

DEBATER
A EUROPA

16

jan-jun 2017

FENÓMENOS DE INTEGRAÇÃO
REGIONAL: OS CASOS DA UNIÃO
EUROPEIA E O MERCOSUL

*PHENOMENA OF REGIONAL INTEGRATION: THE
CASES OF THE EUROPEAN UNION AND MERCOSUR*

Em nome da autonomia da União: algumas considerações sobre um parecer polémico

On behalf of the autonomy of Union Law: some considerations on a polemical opinion

Fátima Pacheco, PhD
Professora no ISCAP

Investigadora do CEI – Centro de Estudos Interculturais do ISCAP e do
CEDU – Centro de Estudos de Direito da União Europeia – Universidade do Minho
E-mail: fatima_pacheco@live.com.pt

Resumo

A União Europeia é uma União de Direito. Sendo certo que os Tratados iniciais não enunciavam os direitos fundamentais o Tribunal de Justiça da União Europeia incorporou-os como princípios gerais. Todavia, não estando assegurada a sua identificação a União Europeia dotou-se de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Ora, apontando o Tratado de Lisboa a obrigação de aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e concluído tal empreendimento, o Tribunal Justiça da União Europeia afirmou que o Acordo não era compatível nem o Protocolo (N.º8) relativo ao n.º2 do art. 6.º, nem com a Dec. ad n.º 2 do art. 6.º Tratado da União Europeia. Neste quadro, analisa-se o conteúdo do projecto e do Parecer e apontam-se as razões pelas quais o Tribunal deve desenvolver a sua jurisprudência de forma coerente com a Carta.

Palavras-Chave: direitos fundamentais; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; parecer do Tribunal de Justiça 2/13; primado.

Abstract

The European Union is a Union of Right. While the original Treaties did not mention fundamental rights, the Court of Justice of the European Union incorporated them as general principles. However, since they were not identified, it has been given a Charter of Fundamental Rights of the European Union. As the Treaty of Lisbon indicates that it is an obligation to accede to the European Convention on Human Rights and concluded such an endeavour, the Court of Justice of the European Union stated that the Agreement was compatible neither with Protocol (No 8) relative to n° 2 of Art. 6, nor with Dec. ad n.º 2 of

art. 6º of the Treaty of the European Union. In this context, the content of the Project and the Opinion are analysed and appointed the reasons for which the Court must develop its case-law in a consistent manner with the Charter.

Keywords: fundamental rights; Charter of Fundamental Rights of the European Union; European Convention on Human Rights; Opinion of the Court of Justice 2/13; Primacy.

1. Enquadramento do tema: lá onde não há adesão, há Carta

Decorrido mais de um ano após o segundo parecer negativo do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) relativamente à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) a Europa dos direitos fundamentais permanece bifronte. Com efeito, num espaço europeu onde coexistem três sistemas diferenciados de protecção jurídica dos direitos fundamentais (interno, internacional regional e da União Europeia), defrontam-se duas Europas numa só, unidas pelos valores mas separadas institucionalmente: a Europa da União Europeia e a do Conselho da Europa, organização internacional responsável pela aprovação de vários documentos sobre a protecção dos Direitos do Homem, entre os quais se destaca a CEDH.

Ambas dotadas de personalidade jurídica e ambas possuindo um sistema jurisdicional edificado com base no diálogo com os tribunais nacionais, tanto o TJUE como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), fizeram com que o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais inspirasse a criação dos demais sistemas internacionais e influenciasse de modo indelével as jurisdições internas. Defrontam-se, pois, num espaço europeu de ordenamentos multiníveis, uma dualidade de catálogos de direitos fundamentais com conteúdos de natureza humanista e universalista, que necessitam de articulação.

Ora, a reconfiguração da UE operada pelo Tratado de Lisboa (TL) apresenta-nos um ordenamento jurídico estruturado e um sistema de protecção e garantia munido de uma Carta de direitos fundamentais (CDFUE), cujo âmbito material se afigura mais lato do que o da CEDH e seus Protocolos – transformando-a em sua fonte material e *standard mínimo* de protecção. Ou seja, um catálogo - com força de direito primário - que engloba as três gerações de direitos fundamentais e que consagra direitos específicos dos cidadãos europeus, dando corpo constitucional a uma verdadeira “União de Direitos”, ainda que contida no âmbito de aplicação do direito da União.

Neste quadro, muito embora exista nos Tratados a base jurídica necessária para a União – enquanto ente jurídico não estadual - aderir à CEDH, e ainda que a letra do art. 6º, n.º 2 do TUE não suscite dúvidas de que se encontra adstrita a tal desiderato, o Parecer 2/13 do TJUE, que teve por objecto um pedido nos termos do art. 218º, n.º 11, TFUE foi claro e assertivo: o acordo projectado não se revelou compatível com o dispositivo acima referido, nem com as condições estabelecidas no Protocolo (N.º8) relativo ao n.º2 do art. 6º do TUE.

A adesão da UE à CEDH implicaria a sua participação no sistema de justiça regional europeu, adquirindo legitimidade activa e passiva nos domínios sobre os quais as suas competências incidem, podendo ser demandada ou codemandada por Estados, indivíduos, grupos de indivíduos ou ONG, vítimas de violações dos direitos consignados na CEDH. Circunstância que - atendendo à vastidão dos domínios materiais abrangidos pelas atribuições da União e pelo seu sistema de jurisdição – modificaria o perfil da relação entre ambas as ordens jurídicas em causa, com especial incidência no contencioso da União.

Ao longo do Parecer, o Tribunal recordou-nos que não obstante a vigência do Protocolo n.º 14 à CEDH (que altera o sistema de fiscalização da Convenção e o seu art. 59.º, n.º 2), as especificidades e autonomia do ordenamento jurídico da União e as particularidades da repartição de competências entre ela e os Estados-membros; o risco de afectação do previsto no art. 344.º TFUE por parte do processo de apreciação prévia e das queixas interestaduais; a falta de funcionalidade do novo mecanismo do corresponsável; e a desconsideração do projecto relativamente às peculiaridades da fiscalização jurisdicional em matéria PESC - justificavam que uma vez mais ele dissesse não. Foi assim mesmo: um não, ou melhor, um assim não.

Perante este facto, é imperioso recordar que se em 1996 - ano do primeiro parecer negativo - os Estados-membros teriam de rever os Tratados para concretizar tal adesão, desde 2009 que foi atribuída à União capacidade para cumprir tal empreendimento, mediante a conclusão de um Acordo internacional.

Ademais, vale a pena ressaltar três factos: em primeiro lugar, o conteúdo do projecto de adesão de 2013 era mais estrito do que o universo global da CEDH – abrangendo apenas a Convenção, o Primeiro Protocolo e o Protocolo n.º 6, que acrescentam ao elenco originário da CEDH, os direitos de propriedade, voto, educação e a proibição de pena de morte. Em segundo lugar, a adesão implicaria a sujeição da União aos seus mecanismos de protecção jurisdicional. Em terceiro lugar, a Advogada-Geral Kokott, em 13 de Junho de 2014, analisou todos os problemas que se pudessem levantar (competências da União; competências das instituições; características específicas e autonomia; situação especial dos EM face à CEDH) e, não obstante ter frisado a necessidade de esclarecimento de alguns deles, não hesitou em afirmar a compatibilidade do projecto com os Tratados. Todavia, o Tribunal foi firme em afirmar o contrário.

Sendo incontrovertível que em Dezembro de 2014 esta polémica decisão foi impactante no plano jurídico-político europeu, volvido o tempo que sobre ela já decorreu, o contexto da actual crise europeia vem acrescentar novos desassossegos à protecção dos direitos fundamentais que nos faz – uma vez mais – recordá-la. Em nossa opinião, esta constatação e esta inquietude implica que se exija do Tribunal igual firmeza no que concerne à sua competência para garantir o nível de protecção de tais direitos, tal como previstos na CDFUE.

Senão vejamos: no centro do ordenamento jurídico da União situam-se os direitos fundamentais. A observância destes direitos constitui condição de legalidade de todos os actos da

União, ainda que a sua interpretação e aplicação deva ser assegurada no quadro da sua estrutura e objectivos específicos (art. 3.º TUE). Neste contexto, resulta da conjugação do art. 6.º, n.º 3 TUE, com a primeira parte do n.º 3 do art. 52.º da Carta, que os direitos fundamentais previstos na CEDH fazem parte do direito da União, enquanto princípios gerais. Pelo que, não é despiciendo salientar que a Carta absorveu direitos da CEDH e que o último dispositivo referido, visa garantir a coerência e a compatibilidade do sentido e alcance dos direitos previstos naquela que correspondam aos previstos nesta, sem prejuízo de a União lhes conceder protecção mais ampla.

Desta forma, contendo a Carta regras específicas de articulação com a CEDH, e incorporando aquela as restrições admitidas por esta poderá ser garantido pelo TJUE o não retrocesso no nível mínimo de protecção já atingido a nível europeu (pela CEDH e pelas tradições constitucionais comuns), relativamente a direitos previstos em ambos os instrumentos – garantia que o art. 53.º da Carta permite salvaguardar.

Esta circunstância justifica a dupla referência à CEDH na CDFUE: num primeiro momento, no art. 52.º, n.º 3, estabelecendo a equivalência do sentido e âmbito dos direitos previstos na Carta correspondentes aos garantidos pela CEDH. Num segundo momento, no art. 53.º, impondo um elevado nível de protecção que a União deve preservar no âmbito de aplicação do direito da União.

Assim, uma vez estabelecido pela CEDH um padrão mínimo de protecção, as limitações a introduzir àqueles direitos não poderão ser maiores do que aquelas que a CEDH já admite. Torna-se, assim, possível converter os direitos previstos na Convenção em conteúdo mínimo dos direitos fundamentais da União e atingir a coerência interpretativa entre os vários níveis de jurisdição europeus.

