



A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu

Francisco Balaguer Callejón*

SUMÁRIO: O presente trabalho pretende refletir sobre o conceito de identidade constitucional dos Estados, no quadro do relacionamento dialético entre o ordenamento jurídico da União Europeia e os ordenamentos nacionais. Exploram-se, designadamente, quer a dimensão conflitual da identidade constitucional, quer as relações de confluência que esta pode potenciar, concluindo-se por um entendimento aberto e flexível do conceito de identidade constitucional, que possa favorecer a evolução em sentido europeísta do direito constitucional nacional e a transformação progressiva, em sentido constitucional, do ordenamento jurídico europeu.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia – identidade constitucional – interconstitucionalidade – Direito Constitucional Europeu.

* Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Granada e Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Direito Constitucional Europeu e Globalização.

1. Introdução

A identidade constitucional dos Estados não apresenta apenas uma vertente conflitual, como a que deriva da sua consideração como “contra-limite”, podendo operar também em relações de confluência¹, como mostra a sua utilização por parte do Tribunal de Justiça em diversos acórdãos nos quais incorporou o Direito constitucional interno na modulação da aplicação do direito europeu, tendo em conta as particularidades do direito constitucional nacional.

Trata-se de uma aplicação jurisdicional do conceito de identidade que corresponde, no plano europeu, àquela que no plano interno pressupõe a possível integração do direito europeu no parâmetro de constitucionalidade.² A identidade constitucional utiliza-se, aqui, num sentido amplo ou extensivo, para fazer referência a particularidades dos sistemas constitucionais dos Estados que não fazem necessariamente parte da identidade nacional em sentido estrito, enquanto núcleo duro, ou essencial, da ordem constitucional. Apesar disso, tendo em conta que, nesse sentido estrito, a identidade nacional é um conceito “de fronteira” que coloca indubitáveis problemas de concretização e dificuldades, talvez insuperáveis, para o tornar operativo como conceito jurídico jurisdicionalmente aplicável, esta outra dimensão “imprópria” da identidade nacional pode dotá-la de conteúdo, inserindo-a numa relação normalizada de confluência entre ordenamentos jurídicos, que desative o seu potencial político perturbador do processo de integração europeia.

É necessário advertir, em todo o caso, que a superação dos problemas de relação entre o ordenamento europeu e os ordenamentos constitucionais internos depende da existência de uma autêntica Constituição (como não era o Tratado Constitucional, nem é o Tratado de Lisboa) que torne possível a articulação de um ordenamento constitucional europeu, no qual se considerem integrados, como ordenamentos derivados, os ordenamentos constitucionais dos Estados-Membros. Porém, a União Europeia ainda não atingiu esse nível constitucional originário e sabemos que não o alcançará com o Tratado de Lisboa, ainda que não saibamos se o fará num futuro mais ou menos próximo. Poderia aventurar-se que esse resultado só se alcançará de maneira limitada, no sentido de que a comunidade constitucional europeia será, por muito tempo, uma comunidade muito plural e condicionada por fortes assimetrias, o que levará a que a tensão constitucional não se resolva, de forma clara, a favor do nível europeu. Contudo, as linhas de desenvolvimento podem variar bastante, dependendo da evolução dos Estados-Membros e do contexto global no qual a União Europeia deverá atuar.

As dificuldades que se colocam na atual situação das relações entre direito estadual e europeu não surgem apenas da condição não originária do ordenamento europeu. O problema é que, dado o nível de desenvolvimento da integração europeia,

¹ Como indica A. Schillaci, os contra-limites podem ser não apenas instrumentos de defesa da ordem constitucional interna, mas também “instrumentos de abertura y mecanismos de integração material”, de tal maneira que “as reservas de constitucionalidade, até agora indicadas como momentos de oposição irreduzível, e aporia interna das relações entre sistemas, acabam por traduzir-se em instrumento de garantia, e mecanismo de representação das exigências específicas de cada comunidade”. Cfr. A. Schillaci, “Camino de la integración material: la comunitarización de los contralimites en la Decisión Société Arcelor Atlantique et Lorraine del Conseil d’Etat”, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 8, julho-dezembro (2007). Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE8/articulos/12AngeloSchillaci.htm>

² Cfr., a respeito, o meu trabalho “*Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell’esperienza spagnola*”, no prelo em Itália.

não só o ordenamento europeu não é um ordenamento originário, porque ainda não adquiriu essa condição, como também o ordenamento estadual deixou já de o ser, pois os compromissos adquiridos colocam-no numa posição de progressiva dependência jurídico-política (para não dizer económica) do ordenamento europeu. Encontramos, assim, num período de transição, no qual as ordens jurídicas estaduais perderam já, em grande medida, a sua condição de ordenamentos originários (não obstante poderem recuperá-la, ativando o artigo 50.º TUE, como no caso do Reino Unido após o referendo do *Brexit*) e o ordenamento europeu não a adquiriu ainda. Este período de transição provoca alguns dos problemas jurídicos com os quais nos enfrentamos nas relações entre ordenamento europeu e ordenamentos estaduais.

O mais peculiar acerca da articulação entre os ordenamentos estatal e europeu neste período de transição que vivemos não consiste, porém, em que haja problemas de relacionamento, que são perfeitamente normais. As dificuldades não surgem da existência de conflitos (que são inerentes às relações entre ordenamentos, sejam elas quais forem), mas sim da inexistência de regras, de técnicas, de mecanismos que permitam resolver esses conflitos de maneira satisfatória para as duas partes em confronto, em todos os âmbitos. A inexistência dessas regras não poderá, porém, ser afrontada (pelo menos, segundo a experiência constitucional adquirida até ao momento) até que termine este período de transição e o ordenamento europeu se configure como um ordenamento constitucional originário, do qual as ordens jurídico-constitucionais dos Estados-Membros da União derivem a sua legitimidade (derivada, portanto). Só então poderá pacificar-se plenamente a sempre difícil articulação entre ordenamento europeu e ordenamentos estaduais.

