, um nível de proteção dos seus direitos equivalente aos que estes recebem no quadro da Lei Fundamental alemã, o TC se reservaria o direito de proceder ao seu próprio controlo de constitucionalidade das normas de direito comunitário. A evolução da jurisprudência do TJUE permitiu ao TC alemão concluir, apaziguado, em *Solange II*, que, enquanto o Tribunal de Justiça continuasse a assegurar o nível adequado de proteção dos direitos, ele renunciaria a exercer o seu próprio controlo de constitucionalidade.

³ Sentença n° 183, *Frontini*, de 27.12.1973, in *Foro Italiano*, 1974, I, col. 8 e segts, e sentença n° 170, *Granital*, in *Foro Italiano*, de 1984, I, col. 2077 e segts. Nestes acórdãos, o TC italiano reservou para si a possibilidade de reexaminar a constitucionalidade da lei de aprovação da participação da Itália nas Comunidades em caso de violação dos direitos fundamentais pela legislação comunitária. Porém, a *Corte Costituzionale* demonstrou não pretender usar, na prática, essa competência de controlo, em homenagem à qualidade da jurisprudência direitos humanos do Tribunal de Justiça e desde que o grau de proteção assegurado correspondesse aos parâmetros da Constituição italiana (sentença de 21.4.1989, n° 232).

desenvolvendo e sedimentando a sua “jurisprudência direitos fundamentais”⁴, a partir da ideia de que estes direitos, consagrados na generalidade das constituições dos Estados-membros⁵, constituem princípios gerais do direito comunitário, cujo respeito lhe compete assegurar.

A evolução culminou com a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶ e a sua equiparação ao direito primário pelo Tratado de Lisboa⁷.

O fim feliz dessa história foi o resultado de uma **tensão criadora** no quadro de um processo virtuoso de “fertilização cruzada” entre tribunais constitucionais e o Tribunal de Justiça. Mas a tensão pode tornar-se **destrutiva** quando deixa de respeitar as missões respetivas e os limites dos poderes e competências de cada um, no âmbito da respetiva ordem jurídica.

Neste plano, o TC alemão deu agora, com o seu acórdão de 5 de maio, um perigoso passo em frente - relativamente, mesmo, à sua anterior jurisprudência Maastricht⁸ e Tratado de Lisboa⁹ - na medida em que não se tratou, *desta vez*,

⁴ Os marcos determinantes desta jurisprudência são, no período “negacionista” inicial, os acórdãos *Stork c. Alta Autoridade CECA*, 1/58, 4.2.1959, e *Sgarlata c. Comissão*, 40/64, 1.4.1965, e, no período “de revisão”, os acórdãos *Stauder*, 29/69, 12.11.1969, *Internationales Handelsgesellschaft*, 11/70, 17.11.1970, *Nold*, 4/73, 14.5.1974, e, mais tarde, *Rutili*, 36/75, 28.10.1975, e *Hauer*, 44/79, 13.12.1979.

⁵ E recolhidos nos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa.

⁶ Proclamada pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, no Conselho Europeu de Nice, em 7.12.2000, e objeto de adaptações em Estrasburgo, em 12.12.2007. A Carta foi precedida pela adoção de vários documentos e declarações da responsabilidade das instituições europeias, como a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, de 5.4.1977 - JO C103/1, a Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais, do Parlamento Europeu - JO C120/51, 12.4.1989, a Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (Carta Social Europeia), adotada pelo Conselho Europeu de Estrasburgo, de Dezembro de 1989.

⁷ Ver artigo 6.º, nº 1, do Tratado da União Europeia (TUE). O Protocolo nº 30 anexo ao Tratado de Lisboa veio, no entanto, introduzir várias restrições quanto à aplicação da Carta à Polónia e ao Reino Unido.

⁸ Ao examinar a constitucionalidade da lei de ratificação do Tratado de Maastricht, de 1992, o TC alemão, embora aceitando a primazia do direito da União, introduziu uma reserva a essa aceitação, tornando-a dependente do respeito pelos limites das disposições do Tratado aprovadas pela lei de ratificação, em conformidade com os princípios dos poderes de atribuição, de subsidiariedade e de proporcionalidade.