Saliente-se que tais direitos gozam de vinculação reforçada por força da sua previsão na Carta, sendo aplicáveis nos termos do seu art. 51.º, n.º 1, mesmo relativamente a Estados que tenham formulado reservas em relação a eles, aquando a sua adesão à CEDH. Ou seja, ainda que a invocabilidade dos direitos contemplados na Carta não seja sindicável em domínios sem conexão com o direito da União; que a Carta se afirme neutra relativamente à repartição de competências; e que reitere o princípio da atribuição enquanto garantia do equilíbrio de poderes entre a UE e os Estados, a densificação dos direitos nela previstos permite a expansibilidade do padrão de fundamentalidade da União. Nessa medida, encontrada a ligação do art. 53.º da Carta com a aplicação material do direito da União, ainda que circunscrita pelo disposto no art. 51.º, é-nos permitido concluir que os direitos previstos na Carta que transcendam a sua previsão na CEDH, apenas usufruem da protecção jurisdiccional facultada pela própria ordem jurídica da União – facto que nos conduz à constatação de que, pelo menos quanto a eles, a adesão não oferece vantagem acrescida.

Feitas tais considerações, importa destacar que ainda que o percurso deste trabalho se inicie a propósito do Parecer n.º 2/13 e percorra o seu conteúdo face às exigências jurídicas prévias que se impunham às negociações, fatalmente desembocamos nesta realidade:

a União possui um *Bill of rights* que postula a coerência e articulação de ambos os catálogos europeus e que proclama a tutela jurisdicional efectiva. Com efeito, os direitos fundamentais não devem limitar-se ao seu plano estático, antes devendo postular a sua efectivação e democratização. Assim sendo, as recentes crises económicas e humanitárias ultimam a necessidade do TJUE atribuir àquele catálogo de direitos fundamentais o fôlego político que falta à sua existência jurídica.

O presente trabalho analisa brevemente o conteúdo do projecto de acordo de adesão. Ora, uma vez que sob o ponto de vista material o TJUE actua como um verdadeiro tribunal constitucional, não podíamos deixar de apontar as razões pelas quais aquela instituição deve desenvolver a sua jurisprudência de forma coerente com os instrumentos de protecção de que dispõe, com especial atenção para o papel da CDFUE. Para além de substantivamente mais abrangente que a CEDH, e não obstante o teor limitativo das suas disposições horizontais, aquele instrumento contém a “matéria-prima” necessária para o Tribunal não vacilar na sua função de garantir o respeito do Direito na interpretação e aplicação dos Tratados.

Além disso, os titulares activos da Carta dispõem de mecanismos aptos a evitar a violação dos seus direitos fundamentais, apesar da fragilidade que a doutrina tem apontado ao contencioso da legalidade e à falta de legitimidade activa dos particulares. Por outro lado, deve ainda questionar-se sobre se o sistema da CEDH, assentando na reparação razoável, repõe o direito violado por parte de comportamentos estaduais ou pela própria União de modo mais satisfatório que os “remédios” utilizados pelo sistema da União. Na verdade, as sanções por incumprimento lançadas aos Estados-membros são bastante mais contundentes, ainda que menos simbólicas, que as reparações de Estrasburgo; além de que quanto ao controlo do comportamento daqueles, a não adesão não impede o posterior recurso ao sistema da Convenção por parte dos particulares. Por outro lado, relativamente a comportamentos censuráveis da União, a via da anulação dos actos viciados ou as indemnizações a ela imputadas também se revelam de eficácia mais imediata – ainda que provavelmente menos simbólica - que as reparações atribuídas por Estrasburgo.

Assim, feitas estas considerações, é certo que o Parecer de 2013 trouxe desalento. Todavia, não é menos verdade que criou expectativas no sentido de se exigir ao Tribunal uma jurisprudência mais activista, já que não dispondo de novos instrumentos contenciosos, dispõe de novas fontes de vinculatividade que terá de cumprir. Sendo a Carta o catálogo de direitos fundamentais privativo da União é preciso que o Tribunal lhe faça inteira justiça e, nesse contexto, é prioritário que os seus destinatários a invoquem.

Uma vez assente que a UE possui atribuições em matéria de direitos fundamentais, convém reflectir se na perspectiva do particular, o actual sistema de protecção de direitos fundamentais na UE é ou não capaz de oferecer uma tutela adequada aos seus direitos, não obstante a não adesão à CEDH. É que quer parecer que por trás de toda esta (des) construção se encontra um juízo prévio qual seja a debilidade do sistema jurisdicional de protecção da União, em especial a sua falta de meios aptos para atingir tal desiderato. Ora,

é precisamente aí que devemos reflectir. Com efeito, apesar da dificuldade do requisito da afectação individual, apesar da falta de legitimidade activa dos particulares para iniciar um processo de incumprimento (comum ou qualificado) ou uma questão prejudicial, não é menos verdade que o TL comunitarizou matérias, aligeirou requisitos e equiparou a Carta a direito primário. De modo que o referido preconceito prévio deva ser confrontado com outro: será no TEDH que o particular irá colher toda a protecção que lhe falta a nível da UE?

A resposta será difícil, mas o sinal dos tempos já negou que o particular pudesse “provar” de tais eventuais benefícios acrescidos. Por isso, outra coisa se não tem do que aquela que já se tem: uma União de Direito, munida de um catálogo de direitos fundamentais com força de direito primário mais amplo que o catálogo da CEDH! Trata-se, por isso, de mais um desafio para a integração europeia: “enquanto” não há adesão há uma “Carta” que precisa ser aplicada sem qualquer pudor, tanto por parte do TJUE, como por parte dos tribunais nacionais – enquanto primeiros veículos de aplicação do DUE. Está na hora dos tribunais assumirem em pleno as suas funções!

2 . Breve resenha histórica

Pese embora a UE ter nascido desacompanhada de um catálogo de direitos fundamentais estes acabariam por ser configurados como princípios estruturantes de toda a sua ordem jurídica¹.

Em profundo contraste com a opacidade dos tratados iniciais² a UE apresenta hoje um sistema de protecção de direitos fundamentais verdadeiramente autónomo, reunindo

¹ Para uma trajetória sobre o compromisso da União com os direitos fundamenatis desde a década de cinquenta até aos nossos dias, *vd.* BURCA, Grainne de «The road not taken: the EU as a Global Human Rights Actor», Straus Working Paper, 09/10, *in* <http://www.nyustraus.org/pubs/0910/docs/deBurca.pdf>. A Professora refere os trabalhos da comissão de estudos para a constitucionalização europeia (CECE) sobre Direitos Humanos, cuja atividade se iniciou em 1952. A comissão pretendia institucionalizar a Comunidade de Defesa Europeia (CED), de 1953, de estrutura federal, revelando a vontade de instituir uma união política, inspirada nas resoluções da CECA que a precederam. Naquelas resoluções, tinha sido já indicada a importância das cláusulas de Direitos Humanos para a política europeia, cujas fontes de inspiração teriam sido a DUDH, a CEDH, e uma síntese das cláusulas constitucionais nacionais. A determinação de quem seria o árbitro final das suas interpretações, a possibilidade de conflitos de jurisdição, e o desacordo quanto ao tipo de cooperação a instituir teriam impedido o projeto de Constituição da Comunidade Europeia com o fim específico (também) de proteger os direitos e liberdades fundamentais. No projeto, detetavam-se já muitas similitudes com o art. 7.º TUE–L, consentindo a intervenção da Comunidade em caso de violação grave dos Direitos Humanos, totalitarismos ou outras espécies de repressão. Como é sabido, em 1954, colapsaria o projeto da CED. Os Acordos de Messina levariam ao estabelecimento do projeto CEE e revelando-se mais limitados, funcionais e pragmáticos do que os anteriores, assim desaparecendo a ambição de institucionalizar um sistema de Direitos Humanos específico das Comunidades, em prol da concretização de um mercado comum. Permaneceria, na CEDH, a supervisão das questões sobre Direitos do Homem. Na opinião de BURCA, o silêncio dos tratados iniciais consubstanciava uma estratégia «pragmática interina» na direção de uma Europa de direitos.

² Sobre a proteção dos direitos fundamentais nos primórdios da UE, na doutrina portuguesa, *vd.* MARTINS, Ana Maria Guerra: *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, 2000, pp. 136 e 225; «A proteção dos DF em Portugal e na União Europeia», *in* *Estudos Europeus*, Ano I, n.º 2, 2007, pp. 113-147; *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, pp. 273-293; SOARES, António Goucha, *A Carta*

os direitos consignados na CDFUE; os previstos nos tratados; e os princípios gerais de direito da União, deles fazendo parte incidível as tradições constitucionais comuns e o conteúdo dos direitos consagrados na CEDH – ainda que interpretados e aplicados sob o crivo do direito da União.

Vale a pena ressaltar que a CEDH não visava criar novos direitos substantivos vinculativos para os seus Estados-Parte, mas sim colocar os direitos que consignou sob proteção internacional. Ora, apesar da convergência material entre os direitos revelados pelo TJUE e os reconhecidos pela CEDH a segurança jurídica e o risco de divergências interpretativas³ entre os respectivos tribunais justificaram que se ponderasse a possibilidade de efectuar um controlo externo do respeito pelos direitos fundamentais⁴ por parte da Comunidade Europeia (CE), mediante a adesão àquela Convenção.

dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A proteção dos Direitos Fundamentais no ordenamento comunitário, 2002, pp. 7-38; QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia - Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 2004, pp. 126-140; MACHADO, Jónataa, *Direito da União...*, cit., pp. 256-267; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, «A evolução da proteção dos Direitos Fundamentais no espaço comunitário», in *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2001, pp. 17 e ss; DUARTE, Maria Luísa - «A União Europeia e os Direitos Fundamentais - Métodos de Proteção», in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 11 ss.; «O modelo europeu de proteção dos Direitos Fundamentais – dualidade e convergência», in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, vol. II, pp. 191-203; MARTINS, Patrícia Fragoso, *Da proclamação à garantia efetiva dos Direitos Fundamentais – em busca do due process of law na União Europeia*, 2007, pp. 15-64; RAMOS, Rui Moura - «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a proteção dos Direitos Fundamentais», in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25, 2001, pp. 161 ss.; TEIXEIRA, Sónia *A proteção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Europeia*, 1998; PAIS, Sofia Oliveira - «A proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia», in *Estudos de Direito da União Europeia*, 2012, pp. 115-130.