No atual estado da questão, apenas num dos níveis da relação entre direito europeu e interno – o nível constitucional – pode falar-se de inexistência de regras que permitam solucionar os conflitos, já que a nível infraconstitucional tais regras existem e foram aceites pacificamente pelos Estados-Membros. A nível constitucional, contudo, a tensão é inevitável, tendo em conta que a União Europeia não incorporou, na sua plenitude, todo o património constitucional europeu, em todas as suas dimensões, começando, desde logo, pela democracia pluralista e acrescentando a dimensão social que – ainda que numa configuração cada vez mais formal, certamente – continua a ser um elemento estrutural desse património.

2. A identidade constitucional europeia na dialética interna do Direito Constitucional Europeu

A relação dialética entre a ordem jurídica europeia e as nacionais não revela apenas um perfil conflitual, através dos contra-limites ou das reservas constitucionais que definem uma identidade constitucional ante o Direito Europeu. Poderíamos dizer que essa vertente conflitual tem sentido, na medida em que a União Europeia atue fora das fronteiras axiológicas do património constitucional europeu, isto é, para além da identidade constitucional definida pelo Direito Constitucional Europeu. Neste período de transição, no qual a UE não tem ainda uma densidade constitucional análoga à dos Estados-Membros, essa identidade não pode ser apenas a do Direito Constitucional Europeu em sentido estrito (o da UE), devendo ser a do Direito Constitucional Europeu em sentido amplo (dos diversos espaços constitucionais que convivem no âmbito europeu).³

³ Cfr. sobre esta distinção, o meu trabalho “Perfis metodológicos do Direito Constitucional

Quando a relação dialética entre o direito constitucional interno e europeu se mantém dentro das margens dos Direito Constitucional Europeu (em sentido amplo) e dentro do quadro de uma cultura constitucional comum e partilhada⁴, adquire uma natureza distinta que já não é estritamente conflitual, mas sim de integração e complementaridade. Deve, portanto, diferenciar-se a possível colisão entre o direito europeu e o direito constitucional interno, por um lado, da eventual integração do direito da União Europeia no parâmetro interno de constitucionalidade. Isto não representa já um *conflito* deste último com o direito constitucional, mas sim a sua *confluência* com este, de forma a determinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do direito infraconstitucional.

A perceção habitual em relação ao controlo de constitucionalidade é a de um contraste direto entre uma norma infraconstitucional e um preceito constitucional. Tal contraste pode determinar, por si só, a inconstitucionalidade da norma objeto de controlo, de tal modo que o parâmetro de constitucionalidade seja constituído apenas por preceitos constitucionais. Esta perceção fica, porém, incompleta, na medida em que ao controlo direto se pode juntar o controlo indireto de constitucionalidade, que se produz quando junto aos preceitos constitucionais se deve integrar no parâmetro de constitucionalidade normas infraconstitucionais (as chamadas “*normas interpostas*”, nos termos da doutrina italiana) que têm o mesmo valor que as que serão objeto de controlo. Este tipo de normas integram o chamado “bloco de constitucionalidade” em Espanha⁵ e devem ser tidas em consideração pelos poderes públicos quando, através delas, se processam atribuições de competências ou se estabelecem procedimentos que determinam a sua produção jurídica.

Apesar da heterogeneidade manifesta no conteúdo possível do bloco de constitucionalidade, há um elemento comum a todos os pressupostos possíveis: o da condição de normas sobre produção jurídica que incorporam, através das quais pode determinar-se a validade de outras normas, não obstante terem o mesmo valor. Não existe aqui hierarquia normativa necessária entre as normas paramétricas e as normas controladas. Não é o princípio da hierarquia que determina a singular função que desempenham no juízo de constitucionalidade. Pelo contrário, é sim o princípio da competência o fundamento último dessa função: são normas que habilitam, delimitam ou modulam as competências (as faculdades normativas) atribuídas a determinados órgãos. Realizam, assim, pois, uma função materialmente constitucional⁶, a de regular os processos de produção normativa. Função material que, porém, não reflecte a sua complexa posição dentro do sistema de fontes.

O bloco de constitucionalidade apresenta aspectos positivos no que respeita à flexibilidade com que dota o sistema jurídico, em particular numa situação de

Europeu”, in *O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global*, Vasco Pereira da Silva e Francisco Balaguer Callejón (coords.), (Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015) 19-20.

⁴ Em termos semelhantes ao que Peter Häberle definira como “Direito constitucional comum europeu”. Cfr. Häberle, “*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*”, in *EuGRZ* (1991), versão espanhola de Emilio Mikunda, “*Derecho constitucional común europeo*”, in *REP*, n. 79 (1993).

⁵ Em Espanha este conceito aplicou-se às relações entre o ordenamento estatal e os ordenamentos autonómicos, em virtude do previsto no artigo 28.º, n.º 1, LOTC, de acordo com o qual «*Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.*»

⁶ Cfr. F. Rubio Llorente, “*El bloque de constitucionalidad*”, in *REDC*, n. 27 (1989), 25.

pluralismo de ordenamentos. Os conflitos entre ordens jurídicas devem resolver-se de acordo com critérios de competência, que podem ajustar-se atendendo à diversidade de normas infraconstitucionais que integram o parâmetro de constitucionalidade. Desde essa perspetiva, o bloco de constitucionalidade supõe uma abertura às necessidades constitucionais a nível legislativo e nas relações entre os poderes territoriais.