⁹ Por acórdão de 30.6.2009, o TC apreciou a lei de ratificação do Tratado de Lisboa à luz da Lei Fundamental da República Federal. Exigiu várias modificações quanto aos poderes de fiscalização do Parlamento federal e anunciou que ele próprio continuaria a intervir para impedir, em nome da proibição da atuação “*ultra vires*”, qualquer desrespeito manifesto pelo princípio dos poderes de atribuição conferidos às instituições da UE, mas também qualquer violação do núcleo essencial da “identidade constitucional” da Lei Fundamental. Mais indicou que qualquer futuro avanço na integração europeia

de analisar, a título preventivo, a compatibilidade com a sua Constituição de um decreto de ratificação ou aprovação de quaisquer alterações aos Tratados.

O que agora está em causa é, a meu ver, bem mais do que isso: o TC alemão agiu *ultra vires*, chamando a si competências atribuídas em exclusivo pelos Tratados (e, portanto, por todos os Estados-membros que os assinaram) ao órgão judicial criado por estes para **dizer o direito** neste espaço jurídico e político, pondo em risco os fundamentos de uma ordem jurídica de integração que foi sendo criada ao longo de 70 anos.

Neste domínio da respeitabilidade constitucional, há algumas **linhas vermelhas** a não ultrapassar, sob pena de não nos respeitarmos uns aos outros. Senão, vejamos.

3. As linhas vermelhas e os seus problemas

a. As competências exclusivas do TJUE e o carácter vinculativo das suas decisões – o Tribunal não dá pareceres

Para o exercício da missão de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados” (artigo 19.º, n.º 1), os Estados-membros instituíram um sistema jurisdicional adaptado às características da ordem jurídica da União (na altura, a “ordem jurídica comunitária”), cujo eixo é o mecanismo de **cooperação judicial** do *reenvio prejudicial*, previsto e regulado, em termos gerais, no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Um tal sistema só pode funcionar com base no respeito escrupuloso pelas competências e o papel respetivo de cada um.

Neste quadro, a competência do TJUE para interpretar, em última instância, o direito da União e declarar, sendo caso disso, a invalidade das suas disposições é, e não

teria de ser feito na base de uma União de Estados soberanos e da preservação da identidade essencial da sua vida económica, social e cultural, de tal modo que a eventual transformação da República Federal num mero Estado federado exigiria uma revisão constitucional.

pode deixar de ser, uma competência **exclusiva, indelegável e impartilhável**, sem o que não seria possível assegurar a **autonomia** do direito da União e a sua **aplicação efetiva e uniforme** em todo o território desta, sob pena de infligir um tratamento discriminatório aos seus nacionais ou residentes consoante o tribunal chamado a decidir sobre os direitos ou obrigações decorrentes do direito da União.

Esta **competência exclusiva** do Tribunal de Justiça constitui a primeira **linha vermelha** que não pode ser ultrapassada por qualquer autoridade ou órgão judicial de um Estado-membro sem colocar frontalmente em causa o cumprimento da missão que foi conferida ao TJ - pela totalidade dos Estados-membros, lembro - de salvaguardar a integridade da ordem jurídica da União e a estrutura própria do seu sistema jurisdicional – que, de resto, o Tribunal já considerou como fazendo parte dos próprios **fundamentos da União**, que não podem sequer ser postos em causa por via de uma revisão dos Tratados.

O corolário imediato deste entendimento é o de que o Tribunal de Justiça não dá pareceres: as suas decisões prejudiciais impõem-se a todos os destinatários, a começar pelo órgão de reenvio, ao qual compete assegurar a aplicação, no litígio pendente, das normas da União, com o sentido que lhe deu o TJ.

Tudo isto foi sublinhado, em substância, pelo Tribunal na única resposta que deu publicamente ao *BVerfG*, em comunicado de imprensa de 8 de maio.

b. O problema – a fronteira de competências constitucionais entre a UE e os Estados-membros e a necessidade de um árbitro imparcial, independente e equidistante

Claro que pode surgir um problema quando se tornar necessário determinar, num caso concreto, qual é a extensão dos poderes da União e das suas instituições em confronto com as competências reivindicadas por um órgão constitucional de um Estado-membro.

O TC alemão não descobriu a pólvora quando recordou que a delimitação das competências da União se rege pelo **princípio da atribuição** – noção constante do Tratado (artigo 5.º, nº 1, TUE) e que o TJ interpreta e aplica na sua jurisprudência de forma regular e consistente.