³ Neste sentido, *vd.* Ac. de 26/6/1980, *National Panasonic*, Rec. 1980, onde o Tribunal, sem negar a proibição das intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público, seguiu uma interpretação diferente da liberdade individual estabelecida pelo art. 8.º da CEDH afirmando que o direito ao respeito pela vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência, apenas se aplicaria às pessoas particulares e não às empresas. Do mesmo modo, no Ac. de 21/09/1989, *Hoechst c. Comissão*, refere-se que o art. 8.º da CEDH apenas se aplica à liberdade individual, não podendo os estabelecimentos comerciais invocá-lo contra os poderes da Comissão, no que concerne ao cumprimento da função que lhe foi conferida pelo TCEE, a qual seria a de velar pelo respeito das normas relativas à concorrência no âmbito de funcionamento do mercado comum. Convém salientar que, três anos depois, o TEDH aplicou o art. 8.º da CEDH no caso de uma busca num escritório de um advogado no decurso de uma investigação criminal contra uma terceira pessoa (Affaire *Niemitz*, arrêtu do 16/12/1992, Série A, n.º 251-B, pars. 29 e 31). Com interesse nesta matéria, é também pertinente referir o Ac. de 4/10/1991, *Grogan*, proc. C-159/90, onde o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade entre liberdade de expressão dum regime nacional que proibia a difusão de informações sobre clínicas que praticavam a interrupção da gravidez situadas noutro Estado-Membro. Tratava-se de aferir a compatibilidade entre liberdade de circulação de serviços e liberdade de informação, bem como do próprio direito à vida. O Tribunal escusou-se a pronunciar-se sobre tal compatibilidade pois a sua posição poderia ser divergente com o TEDH, como se verificaria posteriormente no ac. do TEDH sobre o mesmo assunto. Não obstante, ambas as jurisdições encontraram o necessário ajustamento e controlo recíproco para obviar às potenciais divergências interpretativas. Sobre o sentido e alcance do art. 8.º da CEDH, *vd.*, por todos, ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, 2008, pp. 63-112. DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia...*, op. cit., p. 111.

⁴ *Vd.*, neste sentido, Memorando da Comissão sobre a Adesão da Comunidade à CEDH de 1979, publicado no Bul. CE, supl. n.º 2/79, p. 3 e ss, onde se salientava a vantagem de submeter a CEE a um controlo idêntico ao dos Estados-membros, o aumento da certeza jurídica e a incorporação da CEDH, na ordem jurídica comunitária. Sublinhando a incerteza jurídica e a necessidade de um árbitro final nas questões

Aquele instrumento internacional, hoje subscrito por 47 Estados europeus, visa garantir os direitos fundamentais e prevê um mecanismo de controlo supranacional dos actos estaduais que possibilita aos indivíduos (sob a sua jurisdição ou dos demais Estados contratantes), vítimas de violação dos direitos nela consignados (art. 34.º CEDH), invoca-la nos tribunais internos (juíz nacional é o juiz ordinário da Convenção) e recorrer directamente para o TEDH – ainda que após a exaustão dos meios nacionais disponíveis, circunstância que constitui um privilégio para qualquer indivíduo.⁵ Ademais, acrescentando a esta virtualidade, a qualidade de vítima nunca foi interpretada de forma estrita pelo TEDH, podendo gozar deste estatuto qualquer pessoa que visse os seus direitos fundamentais violados, por acto ou omissão, ainda que de modo virtual ou potencial, e ainda que não directamente. Nesta perspectiva, antes do Tratado de Lisboa (TL), era mais fácil para um indivíduo preencher o conceito de vítima para efeitos da protecção da Convenção, do que demonstrar, junto ao TJUE, a sua legitimidade processual activa⁶.

Temos de reconhecer que esta situação - juntamente com o alargamento do contencioso do TJUE aos antigos pilares de Maastricht⁷ (com especial incidência no terceiro) - foi significativamente otimizada pelo TL, ainda que continue a residir no mecanismo do art. 267.º o principal instrumento pelo qual os indivíduos conseguem aceder ao pretório de Luxemburgo.

potencialmente conflituosas, *vd.* HILF, Meinhard «Os Direitos Fundamentais na Constituição Europeia», *in Uma Constituição para a Europa*, Coimbra: Almedina: 2004, p. 187. Com a mesma opinião, TULKENS, Françoise «L'Union Européenne devant de la Cour Européenne des droits de l'homme», *in RUDH*, vol. 12, n.º 1-2, 2000, p. 50.

⁵ Os Estados estão obrigados a garantir a existência, a nível interno, de uma qualquer via apta à garantia - da vítima e sua família - da substância dos direitos reconhecidos pela Convenção. O juiz nacional pode analisar as alegadas violações dos direitos reconhecidos na Convenção e está melhor situado do que o juiz internacional, devido à falta de coatividade das normas internacionais. Só posteriormente deve haver lugar ao funcionamento de mecanismos institucionais de natureza jurisdicional que permitam ao indivíduo aceder directamente à justiça internacional. Com efeito, o TEDH é um tribunal internacional, de carácter permanente e de jurisdição obrigatória, com competência contenciosa e consultiva, que toma conhecimento dos factos supostamente lesivos da convencionalidade, mediante a apresentação de uma petição individual ao TEDH. A este tribunal cabe examinar a admissibilidade das queixas, fixar os factos, procurar a conciliação das partes e proferir a sentença final. Sobre o funcionamento do sistema institucional da CEDH, *vd.* DUARTE, Maria Luísa «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – uma nova etapa», *in Organizações Internacionais*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 613-634. Sobre os poderes de plena jurisdição do TEDH, *vd.* SUDRE, Frédéric *Droit Européen et international des droits de l'homme*, 1989, 9.ª ed, Paris, 2008, pp. 646-648.

⁶ O TL, no art. 263.º TFUE, flexibilizou os requisitos de legitimidade activa para os particulares constituindo no seu texto a decisão do TPI no processo *Jégò-Quééré*, de modo a possibilitar a um particular a interposição de um recurso de anulação de um regulamento, sempre que este acto não necessite de medidas de implementação e lhe diga directamente respeito. O mesmo se diga para os actos dirigidos a terceiros. Devido à Carta não alargar as competências das instituições, será questionável se o conceito de legitimidade processual activa poderá evoluir para um concepção mais adequada à protecção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

⁷ De que, aliás, os casos *Seggi e Gestoras Pró Aministía*, ac. de 27/2/2007, proc. 355/04 e C-354/04 P, eram já paradigmáticos, ampliando os poderes jurisdicionais conferidos pelos Tratados, mediante o envio a título prejudicial de medidas que produziam efeitos jurídicos junto a terceiros, tomadas no âmbito do segundo e terceiro pilares.

Não obstante, ainda que o TEDH tenha tido a preocupação de assegurar o equilíbrio entre ambos os ordenamentos, declarando a presunção da protecção equivalente⁸ assegurada pelo direito da União, é verdade que não abdicou do poder de fiscalização das medidas nacionais de transposição de directivas ou de concretização de regulamentos, por via da apreciação das queixas intentadas pelos Estados-membros ou particulares.⁹ Na verdade, como em qualquer presunção, também esta poderia ser ilidida se o TEDH concluísse que a protecção dos direitos decorrentes da Convenção – enquanto “instrumento constitucional da ordem pública europeia” - fosse manifestamente deficiente. Desta forma, mesmo

⁸ Entendia-se que a protecção era equivalente - escusando-se a fiscalização do TEDH - quando levasse ao mesmo resultado que os mecanismos da Convenção consagrariam (equiparável). Só assim não acontecendo quando não houvesse apreciação do caso; quando a sua interpretação fosse muito restritiva do direito à ação; quando a sua jurisprudência fosse desconforme com jurisprudência sedimentada do TEDH. Neste caso concreto, a decisão da Irlanda que cumpria uma norma de Direito da União (apreensão de uma nave turca cedida a uma empresa Jugoslava que, situada no contexto das sanções decretadas contra a ex-Jugoslávia, se revelava susceptível de ofender o direito de propriedade garantido pelo Protocolo n.º 1 à Convenção), acabou por ficar imune à fiscalização do TEDH devido a este abster-se de conhecer do fundo da questão. Sobre este conceito, *vd.* ROCHA, Armando *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu – o modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010 p. 71. O critério da protecção equivalente foi formulado pela Comissão dos Direitos do Homem, no caso *M e Co. C. Alemanha*, proc. n.º 13258/87: Decisão da Comissão, de 9/2/1990, que afirmava que a atribuição de competências a uma organização internacional não era incompatível com a CEDH se os direitos fundamentais recebessem dessa organização o respeito e protecção equivalente à que ela já outorgava a tais direitos – mantendo-se os Estados responsáveis por violações da Convenção, resultantes de obrigações internacionais posteriormente assumidas. A sucessiva jurisprudência do TEDH (desde 2009) foi esclarecendo que esta presunção – ainda que difícil de ilidir - não era irreversível, reclamando em arestos recentes que a Convenção materializa um instrumento de «ordem pública europeia» dotado de imperatividade suficiente para se sobrepor a qualquer entendimento que a viole, assim arrogando o seu papel de último árbitro da validade dos direitos fundamentais no espaço internormativo europeu. De salientar que o TEDH começa a esboçar uma extensão da sua competência, pois entra na apreciação do regime processual das questões prejudiciais e na forma de actuação do TJUE bem como formula a “inversão da presunção” de protecção equivalente. Ainda assim, nem sempre o TEDH imputa aos Estados-membros a responsabilidade por actos praticados pelas instituições europeias, como parece ter sido o caso do processo *Connolly* (decisão de 9/12/2008, recurso n.º 73274/01), contra 15 Estados-membros da União a propósito da falta de resposta às Conclusões dos Advogados-Gerais, com o direito de processo equitativo, previsto no art. 6.º, par. 1 da CEDH. Sobre esta perspectiva, *vd.* DUARTE, Maria Luísa *União Europeia, op. cit.*, p. 417. Com especial interesse, *vd.* SUDRE, Frédéric *Droit Européen et international des droits de l’homme, op. cit.*, p.698 ss.