No que se refere ao direito europeu, coloca-se o problema de saber se as normas europeias podem também integrar-se no bloco de constitucionalidade ou, de forma mais ampla, no parâmetro de constitucionalidade. O Tribunal Constitucional espanhol deu a esta questão uma resposta negativa, considerando que o direito europeu não integra o bloco de constitucionalidade nem pode incorporar-se no parâmetro de controlo da constitucionalidade. O Tribunal seguiu uma linha jurisprudencial cautelosa, para evitar que lhe fossem colocadas dúvidas da aplicação do direito europeu. Para tal, pretendeu outorgar carácter infraconstitucional a este tipo de questões, quando, na verdade, se trata realmente de problemas de natureza constitucional, uma vez que qualquer lesão do direito europeu válido supõe também, necessariamente, a vulneração da norma habilitadora estabelecida no artigo 93.º da Constituição espanhola (CE), que abre o ordenamento interno ao direito europeu.⁷

Ora, esta natureza constitucional, derivada do artigo 93.º da CE, não implica que seja o Tribunal Constitucional a intervir na decisão dos conflitos entre direito europeu e direito interno (ainda que essa intervenção possa ter lugar em caso de lesão de outros preceitos constitucionais: vejam-se as Sentenças do Tribunal Constitucional espanhol SSTC 58/2004 e 194/2006). Essa intervenção só seria necessária se as relações entre ambos os ordenamentos se regessem por um princípio de hierarquia que determinasse a invalidade das normas internas contrárias às europeias. Todavia, o princípio do primado implica apenas o afastamento da norma interna e a aplicação preferente da europeia: trata-se de uma questão de eficácia e não de validade normativa, que deve ser resolvida pelo juiz ordinário.

Além destas questões técnicas, o certo é que – apesar da doutrina do Tribunal Constitucional espanhol – o direito da União se integra no ordenamento jurídico espanhol e isto provoca uma interação entre o ordenamento interno e o ordenamento europeu que incidirá também no nível constitucional. Essa incidência aumentará progressivamente conforme se intensifique o processo de integração europeia e negar o problema – como faz o Tribunal Constitucional de Espanha – não ajudará a resolvê-lo nem a controlar os seus efeitos.

Uma novidade importante em relação à possível integração do direito europeu no parâmetro de constitucionalidade será o ATC 86/2011, de 9 de junho, no qual o Pleno do Tribunal colocou três questões prejudiciais ao TJUE, que vieram a ser resolvidas pela Sentença de 26 de fevereiro de 2013 (processo C-399/11, *Melloni*). O Tribunal Constitucional admitiu nesse Auto que o direito europeu pode integrar o cânone de constitucionalidade, ao indicar, no ponto FJ 4.b) que: “no presente recurso de amparo este Tribunal enfrenta um problema cuja solução depende, em grande parte, da interpretação e validade das disposições relevantes da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de junho, assim como da interpretação do artigo 53.º da CDFUE e das consequências que derivem desta disposição”, uma vez que “o parâmetro de controlo

⁷ De acordo com o artigo 93.º CE: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

que devemos aplicar (...) deverá ser integrado a partir, entre outras, das normas de Direito da União Europeia que protegem os correspondentes direitos fundamentais, assim como das que regulam o mandato europeu de detenção e entrega”.⁸ Era previsível, portanto, uma mudança substantiva da doutrina seguida até agora. Não foi assim, porém, como demonstra a Sentença 26/2014, de 13 de fevereiro, na qual se resolve a questão de fundo apelando de novo ao direito europeu como critério interpretativo, o que nos conduz ao artigo 10.2 da CE e não à sua aplicação direta como parte do parâmetro de constitucionalidade.

3. Identidade constitucional nacional e relações de confluência no parâmetro decisório europeu

Do mesmo modo em que o direito constitucional europeu pode relacionar-se com o nível constitucional do direito nacional incorporando-se no parâmetro e condicionando as decisões da jurisdição constitucional, que tem de decidir sobre a validade da norma interna, o direito constitucional nacional tem desenvolvido uma função idêntica quanto à atividade do TJUE. Trata-se de uma consequência da incorporação no artigo 4.º, n.º 2, do TUE, do respeito pela identidade constitucional dos Estados. É, contudo, inegável que esta versão da “identidade constitucional” tem pouco a ver com a ideia de “contra-limites”, isto é, com a existência de um núcleo essencial da ordem constitucional interna que não poderia ver-se afetado pelo direito europeu.

Pelo contrário, trata-se de um mecanismo similar ao da “margem de apreciação”, que apela à identidade constitucional “com minúscula”, como afirma Pedro Cruz Villalón, o que supõe que esta perca o seu carácter absoluto. Deste modo, “*a identidade constitucional pode ser alegada, com escassas reservas, por parte dos Estados, mas com o custo de ter de competir com uma pluralidade de categorias e, em particular, com um juízo de proporcionalidade*”.⁹ Como sustenta Stelio Mangiameli, “*as limitações à aplicação de algumas disposições de direito europeu são uma consequência da interpretação sistemática do próprio direito supranacional, em relação à qual as disposições das constituições nacionais são assumidas não pelo seu alcance normativo, mas como parte dos factos relevantes para aplicação dos princípios europeus, mesmo quando estes correspondem, quanto aos conteúdos, a conceitos utilizados pelas normas constitucionais nacionais*”.¹⁰

Assim, poderíamos afirmar que o TJUE não aplica, aqui, os contra-limites enquanto tais, nem sequer “europeizados” porque, na realidade, não define a identidade constitucional como tal, mas sim até que ponto determinadas particularidades do ordenamento constitucional poderão modular a aplicação do direito europeu. Que essas particularidades sejam, necessariamente, parte integrante da “identidade constitucional”

⁸ No original, “*En el presente recurso de amparo este Tribunal se enfrenta a un problema cuya solución depende, en gran parte, de la interpretación y de la validez de las disposiciones relevantes de la Decisión Marzo 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, así como de la interpretación del artículo 53 CDFUE y de las consecuencias que se deriven de esta disposición*” ya que “*el canon de control que debemos aplicar (...) ha de ser integrado a partir, entre otras, de las normas de Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega*”. Nota da Tradutora.

⁹ Cfr. P. Cruz Villalón, “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, in *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, (Roma: Giuffrè Editore, 2015), Tomo I, 739, 742. Cfr. igualmente A. Ruggeri, “Primo del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)” in www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/.../ruggeri.pdf e S. Gambino, “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea” in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, julho-dezembro (2012). Disponível em http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/02_GAMBINO.htm.

¹⁰ S. Mangiameli, “L’Unione Europea e l’identità degli Stati membri”, in *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Giuffrè Editore, Tomo III (2015) 1839.