Por outro lado, como manda o artigo 4.º, nº 2, TUE, a União respeita a **identidade política e constitucional fundamental** de cada Estado-membro, nos termos ali preconizados.

Há que não esquecer, porém, que, a partir do momento em que esta noção de identidade nacional ou constitucional foi integrada no Tratado, a sua interpretação passou a ficar confiada ao **único árbitro constitucional imparcial, independente e equidistante**, o Tribunal de Justiça da UE, capaz de o fazer com ressalva da *autonomia da ordem jurídica da União*.

Não podia ser de outra maneira nem admira que assim seja, uma vez que o TJ é o único órgão jurisdicional cujo ADN assegura que, nas decisões de natureza constitucional, estejam representadas a maioria, senão a totalidade, das tradições e ordens jurídicas nacionais dos Estados-membros e as sensibilidades a elas associadas e cujo modo de funcionamento assenta num diálogo permanente – no quadro do reenvio prejudicial ou fora dele – com os tribunais de todos os Estados-membros, num esforço contínuo de construção de uma “comunidade de cultura constitucional”¹⁰.

Esta mensagem dirige-se, portanto, a ambos os lados. Num problema de fronteiras não há solução possível se nenhuma das partes for capaz de ouvir e considerar as razões da outra.

Um exemplo flagrante – e recente – de uma atitude de espírito pronta à escuta é a sequência de acórdãos do TJ, que ficou conhecida como a “saga Taricco”¹¹, em que o Tribunal influiu a sua anterior orientação jurisprudencial – não necessariamente

¹⁰ Para usar a expressão do Advogado-geral Pedro Cruz Villalón, nas suas conclusões no processo C-62/14, Gauweiler, parágrafo 61, citando o, até há muito pouco tempo (6 de maio), presidente do *BVerfG*, Andreas Voskuhle.

¹¹ Acórdãos de 8.9.2015, *Taricco e.a.*, C-105/14, EU:C:2015:555, e de 5.12.2017, *M.A.S e M.B. (Taricco II)*, C-42/17, EU:C:2017:936.

errada – com o objetivo de acomodar o facto de se ter verificado (no que foi o primeiro reenvio prejudicial da *Corte Costituzionale*, onde esta, diga-se, se absteve de tirar qualquer ameaça “nuclear” da sua doutrina dos *controlimiti*) que as regras sobre prescrição no âmbito penal tinham, em direito italiano, uma natureza substantiva e não meramente processual, com incidência sobre a proteção dos particulares contra a aplicação retroativa de normas incriminatórias em matéria de violação grave das regras sobre o IVA e, portanto, de fraude contra os interesses financeiros da União em matéria de recursos próprios.

O *BverfG*, quanto a ele, ao anunciar nos seus reenvios prejudiciais que, qualquer que fosse a decisão do TJ, se reservava o direito de submeter a ação do BCE à sua fiscalização constitucional, parece, porém, ter-se esquecido que o respeito só pode ser mútuo, sem o que se transforma, inevitavelmente, em **arrogância**, de um lado, ou em **subserviência**, do outro – se não em **autismo institucional** capaz de secar toda a vida, por dentro e à sua volta.

c. Efeito direto e primado do direito da UE; os princípios da cooperação leal e da igualdade entre os Estados-membros

Mas, se os apriorismos e os dogmatismos têm limites, o relativismo institucional também tem. E o maior limite está no respeito dos princípios e valores fundamentais sobre que assenta uma construção institucional, sobretudo quando esta envolve 27 Estados soberanos e 450 milhões de habitantes.

Neste contexto, há uma segunda **linha vermelha**, que não pode ser ultrapassada: é que a autonomia da ordem jurídica da União não pode ser posta em causa, unilateralmente, por qualquer dos seus criadores, eventualmente zangado consigo próprio.

Os princípios do **efeito direto** e do **primado** são os instrumentos jurídicos que garantem esse resultado. É pacífico, desde há 60 anos (*Van Gend en Loos*, 26/62, 5.2.1963, *Costa/ENEL*, 6/64, 15.7.1964, *Simmenthal*, 106/77, 9.3.1978), que tais

princípios constituem os pilares da ordem jurídica comunitária e condição da sua própria existência.

Numa estrutura complexa como a da União Europeia – espécie de constitucionalismo plural a vários níveis – não pode aceitar-se a existência de tribunais “constitucionais” concorrentes no mesmo espaço, sob pena de criar uma União de geometria variável e, no limite, o caos institucional generalizado.