⁹ Neste sentido, no proc. *Bosphorus v. Irlanda (Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irland/v.Ireland* [GC], n.º 45036/98, CEDH/ECHR 2005-VI, de 30/6/2005), o Estado Irlandês invoca a competência do TEDH “apenas” nos casos em que a hipotética violação da Convenção (princípio da “presunção da inocência”) se situe na margem de liberdade de um Estado, o que não era o caso – pois tratava-se de um acto vinculado. No fundo o TEDH absteve-se de conhecer a queixa (inadmissibilidade *ratione materiae*), abrigoando-se na presunção de conformidade de que a ordem jurídica da União proporcionaria uma protecção equivalente à da própria Convenção. Equivalente significa, na linguagem do tribunal, equiparável. Todavia o TEDH reconheceu a responsabilidade dos Estados-membros ao implementar o DUE. Para um estudo do caso, *vd.* ROCHA, Armando *op. cit.*, pp. 68 e ss, e BESSELINK, Leonard F.M., “*The European Union and the European Convention on Human Rights after the Lisbon Treaty: from Bosphorus sovereign to full scrutiny?* SSRN Working Paper, 2008. De salientar, todavia, que desde o Ac. *Cantoni c. França*, o TEDH assumiu que os actos de execução de direito da União estavam ao abrigo da sua fiscalização – averiguando a responsabilidade *ratione personae* de um Estado-membro a propósito do cumprimento de uma obrigação comunitária, a menos que tais actos revelassem um carácter estritamente vinculado - situação em que o titular do direito violado apenas poderia usufruir dos meios contenciosos ou voluntários disponibilizados pela União.

sem adesão formal, os Estados tinham de respeitar a CEDH e não podiam diminuir a sua responsabilidade por via da transferência de competências para a CE,¹⁰ o que permitiu ao TEDH ir controlando indirectamente a convencionalidade dos actos das instituições comunitárias. Neste contexto, a “almejada” adesão seria – na sua essencialidade - um meio de prevenir os conflitos advindos de divergências interpretativas¹¹ e a materialização simbólica da fusão das duas Europas dos direitos fundamentais.

Acontecendo tal adesão, a natureza de *ius cognoscendi* da Convenção de Roma transmutar-se-ia para fonte autónoma de direito da União, deixando de ser aplicável apenas pela via da incorporação dos princípios, ainda que com um “significado particular”. Por outro lado, ascendendo à qualificação de Acordo Internacional (bilateral) a interpretação do TEDH vincularia as instituições da União (Tribunal incluído) e primária sobre o direito derivado (art. 216.º, n.º 2 TFUE). Ainda assim, é certo que não prevaleceriam sobre os Tratados e seus Protocolos, (nem agora sobre a CDFUE).

¹⁰ Cfr. Proc. *Matthews c. Reino-Unido*, n.º 24833/94, Ac. de 18/2/1999. Neste caso, anterior aos já referidos, o TEDH acabou por condenar o R.U. por violação da Convenção e fixou uma reparação razoável, com base num acto nacional de execução de uma norma de direito primário que excluía Gibraltar das eleições europeias. A Sra. Matthews ter-se-ia queixado ao TEDH da violação do art. 3.º do Protocolo n.º 1, bem como do art. 14.º da CEDH, permitindo ao TEDH pronunciar-se sobre o funcionamento do sistema institucional comunitário, em particular sobre a natureza do PE, enquanto órgão legislativo, e concluir pela imputação da responsabilidade ao RU por ter ratificado os Tratados. Segundo o TEDH, o RU teria subscrito um ato comunitário de direito originário que alargava as competências daquela instituição, introduzidas pela revisão do Tratado de Maastricht, livremente ratificado pelo RU e restantes Estados-membros. A ratificação unânime dos Estados exprimia, por conseguinte, a sua vontade soberana acarretando a sua corresponsabilidade pelos efeitos causados. Tratava-se de um caso de responsabilidade internacional dos Estados-membros por atos das instituições comunitárias, a eles imputável a título coletivo e solidário, em virtude da sua participação conjunta na feitura de instrumentos internacionais que, no caso, atentavam contra o direito de voto e contra a proibição de todas as formas de discriminação. Estavam em causa atos comunitários cujos efeitos jurídicos se repercutiam sobre as pessoas abrangidas pela «jurisdição» dos Estados Parte, relativamente aos quais o TEDH não podia exercer controlo directo por se tratar de direito comunitário originário. Este acto consubstanciaria um exemplo de uma transferência de responsabilidades sem «proteção equivalente». O TEDH reiterou que, efetivamente, todos os atos da UE, enquanto tal, não podiam ser objetados perante o TEDH, devido à CE não ser Parte contratante. Contudo, não excluiu a responsabilidade dos Estados pela transferência de competências. O RU viria a ser obrigado a assegurar os direitos garantidos pelo art. 3.º do Protocolo n.º 1, em Gibraltar, não obstante as eleições serem puramente nacionais ou europeias. Esta decisão ilustra a vontade do TEDH assumir a sua jurisdição, ressaltando que os Estados Parte, naquelas circunstâncias, seriam sempre responsáveis *ratione materiae* o que poderia beliscar a autonomia da ordem jurídica comunitária. Tratava-se, assim, da proclamação da responsabilidade colectiva ou solidária dos Estados-membros pelas consequências produzidas pelos tratados – todavia, a Sra. Matthews não pôde – efectivamente – exercer o direito que invocava! Sobre esta fase inicial, *vd.* CHUECA SANCHO, *Àngel Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 1999, pp. 243-259.

¹¹ Salientando a importância do diálogo dos juízes, *vd.* RAMOS, Rui Manuel Moura, «O Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa e a posição dos Tribunais Constitucionais dos Estados-membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia», *in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cardoso da Costa*, 2005, Vol. II, p. 394; MADURO, Miguel Poiares, *A Constituição Plural - Constitucionalismo e União Europeia*, 2006, p. 290; R. ALONSO GARCIA, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2005, p. 41; ANDRADE, Carlos Vieira de «A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e as Constituições nacionais», *in Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, vol. 2, 2001, p. 87; MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2005, p. 94; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 605 e 635-636.

O que é dizer que a União passaria a estar sujeita a uma fiscalização externa, nos termos do art. 1.º da CEDH. Ademais, tal adesão resolveria os problemas de uma jurisprudência casuística; diluiria as resistências constitucionais ao primado; submeteria a CE ao mesmo tipo de controlo normativo externo suportado pelos Estados-membros,¹² colocando o TJUE numa posição idêntica aos tribunais nacionais.

Porém, como é do conhecimento geral, quando consultado pela primeira vez para o efeito o Tribunal proferiria o Parecer n.º 2/94¹³, já referido, afirmando que a CE, não sendo um Estado, (naquele estágio de evolução) não poderia aderir à CEDH, devido aos direitos fundamentais não se incluírem no âmbito das competências explícita ou implicitamente atribuídas.¹⁴ Segundo o Tribunal, o então art. 235.º do TCEE, não constituiria a base jurídica para o efeito, devido à adesão a organizações de protecção de direitos fundamentais não se situar no quadro dos objectivos comunitários. A exigência do respeito pelo princípio da atribuição de competências (par. 23) impediu que nem mediante o recurso ao art. 308.º do TCE (par. 30), fosse possível conferir às instituições o poder de celebrar acordos internacionais naquele domínio (ponto 26), acarretando tal faculdade consequências a nível constitucional apenas realizáveis mediante modificação dos tratados, ultrapassando o âmbito do seu poder consultivo.

Ora, a resposta do TJCE indiciava que a questão da adesão não seria uma questão encerrada, tornando-se claro que bastaria aos Estados acrescentar aos Tratados a base jurídica necessária para concretizar tal desiderato. Circunstância que as revisões posteriores à prolação do parecer não resolveram, antes optando pela consagração (art.s F do TM e 46.º al.d) TA) da evolução jurisprudencial em sede de protecção de direitos fundamentais no seu teor – incorporando e “absorvendo” a CEDH indirectamente na ordem jurídica comunitária¹⁵.

¹² Sobre a questão da adesão *vd* BURCA, Gráine “Fundamental Rights and Citizenship”, *in* WHITE, Bruno de (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, E. book de 2003 pelo Robert Schuman Centre for Advanced Studies and European University Institute, San Domenico di Fiesole, p. 25 ss e, em especial JACQUÈ, Jean-Paul, “The accession of the European Union to the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms,” *CMLR*, 2011, p.1000 e 1001, e v. nossa nota 1. Na doutrina portuguesa, apresentando argumentos a favor da adesão, *vd* MOREIRA, Vital “*Respublica*” *Europeia – estudos de Direito Constitucional da União Europeia*”, *in* “A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos”, Coimbra Editora, 1.ª ed. 2014, p. 214 e 239. Sobre o receio que o escrutínio externo causava ao Tribunal, J.H.H. WEILER e SYBILLA C. FRIES - *A Human Rights Policy for the European Community and Union: the question of competences*, Cambridge: Harvard Law School, Jean Monnet Working pPapers, n.º 4/99, 1-28, <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/99/990401.html>.

¹³ Col. 1996, p I-1759 ss. Para um estudo profundo sobre o Parecer 2/94, *vd*. SCHUTTER, De Olivier - «L’adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l’homme. A propos de l’avis 2/94 du 28 mars 1996», *in* CDE, 1996, pp. 555 ss.