é mais do que discutível. Isto não quer dizer que não possam sê-lo (por exemplo, no caso da dignidade da pessoa humana, no caso da Alemanha), mas sim que essa condição não é relevante para o Tribunal de Justiça, uma vez que, ainda que não formassem parte da “identidade constitucional” poderiam ser utilizadas para modular a aplicação do princípio do primado.

No caso *Omega*, o TJUE apela à “margem de apreciação” que as autoridades nacionais competentes têm para decidir, dentro dos limites impostos pelos Tratados, quando existe uma exceção de ordem pública suscetível de afetar a livre prestação de serviços, já que “as circunstâncias específicas que podem justificar o recurso ao conceito de ordem pública podem variar de um país para outro, e de uma época a outra”. Desta perspectiva, a questão resolve-se integralmente dentro do quadro do Direito europeu, posto que, afirma o Tribunal “é indubitável que o objetivo de proteger a dignidade humana é compatível com o Direito comunitário, sendo irrelevante, a este respeito, que na Alemanha tal princípio goze de um regime particular, como direito fundamental autónomo”.¹¹ Convém recordar, além disso, que a sentença *Omega* se ditou em 2004, quando ainda não estava em vigor o Tratado de Lisboa e, portanto, o reconhecimento específico da identidade constitucional consagrado no artigo 4.º, n.º 2, TUE.¹²

No caso *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, a sentença, de 2010, é já posterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Aliás, o governo austríaco invoca precisamente o respeito pela sua identidade constitucional, alegando que “as disposições controvertidas no litígio principal pretendem garantir a identidade constitucional da República da Áustria”. Fá-lo, porém, de uma maneira peculiar, uma vez que reconhece que não se trata de um elemento do princípio republicano, mas sim de uma pretensão de garantir a igualdade formal.¹³ Por seu turno, o Tribunal de Justiça entende que “importa admitir que, no contexto da história constitucional austríaca, a lei da abolição da aristocracia, enquanto elemento da identidade nacional, pode ser levada em consideração na ponderação de interesses legítimos e do direito de livre circulação de pessoas reconhecido pelo direito da União”, pelo que “a justificação invocada pelo Governo austríaco relativamente à situação constitucional austríaca deve ser interpretada como uma invocação da ordem pública”.

Que o apelo à identidade nacional não era necessário, evidencia a própria fundamentação do TJUE que, após reiterar a ideia segundo a qual as autoridades nacionais competentes devem ter “uma margem de apreciação” para decidir, dentro dos limites impostos pelo Tratado, quando existe uma exceção de ordem pública, se centra na questão fundamental da igualdade, que é a que permite realmente solucionar o problema do modo em que o Tribunal o faz, apesar de se invocar expressamente a identidade constitucional do artigo 4.º, n.º 2, TUE: “No âmbito do processo principal,

¹¹ Isto a pesar de o TJUE ter também em conta que “segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a proibição da exploração comercial de jogos de divertimento que envolvem a simulação de actos de violência contra pessoas, em especial a representação de actos que infligem a morte a seres humanos, corresponde ao nível de protecção da dignidade humana que a Constituição nacional pretendeu garantir no território da República Federal da Alemanha”.

¹² Cfr. sobre o Acórdão *Omega*, S. Sánchez Lorenzo, “Derechos fundamentales y libertades de circulación a la sombra de una Constitución para Europa: Comentario a la Sentencia TJCE (Sala 1.ª), de 14 de outubro de 2004 (Asunto C-36/02: “Omega”)”, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 5, janeiro-junho de 2006. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/14sixtosanchezlorenzo.htm>.

¹³ “Embora a lei da abolição da aristocracia não seja um elemento do princípio republicano, princípio que norteia a Lei Constitucional Federal, constitui uma decisão fundamental a favor de uma igualdade formal de tratamento de todos os cidadãos perante a lei”.

o Governo austríaco indicou que a lei da abolição da aristocracia constitui a aplicação do princípio mais geral da igualdade de todos os cidadãos austríacos perante a lei. É inegável que a ordem jurídica da União tem como objetivo garantir o respeito do princípio da igualdade enquanto princípio geral de direito. Este princípio está igualmente consagrado no artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais. Por conseguinte, não há dúvida de que o objetivo de respeitar o princípio da igualdade é compatível com o direito da União”. Definitivamente, “não se afigura desproporcionado que um Estado-Membro pretenda realizar o objetivo de preservar o princípio da igualdade proibindo a aquisição, a posse ou a utilização, pelos seus nacionais, de títulos nobiliárquicos ou de elementos nobiliárquicos suscetíveis de fazer pensar que o portador do nome é titular dessa dignidade”.

Por último, no caso C-151/12, *Comissão contra Espanha*, de 24 de outubro de 2013, o TJUE faz referência a um mecanismo de relação entre o ordenamento estadual e os ordenamentos territoriais que, desde logo, não faz, de todo, parte da identidade constitucional de Espanha, como é a regra da supletividade do direito estatal sobre o autonómico. Mais ainda, o próprio Tribunal discute a interpretação que se pretendia dar a esta cláusula por parte de Espanha, com um critério, a meu ver, correto, fundado na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol: “importa referir que, de acordo com jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, que o Reino de Espanha cita nas suas observações, o artigo 149.º, n.º 3, in fine, da Constituição não parece autorizar a aplicação de normas estatais a título supletivo na falta de legislação das Comunidades Autónomas, mas apenas o preenchimento de lacunas. Acrescenta-se que, na audiência, o Reino de Espanha confirmou que, no presente caso, as Comunidades Autónomas, com exceção da Comunidade Autónoma da Catalunha, não exerceram o seu poder legislativo. Nestas circunstâncias, a aplicação da cláusula supletiva no presente caso não seria pertinente relativamente às bacias hidrográficas intracomunitárias fora da Catalunha”.