Nem é possível selecionar quais as “identidades nacionais a salvaguardar” ou conceder um estatuto privilegiado a qualquer tribunal constitucional nacional – ou atribuir-lhe sequer o papel de representante de todos os outros. Do que se trata é de encontrar, no quadro da legalidade “constitucional” instituída na União, as vias de acomodação legítima das várias identidades em presença, no respeito pelo **princípio da igualdade dos Estados-membros** perante os Tratados, também consagrado no artigo 4.º, nº 2, TUE, e tendo presente outro princípio, ele também constitucional, o da **cooperação leal** entre a União e os Estados-membros para a realização dos **objetivos comuns**, expresso no artigo 4.º, nº 3, TUE.

4. As questões de fundo

As considerações que acabo de fazer dizem respeito ao *hardware* do problema, a meu ver, o núcleo essencial do que está em causa neste processo.

As questões de fundo levantadas pelo TC alemão constituíram, por sua vez, apenas o ensejo para a afirmação de certas posições de princípio: mas são muito importantes para a sobrevivência da própria União – e não apenas da sua ordem jurídica.

Duas palavras apenas sobre essas questões.

O TJ respondeu a todas elas no conjunto dos dois processos relativos aos programas de compra de títulos de dívida soberana pelo SEBC no mercado secundário

(*Gauweiler* – programa OMT¹², e *Weiss* - PSPP¹³) em termos idênticos ou complementares.

Limite-me a meia-dúzia de pontos.

a. As fronteiras da política monetária e o seu impacto na política económica

Em *primeiro lugar*, a relação entre a **política monetária** (competência exclusiva da União Europeia) e a **política económica** (competência, em princípio, dos Estados-membros, que estes devem, como determinam os artigos 120.º e 121.º TFUE, conduzir no sentido de contribuir para a realização dos objetivos da União e considerar como questão de interesse comum, a coordenar no Conselho):

- (i) Na ausência de uma definição de política monetária no Tratado, é por referência aos seus **objetivos** (*estabilidade dos preços e apoio às políticas económicas gerais na União*) e aos **meios** previstos que o TJ controla o respeito dos limites de competência;
- (ii) Os **objetivos** visados com os programas do BCE inscrevem-se neste quadro: preservar a **unicidade da política monetária** (para toda a zona euro) e assegurar uma **adequada transmissão à economia** das medidas tomadas;
- (iii) **Uma medida de política monetária não se converte em medida de política económica apenas porque é suscetível de ter efeitos diretos na estabilidade da área do euro** – não se entende aliás a utilidade de uma política monetária desligada do seu impacto na economia (não são compartimentos estanques!);
- (iv) Os **meios** (operações de *open market*) são clássicos e estão previstos no direito primário: qualquer especialista em política monetária poderá explicar que são essenciais à eficácia da intervenção de um banco central

¹² Acórdão de 16.6.2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, EU:C:2015:400.

¹³ Acórdão de 11.12.2018, *Heinrich Weiss e.a.*, C-493/17, EU:C:2018:1000.

nos mercados financeiros, com choques assimétricos, sobretudo quando tem a seu cargo a gestão de uma moeda comum a 19 Estados soberanos, com estruturas, políticas económicas e níveis de desenvolvimento muito diferentes. Não podemos ter uma moeda única gerida por um Banco Central atado de pés e mãos!;

- (v) Finalmente, uma vez que as perturbações no mecanismo de transmissão podem resultar da **situação específica de certas economias**, é impossível não modular a intervenção a essas situações, tendo em conta, sendo caso disso, os programas de ajustamento macro-económico a que estejam submetidos.

b. O teste de proporcionalidade

Em *segundo lugar*, o imbróglio do **teste de proporcionalidade**. Foi a esse teste que o TJ procedeu nos dois acórdãos, para concluir que as medidas tomadas estavam conformes com as suas exigências.

Fê-lo à luz da sua jurisprudência constante segundo a qual, quando uma instituição ou organismo é chamada a fazer opções de natureza técnica, previsões e apreciações complexas, há que reconhecer-lhe um amplo poder de apreciação. O controlo jurisdicional (focado no dever de fundamentação, na consideração de todas as circunstâncias pertinentes, e na adequação aos objetivos legítimos, sem exceder o necessário) deve então respeitar essa margem de apreciação e ser dirigido a evitar e sancionar **erros manifestos**.