¹⁴ Contra esta tomada de posição do TJCE, *vd*. HERMIDA DEL LLANO, Cristina *Los Derechos...*, *cit.*, p. 211: «(...) la protección de los derechos humanos es un objetivo comunitario, y además que es necesario para el funcionamiento del mercado común. Del mismo modo, también se debe constatar que la adhesión de la Comunidad al CEDH es imprescindible para llevar a cabo este objetivo de la protección de los derechos humanos».

¹⁵A protecção dos direitos fundamentais na União não passou, portanto, pela elaboração de um catálogo formal. Antes optou por uma metodologia de receção de tais direitos dos seus Estados-membros e das orientações contidas nos instrumentos internacionais em que aqueles haviam colaborado ou aderido, bem

Foi neste contexto que o Conselho Europeu de Colónia, em 1999, aprovaria a necessidade de elaborar um projeto de uma Carta de direitos fundamentais da União Europeia (CDFUE), reunindo e compilando um conjunto de direitos civis e políticos, económicos e sociais que vinculariam as instituições e os Estados-membros. As Conclusões do Conselho propugnavam pela necessidade de assegurar a proteção dos direitos fundamentais, enquanto condição imprescindível para a legitimidade da União, mediante a elaboração de uma declaração de direitos, que facultasse a sua visibilidade aos cidadãos, sem alargar o âmbito dos direitos protegidos na esfera do ordenamento comunitário.

Ou seja, depois de recusada a via da submissão a um controlo externo, foi-se desenvolvendo a ideia da criação de um catálogo de direitos.¹⁶ Foi assim aprovada a criação de uma instância *ad hoc*, cujo objetivo se consubstanciava em apresentar um projeto de Carta de direitos fundamentais «(...) na qual fiquem consignados, com toda a evidência, a importância primordial de tais direitos e o seu alcance para os cidadãos da união».¹⁷ A instância designada teria sido mandatada para redigir o referido projeto, cuja versão final foi apresentada à apreciação dos chefes de Estado e do Governo, reunidos em Biarritz, em outubro do mesmo ano. Uma vez verificado o consenso dos Estados, a Carta seria aceite solenemente no Conselho Europeu de Nice e proclamada pelos presidentes do PE, Conselho e Comissão.

Tratava-se, portanto, da constitucionalização de um autónomo catálogo, circunscrito à reafirmação dos direitos já revelados pelo Tribunal. Com efeito, nos termos do 5.º parágrafo do seu Preâmbulo¹⁸ declara-se que a Carta “reafirma” direitos cuja origem decorria das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns dos seus

como pela redação de um dispositivo de cariz constitucional que, informando os indivíduos sobre as fontes dos direitos pelos quais se vinculava, materializava a axiologia comum e transversal ao funcionamento da União. Este sistema, contudo, contribuía para a existência de elementos de incerteza quanto à visibilidade, posição hierárquica, conteúdo, âmbito e alcance de proteção efetiva dos direitos em causa.

¹⁶ Sobre a questão da vinculatividade da Carta, *vd.* MEDEIROS, Rui «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português», *in* *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspetivas futuras*, 2001, pp. 282 e ss.

¹⁷ Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Colónia, de 3-4 de junho de 1999, par. 18 e Anexo IV, disponível em <http://ue.eu.int/ueDoc/cms-Data/docs/pressData/en/ec/Kolnen.htm>

¹⁸ De referir que o projeto inicial da Carta não previa um Preâmbulo. Apenas quando foram apresentadas as Anotações se indicou que a Carta teria um Preâmbulo próprio. Em 14 de julho de 2000, as propostas do projeto de Preâmbulo foram tornadas públicas pelo *Praesidium*. As mesmas viriam a conhecer (exceto os pars. 1 e 2), em 28 de julho do mesmo ano, várias alterações, empreendidas sob responsabilidade do *Praesidium*. A proposta final foi apresentada em 30 de julho e não encontrou obstáculos por parte dos Estados e da Convenção. Em 21 de setembro, sem numeração, o Preâmbulo viria a conhecer um novo parágrafo (herança cultural, humanista e religiosa), um acréscimo (a palavra “paz”) e outras significativas alterações (“herança cultural, humanista e religiosa” por “consciente do seu património espiritual e moral”), sendo a substituição, no sétimo parágrafo, do vocábulo “garante” por “reconhece”, a diferença que revestiu maior significado salientando a intenção declarativa da Carta e não constitutiva. O seu conteúdo, em 2004, viria a ser novamente alterado, ainda que pontualmente (2.ª parte do ponto 5). Sobre esta questão, *vd.* sucessivamente: CHARTRE 4123/1/00. V. 1. CONVENT 5; CHARTRE 4112/2/00. REV 2. BODY 5; e CHARTRE 4400/00. CONVENT 43; CHARTRE 4422/00. CONVENT 45; CHARTRE 4470/1/00 REV 1. CONVENT 47; CHARTRE 4478/00. CONVENT 50.

Estados-Membros, da CEDH, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do TJUE e do TEDH. No mesmo sentido, o art. 6.º, n.º 1, do TUE-L, refere que a União “reconhece” os direitos, as liberdades e os princípios nela enunciados. O 6.º par. do Protocolo (N.º 30), relativo à aplicação da Carta à Polónia e ao RU, também ressalta aquela intenção codificadora. E, no mesmo sentido, a Declaração N.º 1, dedicada à Carta, sublinha que ela «confirma os DF garantidos pela Convenção Europeia para a *Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e resultantes de tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*».

Numa primeira leitura, com efeito, parecia tratar-se de uma compilação dos direitos «vigentes» da União, embora alguns deles ultrapassassem a cristalização do acervo existente, não apresentando ligação nítida com o exercício das suas competências. Assim, não obstante o mandato apertado que deu mote à sua elaboração, pensamos que a Carta oscila entre duas vocações divergentes: ser o magma de um verdadeiro corpo constitucional de uma “União de direito”; ou ser expressão da fronteira entre a autonomia da União e os limites constitucionais ao processo de integração europeia.

Desse modo, uma vez criada a CDFUE proporcionar-se-ia à União a legitimidade, visibilidade e segurança jurídica de que os particulares careciam.¹⁹ Por consequência, em nossa opinião, o aspeto mais inovador do Tratado de Nice (TN), apesar da reformulação do art. 7.º TUE consiste na sua aprovação, apesar de não se ter constituído sob forma de um texto jurídico vinculativo.

2.1. O Tratado de Lisboa, a base jurídica, o procedimento de adesão e as negociações com o Conselho da Europa

Como é sabido, a possibilidade da adesão da UE à CEDH acabaria por vir a acontecer no TL, fornecendo ele, no seu art. 6.º, n.º 2, TUE-L, a necessária base jurídica para a União integrar o sistema da CEDH, o que aliás constitui um dever jurídico, ainda que pressupondo a “aceitação” de todos os seus Estados-parte, como já foi referido.²⁰

Não sendo um Estado a submissão da União ao poder de fiscalização de uma organização internacional especializada em direitos humanos constituía uma questão de grande sensibilidade. Nesse quadro, o acordo de adesão exigia unanimidade do Conselho na aprovação da decisão de celebração, após assentimento do PE (art. 218.º, n.º 6, a) ii) TFUE), e o acto de celebração teria de ser precedido de “aprovação” de todos os Estados-membros da União, em conformidade com as suas normas constitucionais (art. 218.º, n.º 8 do TFUE)²¹. Por outro

¹⁹ Neste sentido, *vd.* VITORINO, António *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2002, p. 14 e VENTURA, Catarina Sampaio «Contexto e Justificação da Carta», *in A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 41.

²⁰ *Vd.* <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/11/st18/st18117.pt11.pdf>

²¹ Ou seja, nos termos dos Tratados (art. 218.º TFUE) o projecto de adesão precisa de: iniciativa da Comissão e posterior mandato do Conselho (unanimidade); negociação pela Comissão; assentimento

lado, era ainda exigível a posterior “ratificação” do Acordo bilateral de adesão por parte de todos os Estados-membros da UE, enquanto Estados-parte na Convenção e pela UE (art. 10.º do projecto); e, por último o Acordo careceria de aprovação dos 47 Estados Parte da CEDH, onde se incluíam os 28 Estados-membros da União. Um “duplo” compromisso por parte dos Estados - enquanto membros da UE e partes da CEDH - que evidenciava que tal adesão seria um sinal político de convergência a nível de direitos fundamentais partilhados com a grande Europa e um sinal de credibilidade para a UE.

Com vista a atingir tal desiderato, em 2002, a Convenção sobre o futuro da Europa fez estabelecer um grupo de trabalho (II) para avaliação das possibilidades de celebração de tal tratado, nos termos do art. 218.º, n.º 6 e 8. Por sua vez, na Cimeira de Varsóvia do Conselho da Europa, em 2006, bem como no Conselho Europeu de Dezembro, de 2009, acordou-se na necessidade urgente da adesão²² - tanto a nível substancial, como a nível jurisdicional. Por sua vez, o PE aprovou, em Maio de 2010, uma Resolução sobre aspectos institucionais e políticos da adesão, indiciando que aprovaria o futuro acordo de adesão.

Neste quadro, desde Março de 2010 que a UE, através da Comissão²³ e do Grupo de trabalho de Direitos Fundamentais (criado ao abrigo do art. 218.º, n.º 4, TFUE), foi determinando as “directivas” de negociação no estrito respeito das condições previstas no art. 6.º, n.º 2, do TUE, na Declaração *ad* n.º 2 daquele dispositivo, e no Protocolo (N.º8). Nos termos deste Protocolo, o acordo de adesão deveria incluir cláusulas que respeitassem as «características próprias da União e do Direito da União»; não deveria afectar as competências e atribuições das instituições e da União, nem a situação dos Estados-membros relativamente à CEDH; e deveria preservar as especificidades²⁴ do direito da União.