Na realidade, neste caso Espanha invocará o artigo 4.º, n.º 2, TUE em conjugação com o artigo 288.º TFUE, para censurar à Comissão ter procurado impor a forma segundo a qual haveria de levar-se a cabo a transposição da Diretiva, por entender que bastava a cláusula de supletividade do direito estadual, estabelecida no artigo 149.º, n.º 3, da Constituição espanhola, para garantir a aplicação do direito europeu. Não se trata, assim, de nada que tenha a ver com a identidade constitucional, tal como ocorre nos outros casos mencionados. Todavia, o importante desta jurisprudência do TJUE é que vem integrando o próprio conceito de identidade constitucional (ainda que de maneira “imprópria”) e, portanto, as disposições constitucionais internas, no parâmetro que mobiliza para as suas decisões, ainda que essas disposições não sejam, realmente, parte da identidade constitucional dos Estados. Produz-se, desta forma, uma confluência entre o direito constitucional e o direito europeu no que respeita à valoração das normas, que corresponde à que se gera também no plano interno, mediante a possível integração do direito europeu no parâmetro de constitucionalidade.

A relação dialética entre identidade constitucional nacional e identidade constitucional europeia adquire, assim, uma dupla vertente. Por um lado, a incorporação do direito europeu no parâmetro interno de constitucionalidade, contribuindo para configurar a “identidade constitucional nacional”, em sentido amplo. Por outro lado, a função que o direito constitucional estadual (a identidade constitucional nacional em sentido amplo) desempenha na modulação da aplicação do direito europeu, contribuindo desta maneira para configurar a específica identidade constitucional europeia da União, na medida em que define as suas possibilidades, os seus limites e as suas linhas de desenvolvimento, no confronto com o direito constitucional nacional.

4. A identidade constitucional nacional na sua dimensão conflitual

No que se refere às relações de conflito entre o direito europeu e o direito interno, há que partir do pressuposto de que o primado do direito da União não se detém perante o direito constitucional interno. Não distingue, para este efeito, os distintos níveis do direito estadual. Mais ainda, não prevê, sequer, mecanismos que tornem possível, na ordem interna, conciliar as exigências de respeito pelo direito europeu com as exigências do direito constitucional, que requer, para modificar os preceitos constitucionais, o recurso a um mecanismo específico de revisão que, por si mesmo, entra em contradição com a imediatez com que o direito europeu deve aplicar-se.

A normatividade da Constituição é o resultado de um processo histórico longo e difícil, um resultado tão desejado, porém, pelos povos da Europa como a própria integração europeia, porque permite estabelecer uma ordem de convivência estável e pacífica, que respeita o pluralismo e garante a realização dos direitos e liberdades constitucionais. Não é difícil perceber, dessa perspetiva, a perplexidade com que constitucionalistas e cidadãos assistem a um processo que, devido a não ter ainda atingido o seu ponto mais elevado, relativiza e põe em causa a normatividade da Constituição, sem oferecer ainda uma ordem constitucional própria em que se deposite o “sentimento constitucional” dos cidadãos europeus, e que responda às mesmas exigências a que estão submetidos, hoje, os ordenamentos constitucionais internos.

Esta perplexidade é partilhada pelos tribunais constitucionais dos Estados-Membros, entre eles pelo Tribunal Constitucional espanhol que, cumprindo a sua obrigação de último garante da Constituição, estabeleceu claramente o princípio segundo o qual a aplicação do direito europeu não pode realizar-se contra os preceitos constitucionais, porque a integração na Europa não diminui a vinculação dos poderes públicos à Constituição. A doutrina do Tribunal Constitucional é clara neste ponto. No acórdão STC 64/1991, indica-se expressamente [F] 4.b)] que “a cessão do exercício de competências a favor de organismos supranacionais não implica que as autoridades nacionais deixem de estar submetidas ao ordenamento interno, quando atuam cumprindo obrigações adquiridas face a tais organismos, já que também nestes casos se trata de poder público que está sujeito à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico espanhol (artigo 9.º, n.º1, da CE)”. Este princípio geral supõe que permanecem abertas todas as vias processuais referentes a processos de constitucionalidade relativos às atuações dos poderes públicos espanhóis, ainda que essas actuações sejam necessárias para, ou derivem do, cumprimento do Direito europeu¹⁴

Na jurisprudência constitucional espanhola, voltou a colocar-se a questão do possível conflito constitucional, por ocasião do processo de ratificação do Projeto de Tratado Constitucional, devido ao reconhecimento expresso do princípio do primado que se fazia no artigo I-6, em virtude 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”. Este preceito, eliminado com o Tratado de Lisboa (já que o princípio do primado consta agora da Declaração n.º 17, anexa à Ata

¹⁴ Na STC 64/1991, FJ 4.a), o Tribunal indica-o a respeito do processo de amparo: “*es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo, y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE*”.

Final da CIG que adotou o Tratado de Lisboa) tinha suscitado a questão da sua possível contradição com o artigo 9.º, n.º1, da CE (“Os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico”). Esta questão foi colocada pelo Conselho de Estado, no seu Ditame sobre o Tratado pelo qual se estabelece uma Constituição para a Europa, sugerindo ao Governo utilizar a via do artigo 9.º, n.º 5, da Constituição espanhola para iniciar junto do Tribunal Constitucional uma consulta sobre a constitucionalidade do Tratado Constitucional. O Tribunal resolveu essa consulta através da Declaração 1/2004, de 13 de dezembro, na qual afirmava que não existia contradição entre a Constituição espanhola e o Projeto de Tratado Constitucional.

O Tribunal mantém nesta Declaração a doutrina anterior, no sentido de que a possível contradição entre o direito europeu e a Constituição espanhola obrigaria a uma pronúncia do Tribunal: “No caso, dificilmente concebível, de que a ulterior dinâmica do Direito da União Europeia levasse a tornar inconciliável este Direito com a Constituição espanhola, sem que os hipotéticos excessos do Direito europeu em relação à própria Constituição europeia fossem remediados pelos mecanismos ordinários nela previstos, em última instância, a conservação da soberania do povo espanhol e da supremacia da Constituição que este se outorgou poderiam levar este Tribunal a abordar os problemas que em tal caso se suscitassem, que da atual perspectiva se têm por inexistentes, através dos procedimentos constitucionais pertinentes; além de que a salvaguarda da referida soberania sempre resulta, afinal, assegurada pelo artigo I-60 do Tratado, verdadeiro contraponto do artigo I-6 e que permite definir, na sua real dimensão, a primazia proclamada nesta última norma, incapaz de sobrepor-se ao exercício de uma renúncia que fica reservada à vontade soberana, suprema, dos Estados-Membros” (DTC 1/2004, FJ 4).