Especialmente em matéria tão controversa como a política monetária, o TJ sempre se recusou a substituir-se ao órgão competente e dotado dos meios técnicos para melhor graduar a sua intervenção, na ausência de erro evidente. O mandato para decidir é de quem seja competente para isso.

O TC alemão – e, em geral, se não me engano, os constitucionalistas e administrativistas alemães – pendem, contudo, para um controlo mais intenso. Exige,

além disso, que seja feito “de acordo com princípios metodológicos reconhecidos” – isto é, os seus, considerados como únicos e universais: como recentemente escreveu Jacques Ziller¹⁴, isto significa sujeitar os métodos de interpretação jurídica à “*reserva Solange*”!

Seja como for, o TJ concluiu, no termo da sua análise, que os programas estavam rodeados dos condicionalismos e cautelas destinados a assegurar que se limitavam ao indispensável para alcançar os seus objetivos e, além disso, impôs que as suas intervenções se fizessem em condições cujos efeitos não equivalessem, na prática, a um financiamento monetário de défices públicos, proibido pelo artigo 123.º, n.º 1, TFUE.

Mas o mais surpreendente ainda é a reivindicação do TC a aplicar o princípio da proporcionalidade à *delimitação de competências* da União, ao passo que ele só se aplica, nos termos do artigo 5.º TUE, ao *exercício das competências atribuídas*...

c. A independência do BCE e do SEBC, incluindo o Bundesbank

¹⁴ Jacques Ziller, « L’insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand », disponível em <https://blogdroiteuropeen.com/> (em língua inglesa: <https://ceridap.eu/the-unbearable-heaviness-of-the-german-constitutional-judge-on-the-judgment-of-the-second-chamber-of-the-german-federal-constitutional-court-of-5-may-2020-concerning-the-european-central-banks-pspp/>). Sobre este tema, em geral, ver também: Diana-Urania Galetta, “Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze”, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=Karlsruhe%2B%C3%BCber%2Balles%3F%2BII%2Bragionamento%2Bsul%2Bprincipio%2Bdi%2Bproporzionalit%C3%A0%2Bnella%2Bpronunzia%2Bde%2Bl%2B5%2Bmaggio%2B2020%2Bdel%2BBVerfG%2Btedesco%2Be%2Ble%2Bsue%2Bconseguenze&content_auth=%3Cb%3EDiana%2DUrania%2BGaletta%3C%2Fb%3E&Artid=42380, Miguel Poiares Maduro, “Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court”, in <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>, Daniel Sarmiento, “An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court’s ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term”, in <https://eulawlive.com/op-ed-an-infringement-action-against-germany-after-its-constitutional-courts-ruling-in-weiss-the-long-term-and-the-short-term-by-daniel-sarmiento/> e Inês Quadros, “O braço de ferro do Tribunal Constitucional alemão”, in jornaleconomico.sapo.pt.

É certo que, e esta é a minha *terceira* observação, o TC alemão teve o cuidado de reconhecer que não era diretamente competente para controlar a validade de um ato de uma instituição da União, mas usou de instrumentos de efeito equivalente para chegar ao mesmo resultado – através de uma injunção enviesada ao BCE para fundamentar, em três meses, a sua decisão em conformidade com as suas próprias exigências em matéria de proporcionalidade, sem o que ela não seria aplicável na República Federal, ordenando, ao mesmo tempo, ao *Bundesbank* que se abstenha, se isso não acontecer, de participar no programa de compra de títulos do programa PSPP.

Duplo problema: resulta do artigo 130.º TFUE que o SEBC exerce a sua missão no domínio da política monetária **de forma independente** e que nem o BCE nem os bancos centrais nacionais **podem solicitar ou receber instruções** das outras instituições ou órgãos da União, dos governos nacionais ou de qualquer outra entidade, e que todas estas entidades e governos se comprometem a **respeitar este princípio** e a **não procurar influenciá-los** no exercício das suas funções.

Com efeito, de acordo com os Estatutos do SEBC e do BCE, os **bancos centrais nacionais** constituem *parte integrante do Sistema* e devem atuar em conformidade com as orientações e instruções do BCE. Significa isso que, enquanto membros do Conselho do BCE, os governadores dos bancos centrais atuam como órgãos da União e não estão sujeitos a qualquer controlo nacional.