As negociações iniciaram-se formalmente em Julho de 2010, tendo o Comité de Ministros do Conselho da Europa encarregue o Comité Directivo para os Direitos Humanos (CDDH) de produzir os trabalhos para a elaboração dos instrumentos jurídicos necessários para o processo de adesão²⁵, em cooperação com os representantes da União e dos Estados-membros (CDDH-EU). Com efeito, também pelo lado da CEDH foi necessário ultimar situações delicadas, devido à Convenção estar apenas vocacionada para a adesão de Estados, o que justificou a elaboração do Protocolo N.º 14, que, como já referimos,

do PE e conclusão do acordo mediante decisão do Conselho (unanimidade); aprovação do Acordo pelos Estados-membros da UE, em conformidade com os respectivos procedimentos constitucionais.

²² Doc. 17024/09 CO EUR-PREP 3, JAI 896, POLGEN 229 de 2 de Dezembro de 2009.

²³ Doc 10630/1/10 VER 1, PRESSE 161, PR CO 1.

²⁴ Cujos ac. de 5/2/1963, *Van Gend en Loos*, proc. 26/62, e de 15/07/1964, *Costa Enel*, proc. 6/64, são bem ilustrativos, e de que o Projecto de Relatório explicativo fez ressaltar que a competência do TEDH, no que concernia à aferição da compatibilidade entre o direito da União e a CEDH não prejudicaria o princípio da interpretação autónoma do direito da União.

²⁵ Relatório aprovado pelo Comité Directivo para os Direitos do Homem, em especial a 53.ª reunião de trabalho (25-28 de junho de 2002), v. DG-II (2002) 006 CDDH (2002) 010 Addendum 2; sobre o mandato conferido pelos delegados dos Ministros, v. doc. CDDH (2010) 008 de 3 de junho de 2010, sobre a reunião de 26 de maio de 2010 e a questão da participação da União no sistema da Convenção, v. Decisão n.º CM/882/26052010.

introduziu as necessárias modificações no art. 59.º da CEDH²⁶. Desde aí, tomaram forma oito reuniões das instâncias referidas e foram elaborados vários projectos de instrumentos jurídicos, relatórios explicativos e modelos de entendimento necessários a tal empreendimento,²⁷ tendo a versão definitiva do projecto de Acordo Internacional para a adesão sido apresentada em Relatório ao Comité de Ministros em Outubro de 2011,²⁸ acompanhada de um Relatório Explicativo sobre a elaboração dos instrumentos jurídicos necessários. Posteriormente, durante o ano de 2012 e até Abril de 2013,²⁹ o processo de negociação foi sendo desenvolvido também pela Comissão Europeia e o grupo de negociação do CDDH para finalizar os instrumentos de adesão.

Nesse entretanto, o Conselho propôs algumas emendas ao projecto, essencialmente no que concernia à imputabilidade dos actos da PESC e PCSD (controlo da violação de direitos fundamentais relativamente à actuação da União).³⁰ Durante todo este processo as reuniões entre delegações do TJUE e do TEDH, deram origem a uma *Declaração conjunta* de ambos os Tribunais na sua sequência³¹.

Todos os Estados-membros e instituições que apresentaram observações acabaram por concluir pela compatibilidade do projecto face aos Tratados. Todavia, atenta a dimensão constitucional do Acordo que vincularia a UE, a Comissão solicitou ao TJUE o parecer em causa. Sendo o «acordo projectado» o objecto do pedido da Comissão a guardiã dos

²⁶ Bem como no art. 57.º, n.º1, 36.º, 29.º, n.º2 e 33.º da CEDH e outras interpretações aos arts. 35.º e 55.º, da mesma Convenção.

²⁷ CDDH-EU (2010) 01 a CDDH-EU (2010)16 e CDDH-EU (2011) 01 a CDDH-EU (2011)16 (disponíveis no sítio do Conselho da Europa (<http://www.coe.int/hrlawpolicy>) em http://www.coe.int/t/dghl/standard-setting/hrpolicy/accession/working_documents_fr.asp).

²⁸ Documento CDDH (2011) 009 de 14 de outubro de 2011 (projecto de acordo de adesão, projecto de regra a acrescentar às regras do Comité de Ministros, projecto de modelo de entendimento, e projecto de relatório explicativo do Acordo de Adesão).

²⁹ Relatório final do CDDH de 5 de Abril de 2013, v. 47+1 (2012) 001, de 4 de junho de 2012, de setembro e de novembro do mesmo ano.

³⁰ A problemática já se havia levantado a propósito do caso *Kadi e Al BaraKaat* (ac. do TJUE 3/9/2008, proc.s C-402/05 P de C-415/05 P, Col. 2010, p. II-5177), proferido na sequência dos acórdãos do TPI de 21/9/2005, *YUSUF e Al Barakaat International Foundation c. Conselho da União Europeia e Comissão*, proc. T-306/01, e *Kadi*, proc. T-315/01, onde se levantava a questão da conformidade de um Regulamento da União, violador de direitos fundamentais, em concreto, do direito de propriedade, do direito de ser ouvido e do direito de defesa, aprovado pela Posição-Comum 2002/402/PESC (JOUE L 2002, 139, p. 4), que era uma acto de direito originário, por sua vez em conformidade com as Resoluções S/RES/1267 (1999) de 15 de Outubro de 1999, S/RES/133 (2000) de 19 de Dezembro de 2000 e S/RES/1390 (2002) de 16 de Janeiro de 2002 do Conselho de Segurança da ONU. Afirmando a existência de um novo constitucionalismo judicial e hermenêutico, que a revisão dos actos da UE implicaria uma revisão indirecta das resoluções das Nações Unidas, que, como fonte de Direito Internacional, prevaleceriam sobre o direito da União, e afirmando que tal acórdão mais não é do que o culminar de uma trajetória constitucional europeia, que, controlando o Regulamento em causa na perspectiva dos direitos fundamentais, fecha o círculo de “cross-fertilisation” judicial que o Tribunal empreendeu, LAZARI, António «La nueva gramática del constitucionalismo europeo», in *RDCE*, Volume 33, Mayo/Agosto 2009, Madrid, pp.501-538.

³¹ Comunicação conjunta dos Presidentes Costa e Skouris de 24 de Janeiro de 2011 (disponível em <http://curia.europa.eu>)

Tratados entregou ao Tribunal os já referidos Projectos de Instrumentos de Adesão, sob os quais os negociadores tinham chegado a acordo.

Nesse contexto, como também já foi referido, a tomada de posição da Advogada-Geral, após análise detalhada de cada problema que o projecto suscitava concluiu pela sua compatibilidade com os Tratados, optando por não propor ao Tribunal a emissão de parecer negativo.

2.2. Os problemas da adesão e a decisão do TJUE – alguns pormenores técnicos

No que concernia à admissibilidade do Parecer o TJUE não hesitou em admitir o pedido da Comissão. Todavia, na apreciação do mérito, o Tribunal entendeu que os trabalhos apresentados (supra-referidos) não se revelavam compatíveis nem com o art. 6.º, n.º 2, TUE, nem com o Protocolo n.º 8 anexo ao Tratado, afirmando que tal adesão não estaria conforme com a Carta constitucional de base da União – que são os Tratados. Perscrutando se a adesão não alterava as atribuições da União; se preservava as suas características específicas e a autonomia do seu Direito; se não beliscaria o disposto no art. 344.º do TFUE - como é do conhecimento geral - emitiu o parecer negativo que aqui se traz à liça.

Aprofundando todos os aspectos que pudessem bulir com a autonomia do direito da União, nomeadamente porque o TEDH apenas decide da compatibilidade com a CEDH e não da validade do direito nacional e da interpretação do direito da União; todas as facetas dos novos mecanismos (institucionais e processuais); e todas as circunstâncias que pudessem adulterar as específicas características do ordenamento jurídico da União (Declaração ad n.º 2 do art. 6.º do TUE); o Tribunal de Luxemburgo entendeu estar-se perante uma possibilidade de lesão das características específicas e da autonomia do direito da União no que concernia à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, nomeadamente podendo afectar a exclusividade da sua competência³² e a subordinação da ordem jurídica da União e do seu contencioso ao sistema de garantia da CEDH.

Com efeito, desde logo, nos termos do art. 1.º da CEDH torna-se necessário aferir em que circunstâncias uma pessoa se encontra sob jurisdição de um Estado-membro ou da União, para ser possível determinar a sua legitimidade passiva num recurso – facto que levanta especiais dificuldades no que concerne à fixação da jurisdição da União, devido à aplicação descentralizada do seu direito e às peculiaridades do seu sistema jurisdicional. Fosse lá como fosse, aos olhos do Tribunal, a concretização da adesão, comportaria a possibilidade de demanda da União, por Estados terceiros e sujeitos não estaduais, ainda que com a salvaguarda do respeito pelo direito primário, enquanto parâmetro de validade do

³² Com efeito, o TJUE tem competência exclusiva, devido à possibilidade de fiscalização da legalidade dos actos institucionais, para, invalidar um acto da União. Sobre esta probabilidade, *vd.* BENOIT-ROHMER, Florence, *Valeurs et droits fondamentaux dans le traite de Lisbonne*, in E. Brosset, C. Chevallier-Govers, V. Edjaharian e C. Schneider, *Le traite de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation del l'Union européenne?* Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 162 ss.

direito da União, em especial no campo dos direitos fundamentais.³³ Bem como incluiria no controlo do TEDH toda a actuação da União independentemente do âmbito material do controlo judicial atribuído ao TJUE pelos Tratados e da área geográfica da União.

Devido ao conjunto das razões apontadas, o Tribunal concluiu que o Acordo não poderia entrar em vigor. Razão pela qual sendo tal adesão de cariz obrigatório terá de retirar-se do projecto tudo aquilo que o TJUE disse ser incompatível (art. 218.º, n.º 11, 2.ª parte), para ser possível reiniciar as negociações.