A europeização dos contra-limites pelo artigo 4.º, n.º 2, TUE, modificado pelo Tratado de Lisboa, implica o reconhecimento por parte da União de que existe um núcleo constitucional integrado pelas estruturas políticas e constitucionais fundamentais dos Estados-Membros que deve ser preservado. Abre-se assim o campo para um conflito latente no plano constitucional, entre os Estados-Membros e a União Europeia, que permite sugerir a possível relativização do princípio do primado. Não é, contudo, uma questão isenta de problemas, já que a própria existência da União como ordenamento jurídico depende do princípio do primado. Por esse motivo, o conflito constitucional carece ainda de uma solução fácil. Por outro lado, para que esse conflito se produza, é necessário que se deem as condições que o justifiquem, o que não é o caso da primeira decisão de um Tribunal Constitucional de um Estado-Membro (do Tribunal Constitucional da República Checa, de 31 de janeiro de 2012) que declarou *ultra vires* um ato jurídico de uma instituição europeia, ao considerar que a prévia sentença do TJUE (de 22 de junho de 2011, processo C-399/09, *Landtová*) excedera as competências transferidas para a União Europeia em virtude das previsões do artigo 10.a) da Constituição checa.

É, de qualquer forma, evidente, que nos encontramos aqui perante uma possível contradição que resulta, até ao momento, insolúvel através dos mecanismos que até agora se estabeleceram para a articulação entre os ordenamentos europeu e estadual. É uma contradição insolúvel devido ao período de transição em que se encontra, atualmente, o processo de integração europeia, até que exista uma autêntica Constituição da União, à qual tenham de submeter-se necessariamente os preceitos constitucionais dos Estados-Membros. Apesar do avanço constituído pelo Tratado de Lisboa, permanece, porém, o problema da configuração do direito constitucional europeu como “direito supremo”

próprio de um sistema federal. Nessa fase, não será possível opor a inconstitucionalidade do direito europeu em face da Constituição estadual, porque os próprios tribunais constitucionais serão também tribunais europeus e terão a obrigação de aplicar em primeiro lugar a Constituição europeia sobre a Constituição interna. Existirá, nos termos definidos pelo federalismo norte-americano, uma “vinculação mais forte” dos tribunais constitucionais à ordem constitucional europeia do que a que já existe em relação ao ordenamento constitucional interno.

De qualquer forma, como pudemos observar até agora, é necessário distinguir entre a dimensão conflitual e a dimensão de confluência da identidade constitucional, sendo ambas enquadráveis no âmbito do artigo 4.º, n.º 2, TUE. A primeira tem a ver com os contra-limites, com a ideia de um núcleo constitucional potencialmente resistente frente ao princípio do primado. A segunda, porém, relaciona-se com a utilização que o TJUE tem vindo a fazer das singularidades constitucionais internas dos Estados-Membros (definidas agora como “identidade constitucional”) para modular a aplicação do princípio do primado.

Esta vertente jurisdicional europeia da identidade constitucional na aplicação que o Tribunal de Justiça tem feito do artigo 4.º, n.º 2, TUE, pode enquadrar-se, como vimos, dentro das relações de confluência entre ordenamentos, na relação dialética entre Direito Constitucional Europeu em sentido estrito (da UE) e em sentido amplo (incluindo, também, os sistemas constitucionais nacionais). Desta forma, a identidade constitucional nacional opera como um elemento qualificado na construção do sentido normativo da disposição europeia, que poderia ter um alcance distinto se o intérprete não tivesse o mandato expresso de ter em conta, precisamente, a identidade constitucional nacional.

Uma confluência que se manifesta, de igual modo, do outro lado, mediante a possível incorporação do direito europeu no parâmetro de constitucionalidade interno, quando tal seja procedente, conformando assim a outra vertente da relação dialética entre o direito constitucional nacional e o da União, no quadro do Direito Constitucional Europeu. Em todo o caso, é o Direito europeu que contribui para definir o direito constitucional interno e, dessa forma, para configurar a identidade constitucional nacional em sentido amplo.

A dimensão conflitual da identidade constitucional, pelo contrário, remete para os contra-limites, para a identificação de um núcleo constitucional eventualmente resistente frente ao direito europeu, porquanto definiria a identidade constitucional do Estado em sentido estrito. É aqui que se colocam os problemas de potencial tensão entre direito europeu e direito interno, e onde deveríamos procurar valorar o conteúdo da identidade nacional de uma forma que permita reconhecer a sua condição de “conceito fronteira”, que deve operar apenas como último recurso, quando o conflito entre Direito europeu e Direito constitucional interno seja realmente irresolúvel.

A caracterização daquilo que pode considerar-se como parte integrante da “identidade constitucional” de um Estado, nesse sentido estrito, não é fácil. Trata-se de um conceito que apela a um mínimo inderrogável, recordando-nos outras noções similares que, na Constituição do pluralismo, remetem a instâncias arbitrais para caracterizar aquilo que permite reconhecer um direito (a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais) ou uma instituição (as garantias institucionais) enquanto tais. Contudo, essas instâncias arbitrais não existem na relação entre direito europeu e direito interno, porque nem o TJUE nem os tribunais constitucionais internos podem ter a última palavra além do seu âmbito específico de decisão (o direito europeu ou

o direito constitucional interno, respetivamente). Desta perspetiva, o Tribunal de Justiça não pode definir o significado último da identidade constitucional, uma vez que, como se viu, se limita a utilizá-lo de maneira instrumental como mais um fator a levar em conta na modulação da aplicação do princípio do primado. Todavia, também não pode atribuir-se à outra parte, o tribunal constitucional interno, tal função, porque a identidade constitucional é um conceito-fronteira e as fronteiras não podem ser definidas apenas por uma das partes. Os tribunais constitucionais podem caracterizar a identidade 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.