Não se percebe como é possível compatibilizar as injunções do TC alemão com estas exigências de independência.

5. Implicações imediatas e sugestões de superação

Juízo conclusivo. Face ao problema criado, há os **catastrofistas**, que não veem saída, e os **otimistas**, que acham que as implicações práticas da decisão do 2º Senado não são significativas.

Eu sou otimista – mas só na medida em que, quando tem de haver solução, é preciso encontrar solução. Dito isso, o problema é sério e tem iminentes implicações

práticas, a primeira das quais já se manifestou, pela voz do Primeiro Ministro húngaro, ao anunciar que não cumpriria todas as decisões do TJUE que fossem contrárias à Constituição da Hungria.

A segunda está à vista: o recurso constitucional dos Srs. Weiss, Gauweiler e outros responde a uma agenda política de sentido nacionalista, soberanista, ultra-conservador e eurocético, ao qual o TC alemão deu cobertura e alento, mas que não ganhou ainda a sua guerra contra as instituições europeias e que vai, por isso, voltar à carga. Provavelmente, já em relação ao programa do BCE destinado a fazer face à urgência da pandemia da Covid-19 ou às medidas que venham a ser tomadas na sequência das iniciativas da Comissão e do eixo franco-alemão, que envolvam a utilização do orçamento da União e a emissão de dívida comum (ou de partilha conjunta do risco da dívida), qualquer que seja a modalidade utilizada e mesmo que não envolva risco moral.

A Comissão, pela voz da sua Presidente alemã, fez bem em ameaçar com uma ação por incumprimento, por ato do poder judicial supremo. Não creio que vá cumprir a ameaça, mas não seria a primeira vez que o faria: ainda recentemente o fez contra a França, relativamente a decisões do *Conseil d'État* – e foi bem sucedida¹⁵.

Se a questão se mantivesse no âmbito estritamente jurídico, a racionalidade própria do direito permitiria resolver o problema com os seus instrumentos habituais. Atesta-o a reação, por vezes vigorosa, de antigos presidentes do Supremo Tribunal Federal (o *Bundesgerichtshof*) e do próprio TC. Mas o problema é essencialmente político.

Por isso, só vai resolver-se duradouramente a outro nível. Só que o momento é péssimo e alterações dos Tratados nem pensar. Talvez as mudanças na composição do 2º Senado possam contribuir para anestesiar a situação.

Mas deixo, a terminar, uma sugestão, no espírito de diálogo inter-judicial que preside ao funcionamento do sistema dos Tratados.

¹⁵ Acórdão de 4.10.2018, *Comissão c. França (précompte immobilier)*, C-416/17, EU:C:2018:811.

Talvez valha a pena refletir sobre a oportunidade e utilidade de instituir, no quadro de um Forum de diálogo pré-jurisdicional entre o TJUE e os tribunais constitucionais e supremos dos Estados-membros, uma espécie de mecanismo informal de **alerta**, inspirado no que existe para os parlamentos nacionais relativamente ao princípio da subsidiariedade, mas sem procedimentos idênticos e, em todo o caso, sem conotação política, tendo em conta a natureza jurisdicional das matérias e dos órgãos em presença; ou então, na linha de uma proposta feita há alguns anos pelo Prof. Joseph Weiler, de criar um **mecanismo arbitral** ou de **mediação constitucional** da União, composto por representantes dos dois níveis, capaz de atenuar, preventivamente, fricções e de substituir, sempre que possível, demonstrações de força unilaterais por um esforço conjunto de compreensão e entendimento.

Mas advirto que esta não é uma sugestão na qual deva pegar-se com a ligeireza de quem destapa a lâmpada de Aladim e, muito menos, com o mesmo espírito de quem cria um comité para resolver um problema insolúvel. Por isso, me pareceria mais sensato dar preferência, na reflexão, à ideia de um “mecanismo de alerta”, menos capaz de sobrecarregar uma estrutura institucional já complexa e de aumentar o número e a intensidade de discussões sem saída.

Em todo o caso, faço uma ressalva final que me parece impor-se: considero que qualquer solução duradoura neste domínio só será viável quando houver um consenso sobre o Estado de Direito na União e, com ele, a possibilidade de uma confiança mútua generalizada entre todos os órgãos jurisdicionais supremos e constitucionais.