3. A raiz do problema: confluência de ordenamentos e integridade do sistema jurídico da UE

Em virtude da aplicação do direito da União ser descentralizada recai sobre os Estados-membros a obrigação de o implementar nos seus territórios. Assim sendo, o núcleo do problema era a dúvida de que a União, por via da adesão, passando a integrar um sistema internacional comum de garantia jurisdicional de direitos fundamentais, poderia perder a singularidade e a exclusividade do seu sistema jurisdicional e dos próprios fundamentos constitucionais da sua ordem jurídica. Com efeito, aderindo à CEDH, o TEDH poderia fiscalizar directamente a compatibilidade dos Tratados e dos actos de execução do direito da União, por parte dos próprios Estados-membros, relativamente à Convenção. No fundo, o que estava em questão era enlaçar dois sistemas que tinham um percurso paralelo, num único sistema, numa altura em que – precisamente - um deles acrescentara um catálogo de direitos fundamentais que antes não possuía!

Perante a possibilidade de tal enlace causar distúrbios, inclusive de hierarquia, o acordo projectado previu vários instrumentos jurídicos para os evitar. Abdicando aqui de emprender uma análise profunda sobre cada um dos vários institutos propostos, pensamos ser pertinente recordar as particularidades do ordenamento da União e do seu âmbito de jurisdição, bem como as singularidades do seu padrão de jusfundamentalidade, para assim destacar as dificuldades em “misturar” os respectivos sistemas de protecção de direitos fundamentais.

Com efeito, nesta pequena Europa experimenta-se um cruzamento de ordenamentos jurídicos diferenciados, ainda que não hierarquizados. Os Tratados constituem uma ordem jurídica autónoma fundada na primazia sobre o direito interno incompatível; as ordens jurídicas internas formam um ordenamento distinto; e a ordem internacional

³³ Neste sentido, particularmente clara e incisiva, *vd.* MESQUITA, Maria José Rangel de *Introdução ao Contencioso Comunitário – Lições*, Almedina, 2013, p. 264-265, opinião magistralmente demonstrada relativamente à qual concordamos em absoluto. Com efeito, a exclusividade da competência do TJUE apenas ficaria salvaguardada, ou seja, «imune» ao controlo do TEDH, relativamente a direitos que não integrassem o elenco dos direitos da CEDH, nomeadamente os previstos na Carta ou em princípios gerais de direito, que a ordem jurídica da União esteja vinculada a proteger. Tal vicissitude, poderá originar, como acreditamos e esperamos que venha a originar, uma jurisprudência mais protectora dos direitos fundamentais, baseada na Carta e nos seus mecanismos de garantia.

regional, fundada na subsidiariedade da sua intervenção, actua se e quando as normas de direito interno não assegurarem uma protecção equivalente. Foi no seio desta articulação normativa que o TJUE, antes do TL, encontrou o padrão de jusfundamentalidade aplicável, qualificando e interpretando os direitos fundamentais que ia identificando, na qualidade de princípios gerais de direito, incorporando os valores e princípios, oriundos das tradições constitucionais e dos compromissos internacionais, compatíveis com os objetivos dos Tratados.

Ora, nos termos do previsto no n.º 3 do art. 6.º TUE-L aqueles princípios incorporam o direito da União, enquanto princípios gerais, pelo que estruturam, enformam e integram a sua própria “constituição” e individualizam o seu sistema de protecção. Neste sentido, o teor do art. 4.º, n.º 2, TUE-L e o Preâmbulo do Tratado reafirmam o respeito pelos «*direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-membros*». Pelo que se pode constatar que o TJUE foi procedendo à incorporação material da CEDH, na ordem jurídica da União.

Os órgãos judiciais nacionais encontram-se vinculados ao respeito pelo bloco de jusfundamentalidade da União, sendo que é a partir dele, e não do interno, que devem apreciar a validade dos dispositivos da União e das medidas estaduais necessárias à sua aplicação. De toda a maneira, a autonomia da ordem jurídica da União implica que a vinculação dos órgãos jurisdicionais aos direitos fundamentais da UE se circunscreva às matérias que revelam de uma ligação com as suas competências, resultando a acção fiscalizadora do Tribunal delimitada pelo princípio da competência de atribuição.

Esta circunstância evidencia que o sistema de protecção de direitos fundamentais da União surgiu como um sistema “interno” de uma União “multinível” – dotado de primado e de efeito directo sobre as ordens jurídicas internas - e, em nítido contraste, o sistema da CEDH foi instituído para ser um sistema internacional de protecção, “externo” aos Estados, despido de funções estaduais e de produção normativa própria – ainda que especializado em direitos humanos. Sob o ponto de vista substantivo, a Convenção “reconhece” um conjunto de direitos aos seus titulares, que (quase) se limita a direitos civis e políticos, e promove a sua garantia por intermédio de mecanismos internos de aplicação dos direitos³⁴, prevendo a atuação do seu órgão judicial a título subsidiário

³⁴ Os Estados estão obrigados a garantir a existência, a nível interno, de um qualquer meio que entendam apto à garantia - da vítima e sua família - da substância dos direitos reconhecidos pela Convenção. Assim, o art. 13.º da CEDH revela-se um instrumento fundamental. Por sua via, o juiz nacional pode analisar as alegadas violações dos direitos reconhecidos na Convenção e está melhor situado do que o juiz internacional. Só posteriormente deve haver lugar ao funcionamento de mecanismos institucionais de natureza jurisdicional que permitam ao indivíduo aceder directamente à justiça internacional. Com efeito, o TEDH é um tribunal internacional, de carácter permanente e de jurisdição obrigatória, com competência contenciosa e consultiva, que toma conhecimento dos factos supostamente lesivos da convencionalidade, mediante a apresentação de uma petição individual ao TEDH. A este tribunal cabe examinar a admissibilidade das queixas, fixar os factos, procurar a conciliação das partes e proferir a sentença final. Sobre o funcionamento do sistema institucional da CEDH, *vd.* ROCHA, Armando *op. cit.*, pp. 31-43 e DUARTE, Maria Luísa «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – uma nova etapa», *in Organizações Internacionais*, 1999, pp. 613-634.

(e não como quarta via de recurso) – após o esgotamento dos meios internos disponíveis para as vítimas (art. 35.º CEDH).

O TEDH está adstrito a proteger a interpretação correta da CEDH, no respeito da margem de apreciação que permite – ainda que de modo controlado - aos tribunais nacionais. O seu relacionamento com os tribunais internos não se coloca, como no direito da União, em termos de delimitação de competências, ainda que as suas decisões sejam vinculativas (art. 46.º da CEDH). Os tribunais nacionais e o TEDH interpretam o mesmo instrumento normativo, a CEDH, é certo, mas o que se pretendeu foi edificar um sistema subsidiário de garantia através do TEDH e da interpretação que este faz da Convenção e seus Protocolos.

Por outro lado, a nível do DUE, o panorama é o seguinte: das violações dos direitos fundamentais que integram a sua ordem jurídica, caberá recurso para os tribunais nacionais, que, por sua via, poderão prosseguir pela aplicação do disposto no art. 267.º TFUE, assim garantindo a aplicação uniforme do Direito da União.

Simetricamente, os tribunais nacionais – que são também órgãos de aplicação do direito da União - estão fidelizados aos catálogos constitucionais assegurando a protecção dos direitos fundamentais previstos nas constituições,³⁵ para além da vinculação à lealdade para com os direitos que decorrem da ordem jurídica da União. Os direitos fundamentais de expressão constitucional conformam o ordenamento jurídico interno e, por força do princípio da constitucionalidade, impõem-se à função judicial e à legislativa. No caso português, por força da recepção autónoma do direito da União prevista no art. 8.º, n.º 4 da CRP, não havendo conflito entre as normas da UE e os princípios constitucionais do Estado de Direito Democrático é a própria lei fundamental que estabelece a prevalência do direito da União e a consequente não aplicabilidade da norma interna contrastante.

Ademais, é importante ressaltar que os próprios princípios constitucionais que servem de parâmetro ao TC para aferir da constitucionalidade de normas internas, fazem parte do núcleo do Estado de Direito e integram o património comum europeu que vincula a própria UE!³⁶

Aos juízes nacionais, situados no centro daquele universo multinível, impõe-se – portanto - compatibilizar e articular parâmetros normativos e ordens jurídicas distintas, não hierárquicas, em prol de um elevado nível de protecção dos indivíduos. De resto, foi este universo de pluralidade de fontes normativas e de mecanismos de protecção que marcou

Sobre os poderes de plena jurisdição do TEDH, *vd.* SUDRE, *Frédéric Droit Européen et international des droits de l'homme*, 1989, pp. 646-648.

³⁵ Em Portugal, para além das garantias não jurisdicionais dos direitos fundamentais, a CRP consagra o controlo difuso da constitucionalidade das normas jurídicas (art. 204.º CRP), cabendo recurso para o TC das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de normas com base na sua inconstitucionalidade ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (art. 280.º n.º1, al. a) e b) da CRP).

³⁶ Com esta argumentação, cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acórdãos/20140574.html>.

o paradigma de tutela judicial dos direitos fundamentais no espaço europeu do constitucionalismo multinível. Tal como BOGDANDY³⁷ afirma o pluralismo legal promove a interação entre as várias ordens em conexão, sendo esse, portanto, o universo onde se situa o ordenamento da União.

Neste quadro, a jurisdição do TJUE depende da prévia definição normativa que delimita o âmbito da sua competência, indicando-se nos Tratados as vias judiciais aptas ao seu exercício. Não estando o sistema da União arquitetado com base no esgotamento das vias internas o princípio da cooperação a estabelecer entre os tribunais nacionais assume uma importância fulcral.³⁸ Pelo que, havendo adesão, tornar-se-ia necessário adequar aquele requisito às especificidades do funcionamento da União, sob pena de se criar um requisito adicional de acesso ao TEDH. Os Tratados instituíram um sistema jurisdicional completo que tem por objectivo assegurar a unidade de interpretação do direito da União que o TJUE tem por obrigação preservar. Trata-se, portanto, de conciliar e articular modelos de funcionamento e atribuições institucionais e jurisdicionais muito distintas.