Com efeito, e se bem que a identidade constitucional tem a ver com a Constituição nacional, que pode ter um “intérprete supremo”, uma jurisdição constitucional interna que tenha a última palavra, é igualmente certo que, na medida em que pode operar como um limite ao princípio do primado, ela implica também uma interpretação acerca do alcance do direito europeu, que corresponde ao TJUE. Assim, pois, não há uma resposta unívoca para esta questão. Por isso, não há uma única instância jurisdicional que possa estabelecer o sentido último da identidade constitucional enquanto núcleo essencial do ordenamento jurídico-constitucional nacional.

5. Flexibilidade e convergência entre identidade constitucional nacional e europeia. O exemplo de Portugal

O conceito de identidade constitucional nacional, em sentido estrito, está vinculado a outros conceitos como os de soberania nacional, poder constituinte originário, limites materiais e poder de revisão constitucional. No entanto, estes conceitos são precisamente os que mais danos sofreram devido ao processo de integração supranacional. O Estado nacional supranacionalmente integrado não tem, já, a condição de soberano no plano externo (e não a tinha antes, no âmbito interno, com a adoção de uma constituição normativa) nem está dotado de um poder constituinte originário enquanto continue a ser membro da União Europeia. A integração supranacional gerou uma inevitável fragmentação do poder constituinte¹⁵, que deve ser tomada em consideração também na análise do conceito de identidade constitucional.

A vinculação do conceito de identidade constitucional com a revisão constitucional e com o poder constituinte situa-nos num terreno particularmente sensível e pouco estável, porque a própria ideia de identidade constitucional se afigura, até certo ponto, incoerente com a possibilidade de revisão constitucional, que inevitavelmente conduz a uma transformação da Constituição e da identidade constitucional. A existência de limites materiais de revisão também não pode considerar-se um obstáculo intransponível à mutação constitucional, que defina um núcleo essencial resistente ao direito europeu. Em primeiro lugar, porque em vários ordenamentos europeus não existem quaisquer cláusulas pétreas, havendo até previsões específicas de uma “revisão total” da Constituição, como é o caso de Espanha. Mas, sobretudo, porque um sistema democrático não pode descartar o exercício legítimo do poder constituinte para se

¹⁵ Cfr. o meu trabalho “El status constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente”, in *AAVV, La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Vol. I, Madrid (2002), 99-130. Cfr., igualmente, o meu trabalho “European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform”, in *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Rainer Arnold (ed.), (New York: Springer, 2016) 15-25..

dotar de uma nova ordem constitucional.

Afigura-se surpreendente, a este respeito, a posição defensiva adoptada pelo Tribunal Constitucional alemão, no Acórdão Lisboa, face a um possível avanço em sentido federal da integração europeia. Antes de mais, porque os limites materiais de revisão são uma instituição do Estado nacional, destinada a prevenir regressões democráticas que não têm sentido num Estado-Membro da União Europeia. Mas, também, porque o facto de a unificação alemã se ter realizado no quadro da Lei Fundamental de Bona, apesar de tal pressupor nada menos de que uma mudança no sujeito constituinte, sem seguir o procedimento estabelecido no artigo 146.º dessa mesma Lei Fundamental para dotar o povo alemão unido de uma nova Constituição (“*Verfassung*”).

O sistema constitucional português oferece uma referência muito importante para o debate atual sobre o conceito de identidade constitucional, tanto em si mesmo, quanto em relação ao processo de integração europeia e ao artigo 4.º, n.º 2, TUE. A Constituição portuguesa fornece um exemplo muito relevante da relação entre revisão constitucional e rutura constitucional. As alterações introduzidas pelas sucessivas revisões foram de grande alcance, mas os grandes constitucionalistas portugueses não duvidam de que a Constituição de 1976 permanece viva, porque mantém o núcleo de princípios essenciais que uma Constituição deve ter para preservar a sua identidade constitucional. A Constituição portuguesa é uma obra complexa, fruto, no plano textual, de um processo constituinte prolongado no tempo, com importantes revisões que não transformaram a identidade constitucional portuguesa, como sustenta Jorge Miranda,¹⁶ mas que densificaram e completaram o consenso constitucional, como afirma Gomes Canotilho, na medida em que permanecem na Constituição os seus princípios estruturantes (Estado de Direito, democracia, solidariedade) e os direitos fundamentais que configuram a matriz caracterizadora do texto constitucional, a identidade da Constituição.¹⁷ Nas palavras do antigo Presidente do Tribunal Constitucional, o Professor Cardoso da Costa, poder-se-ia falar de um “processo constituinte global”, através do qual se foi, gradualmente, chegando a um documento constitucional estabilizado nos seus elementos caracterizadores e identificadores essenciais”.¹⁸

Esta grande lição do constitucionalismo português ensina-nos algo importante: que Constituição e democracia não têm a mesma extensão, a democracia é mais ampla que a Constituição e deve permanecer sempre aberta a possibilidade de revisão e mudança. Com a condição, naturalmente, de que se trate de uma democracia pluralista, na qual se assegurem os princípios essenciais da democracia constitucional: Estado de Direito, controlo da maioria, proteção das minorias, garantia dos direitos fundamentais.

Esta questão leva-nos inevitavelmente ao debate sobre o conceito de

¹⁶ “A Constituição continua sendo, após sete revisões, após a entrada de Portugal para as Comunidades e para a União Europeia e após tantas transformações registadas no país e no mundo, a mesma Constituição que em 1976 foi decretada pela Assembleia Constituinte – porque uma Constituição consiste, essencialmente, nunca é demais frisar, num conjunto de princípios e menos num conjunto de preceitos”, Jorge Miranda, “A originalidade e as principais características da Constituição Portuguesa”, in *Cuestiones Constitucionales*, n.º 16, janeiro-junho (2007), 278.

