

## SUMÁRIO

**Este sumário resume o essencial da análise feita por José Luís da Cruz Vilaça ao recente acórdão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o programa de compra de ativos do BCE. Como antigo Juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia, antigo Advogado Geral do mesmo Tribunal e primeiro Presidente do Tribunal de Primeira Instância, atual Tribunal Geral da União Europeia, José Luís da Cruz Vilaça é das vozes mais abalizadas para interpretar o referido acórdão nos seus devidos termos e consequências.**

1. O acórdão do 2º Senado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (adiante “TC alemão”), 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. Não é caso para menos: o debate jurisdicional entre o TC alemão e o Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante “TJUE”) suscita, inevitavelmente, a questão essencial de saber se é possível evitar o risco de desagregação constitucional na UE.
2. O que agora está em causa é, a meu ver, bem mais do que um incidente de percurso: 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.
3. 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 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 TJUE - pela totalidade dos Estados-membros, lembro - de salvaguardar a integridade da ordem jurídica da União e a estrutura própria do seu sistema jurisdicional. 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 TJUE.

4. A União respeita a **identidade política e constitucional fundamental** de cada Estado-membro, nos termos preconizados no artigo 4.º, nº 2, TUE. 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 TJUE 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”.
5. 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.
6. Se os apriorismos e 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. Há, assim, uma segunda **linha vermelha**, que não pode que ser ultrapassada: a **autonomia da ordem jurídica da União não pode ser posta em causa**, unilateralmente, por qualquer dos seus criadores, eventualmente zangado

consigo próprio. 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.

7. Não sendo possível selecionar as “entidades nacionais a salvaguardar” ou conceder um estatuto privilegiado a qualquer tribunal constitucional nacional, há que 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, 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.
8. As questões de fundo levantadas pelo TC alemão constituíram 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. Três considerações permitem ilustrá-lo.
9. Em *primeiro lugar, 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!);
10. Em *segundo lugar*, nos acórdãos *Gauweiler* e *Weiss*, o TJUE procedeu ao **teste de proporcionalidade** das medidas tomadas pelo BCE, o que lhe permitiu concluir que estavam conformes com as exigências desse princípio. É surpreendente que o TC alemão tenha exigido a aplicação do princípio da proporcionalidade à **delimitação de competências** da União, ao passo que este princípio só se aplica, nos termos do artigo 5.º TUE, ao **exercício das competências atribuídas...**

Em *terceiro lugar*, reconhecendo, embora, que não era diretamente competente para controlar a validade de um ato de uma instituição da União, o TC alemão usou de instrumentos de efeito equivalente para chegar ao mesmo resultado, através de injunções, diretas ou enviesadas, ao BCE, ao Parlamento e ao Governo alemães, e ao próprio Bundesbank. 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. Não se percebe como é possível compatibilizar as injunções do TC alemão com estas exigências de independência

11. 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, qualquer que seja a modalidade utilizada e mesmo que não envolva risco moral.
12. 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.
13. No espírito de diálogo inter-judicial que preside ao funcionamento do sistema jurisdicional criado pelos Tratados, 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, um mecanismo informal de **alerta** inspirado no que existe para os parlamentos nacionais relativamente ao princípio da subsidiariedade (mas, naturalmente, muito diferente nos métodos e procedimentos); ou então, na linha de proposta feita há alguns anos, de criar um **mecanismo arbitral** ou de **mediação constitucional** da União.
14. Com uma ressalva, porém: qualquer solução duradoura 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.