¹⁷ Cfr. Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 1998), 203 e ss. “Globalmente considerados, os compromissos constitucionais possibilitaram um projecto constitucional que tem servido para resolver razoavelmente os problemas suscitados pelo pluralismo político, pela complexidade social e pela democracia conflitual. É este carácter dinâmico que está na base dos sucessivos compromissos obtidos em sede de revisão”.

¹⁸ José Manuel M. Cardoso Da Costa, *La Constitución portuguesa de 1976: Un estudio académico treinta años después*, Prólogo a Javier Tajadura Tejada (Coord.) (Madrid: CEPC, 2006), XX.

identidade constitucional que se desenvolve, hoje, na Europa e que envolve os tribunais constitucionais nacionais, o próprio TJUE e a doutrina europeia. Como se referiu, nem todas as constituições contêm limites materiais de revisão e afigura-se difícil articular em torno destas uma definição da identidade constitucional. No caso português, tendo uma Constituição que inclui um amplo catálogo de conteúdos protegidos por estas cláusulas pétreas (artigo 288.º da CRP), trata-se, porém, também, de uma Constituição que modificou a própria norma dos limites materiais de revisão, através da reforma do então artigo 290.º, sem que deva considerar-se que tal mudança afetou a identidade constitucional.

Assim, se a identidade constitucional na sua dimensão conflitual supõe a existência de um núcleo essencial indisponível da própria Constituição, mas a Constituição admite a sua revisão total, como é o caso de Espanha, ou tornou possível a incorporação de um novo sujeito constituinte, como é o caso da Alemanha, sem alterar a sua identidade, ou modificou os seus próprios limites materiais de revisão, como ocorreu em Portugal, qual é, na realidade, a identidade constitucional destes países? Do meu ponto de vista, a identidade constitucional que se pode opor à integração europeia deve ter em consideração, necessariamente, esta mesma abertura das constituições à revisão ou à transformação do sistema constitucional dentro de um contexto democrático.

Desta perspetiva, devemos considerar, como já se afirmou, que a democracia pluralista e a Constituição nem sempre têm a mesma extensão, porque a democracia é sempre mais ampla que a Constituição. O que a ordem constitucional tem de garantir é a livre expressão democrática da sociedade, entendida nos termos da democracia pluralista (com o necessário respeito pelos direitos das minorias e com possibilidade de reversão das opções políticas, de forma a que se torne viável a alternância no poder). É precisamente a democracia pluralista que pode identificar-se, no essencial, com a identidade constitucional, e não conteúdos concretos do ordenamento jurídico-constitucional, que podem modificar-se mediante revisões constitucionais ou através do exercício democrático do poder constituinte. São as condições democráticas próprias do ordenamento constitucional que marcam a fronteira da identidade constitucional, frente a um direito europeu que, em princípio, participa desses valores e deve garanti-los, no âmbito da União Europeia, mesmo em face de atitudes regressivas dos Estados-Membros.¹⁹

Além da potencial dimensão conflitual da identidade constitucional nacional, também podemos extrair do sistema constitucional português um critério relevante no que se refere à convergência entre identidade nacional e identidade comum europeia.

¹⁹ Algo que, certamente, não tem feito, na prática, de maneira efetiva, se pensarmos nos exemplos da Hungria e da Polónia. Questão distinta, que aqui não podemos desenvolver, é se a identidade constitucional de alguns Estados-Membros, como é o caso de Portugal, Espanha, Itália ou Grécia, foi respeitada pelas Instituições europeias desde que começou a crise económica. Isto é, se podemos continuar a falar, ainda, de uma autêntica democracia pluralista no contexto da interpretação económica da Constituição que se impôs em toda a Europa, e à qual haveria que opor uma interpretação constitucional da crise. Cfr. a esse respeito, o meu trabalho “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, in *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, *Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática* (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 99-122. Cfr. igualmente os meus trabalhos “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa” in *KorEuropa*, n.º 1/2012, “Crisis économique et crise constitutionnelle en Europe”, *Constitutions*, Avril-Juin (2013), “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, maio-agosto (2013) e “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, n.º 19, janeiro-junho (2013). Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce>.

Encontramo-lo na doutrina do Tribunal Constitucional português a propósito das medidas de combate à crise económica adotadas em aplicação das políticas europeias. Com efeito, o Tribunal estabeleceu um critério que me parece particularmente relevante, da necessária concordância entre direito europeu e direito constitucional interno quanto ao núcleo essencial dos princípios que configuram o Estado de Direito, nos termos do património constitucional comum europeu.

Deste modo, os princípios constitucionais que o Tribunal usa para declarar a inconstitucionalidade de tais medidas são considerados, também, como princípios que vinculam, do mesmo modo, a União Europeia: “neste domínio não há sequer divergência entre o Direito da União Europeia e o Direito Constitucional Português. Efetivamente, os princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança, que têm servido de parâmetro ao Tribunal Constitucional para aferir da constitucionalidade das normas nacionais relativas a matérias conexas com as que se apreciam nos presentes autos, fazem parte do núcleo duro do Estado de Direito, integrando o património jurídico comum europeu, a que a União também está vinculada”.²⁰

Em definitivo, é necessário apelar à flexibilidade do perfil conflitual da identidade constitucional nacional, na sua tensão com a identidade constitucional europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu, para evitar que se gerem conflitos artificiais entre o ordenamento jurídico interno e o europeu, fundados num entendimento rígido do conceito de identidade constitucional. A proteção europeísta dos ordenamentos constitucionais nacionais não deve ter limites adicionais em relação aos que estes ordenamentos já têm: os da democracia pluralista.

A interação dialética entre a identidade constitucional nacional e a europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu (ou seja, entre este entendido em sentido amplo e em sentido restrito) é também um fator de desenvolvimento identitário comum, que contribui para o progresso do próprio Direito Constitucional Europeu. A partir deste entendimento aberto e flexível da identidade constitucional nacional podem construir-se processos de convergência, tanto no plano europeu, como no plano interno, que favoreçam a evolução em sentido europeísta do direito constitucional nacional e a transformação progressiva, em sentido constitucional, do ordenamento jurídico europeu.

²⁰ Acórdão N.º 574/2014, n. 12.