4. Aspectos gerais do projecto de adesão

Do exposto no número anterior resulta que a protecção dos direitos fundamentais numa União munida de um catálogo privativo e de um sistema jurisdicional específico não poderia ser “reduzida” à outorgada pelo sistema subsidiário de protecção outorgado pela CEDH. Tal virtualidade justificava de *per si* que o TJUE garantisse – sob ponto de vista jurídico - a compatibilidade do acordo com a “Carta constitucional de base” da União, que são os Tratados, sob pena de não cumprir as condições formulados no art. 6.º, n.º 2 do TUE e no Protocolo n.º 8.

Sendo o sistema de protecção de direitos na União mais amplo que a protecção outorgada pela CEDH, e ainda que o âmbito material da adesão apenas abrangesse o Primeiro Protocolo e o Protocolo n.º 6, da CEDH, a celebração do acordo constituiria uma adesão

³⁷ Nas suas palavras: «*any given constitution does not set up a normative universum a any more but also, rather, an element in a normative pluriversum*». VON DE BOGDANDY, Armin «Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law», in *IJCL*, issue 3-4, Vol. 6, July/Octobre 2008, pp. 397-413, principalmente, p. 401.

³⁸ Salientando a importância do diálogo dos juízes, *vd.* SILVEIRA, Alessandra «Autonomia institucional/processual dos EM e efectividade do direito da União Europeia na jurisprudência do TJUE (ou do Baile de Pierre-Auguste Renoir)», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, 2012.; RAMOS, Rui Manuel Moura, «O Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa e a posição dos Tribunais Constitucionais dos Estados-membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cardoso da Costa*, 2005, Vol. II, p. 394; MADURO, Miguel Poiares *A Constituição Plural - Constitucionalismo e União Europeia*, 2006, p. 290; GARCIA, Alonso *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2005, p. 41; ANDRADE, Carlos Vieira de «A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e as Constituições nacionais», in *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, vol. 2, 2001, p. 87; MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2005, p. 94; MORAIS, Carlos Blanco de *Justiça Constitucional – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 605 e 635-636.

ao «mínimo denominador comum» entre ambos os sistemas, é certo. Todavia, poderia possibilitar ao TEDH o controle de matérias parcialmente não sujeitas ao âmbito de jurisdição do TJUE (vg PESC), ainda que abrangidas no domínio das atribuições da União – o que não deveria acontecer. Por outro lado, era importante assegurar que ao TEDH não fosse possível decidir da conformidade de uma acto da União com o disposto na Convenção, sem que o TJUE tivesse possibilidade efectiva de o fazer previamente a ele. Além de que, teria de ser salvaguardado que o processo das questões prejudiciais não se configurasse como condição prévia de recurso ao TEDH.

Nesta medida, não obstante a complexidade dos problemas levantados pensamos que a essência da questão³⁹ residiu no facto da UE recetar passar a estar sujeita a um controlo jurisdicional externo, efectuado por uma organização internacional de vocação diferenciada, possibilitando aos indivíduos e a Estados partes da CEDH, terceiros à União, demanda-la no TEDH. Ademais, a interpretação da CEDH por parte do TEDH vincularia o TJUE e a situação inversa não se colocaria.

Dito de outra forma, concordando ou não com a pertinência da adesão, esta implicaria a sua inserção num sistema regional especializado na protecção dos direitos do Homem, circunstância que transfiguraria os alicerces em que se fundava a própria ordem constitucional da União. Nessa medida, sendo tal adesão de carácter constitucional e revolucionário, apenas os Estados-membros poderão decidir o desfecho desta situação, optando, ou não, pela renegociação do acordo de adesão.

4.1. Breve abordagem ao conteúdo do Projecto

Muito sinteticamente os momentos mais impactantes do projecto de adesão passaram pelas constatações que a seguir enunciaremos.

A primeira é a seguinte: em nome do princípio da repartição de competências a União ficaria vinculada e responsabilizada por violações da CEDH, relativamente a actos, medidas e omissões tomados pelas suas instituições sempre que actuassem em seu nome (art. 1.º, n.º 3 do projecto), aí se incluindo os actos nos domínios da PESC. Por outro lado, quando tais actos, medidas ou omissões fossem tomadas pelos Estados-membros a propósito da implementação das normas de direito da União, a responsabilidade caberia àqueles (art. 1.º, n.º 4), ainda que a União pudesse ser corresponsável, nos termos do art. 36.º, n.º 4

³⁹ Para um estudo exaustivo sobre as condições de adesão à CEDH, v. MARTINS, Ana Maria Guerra *A igualdade e a não discriminação dos nacionais dos Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia – Da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Coimbra, 2010, p. 372 a 375; DE SCHUTTER, Olivier «L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», *RTDH*, 2010, p. 540ss; MOREIRA, Vital "A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)", in AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, p. 89 ss e a "A questão da adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos", in "República" Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia", Coimbra Editora, 2014, p.195 a 204.

da CEDH e 3.º do projecto. De ambos os dispositivos decorre que os actos, medidas ou omissões das instituições da União, incluindo os relativos à matéria PESC, poderiam ser imputados à União, e, por consequência apreciados pelo TEDH, não obstante a União – e, por consequência o TJUE - não dispor de vias de recurso internas plenas na matéria⁴⁰.

A segunda constatação tem a ver com o mecanismo do corresponsável (art. 3.º, n.º 2, 3, 4 e 5 do projecto), que introduzia um novo número ao art. 36.º da CEDH (n.º4) e dava cumprimento ao art. 1.º, al. b) do Protocolo n.º 8. Aquele mecanismo pretendia assegurar que nos recursos interpostos pelos indivíduos ou por Estados terceiros contra os Estados-membros e a União, ou contra os Estados-membros, ou apenas contra a União, esta fosse parte relativamente a um acto da sua responsabilidade, ainda que implementado por um seu Estado-membro. O mecanismo permitiria a determinação das responsabilidades entre a União e os seus Estados-membros, e a responsabilidade conjunta do responsável e do corresponsável, podendo o TEDH estipular – de forma vinculativa para a União - que apenas um deles fosse o responsável (art. 3.º, n.º 7, 2.ª parte). Suscitando tal segmento grandes preocupações, em caso de dúvida, o TEDH teria sempre de abrir o processo de averiguação prévia, evitando a perda de exclusividade interpretativa do TJUE. Neste quadro, aventou-se que a União poderia ser responsável por violar a CEDH, enquanto demandada ou corresponsável nos domínios PESC, não tendo, em contrapartida, completa competência jurisdicional naquele domínio (arts. 24.º, n.º 1 TUE e 275.º TFUE), circunstância que a advogada-geral atenuou em virtude de pertencer aos tribunais nacionais a competência para aferir das violações da CEDH, naqueles domínios. Na verdade, incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais garantir a tutela jurisdicional efectiva em relação a tais tipos de actos imputáveis aos Estados-membros. Da mesma forma, nomeadamente em matéria de cidadania europeia seria impossível garantir à União a possibilidade de intervenção no processo em todas as situações em que o recorrente fosse nacional de um país terceiro, nomeadamente nos casos de aplicação do Regulamento de Dublin.

A terceira constatação é que o TEDH, no quadro do processo de averiguação prévia dos processos em que a União fosse corresponsável, não deveria interpretar normas de direito originário ou derivado, ainda não interpretadas pelo TJUE, sob pena de beliscar a competência exclusiva do TJUE, tal como prevista no art. 344.º TFUE (art. 3.º, n.º 6 e 3.º do Protocolo n.º 8). O objecto daquele processo era, precisamente, evitar que o TEDH (fiscalização externa) aferisse da conformidade de uma norma de direito da União com os direitos fundamentais previstos na CEDH, sem que o TJUE o tivesse já feito (fiscalização interna prioritária). Não sendo observado este processo o TEDH poderia, nomeadamente,

⁴⁰ Situação que justificaria que o controlo do TEDH, no âmbito PESC, deveria respeitar as especificidades do direito da União, em concreto o art. 24.º, n.º 1, 2.º par. TUE e o 275.º TFUE, e permitir que fora destas circunstâncias o TJUE se pronunciasse sobre a compatibilidade de uma acto da União com os direitos fundamentais, antes do TEDH o poder fazer.

pronunciar-se sobre a compatibilidade de disposições do direito da União que versassem sobre domínios PESC face à CEDH, pondo em causa a exclusividade da competência interpretativa ou de declaração de invalidade dos actos da União, por parte do TJUE.

A quarta constatação é que os processos perante o Tribunal não deveriam ser considerados processos de inquérito ou decisão internacional para efeitos do art. 35.º, n.º 2, al. b) da CEDH, para assim evitar conflitos de jurisdição entre ambos os tribunais. Nem, tão-pouco, interpretados como constituindo outros procedimentos de investigação ou de resolução de litígios.⁴¹

A quinta constatação é que a União deveria integrar algumas funções convencionais⁴², nomeadamente a representatividade na Assembleia Parlamentar e no Comité de Ministros do Conselho da Europa no que concerne à supervisão da execução das decisões do TEDH (art. 7.º do projecto); que deveria assegurar que teria o seu próprio juiz; e que o PE deveria ter direito de participação na eleição de todos os juízes do TEDH. Por outro lado, uma vez adquirindo legitimidade activa importaria definir o órgão representativo da União para tal efeito e a articulação do seu exercício no quadro do sistema de vias contenciosas disponíveis na UE, pois o processo de incumprimento englobaria, necessariamente, a apreciação da violação de direitos fundamentais previstos na CEDH, enquanto fonte de direito da União.

A sexta constatação prende-se com o já indicado princípio do esgotamento dos meios internos no quadro do sistema jurisdicional da CEDH. Não sendo tal princípio um pré-requisito de acesso aos meios contenciosos da UE poderia transformar-se num requisito adicional. Dito de outra forma: os recorrentes não individuais que pudessem exercitar directamente um meio contencioso da União teriam de passar a observar um requisito adicional relativamente aos recorrentes individuais que não o pudessem fazer. Por outro lado, o particular que pudesse recorrer de imediato para o TEDH, alegando que o recurso no TJUE era inviável, daria origem a que fosse impossível para o TEDH a apreciação de uma questão de violação de direitos fundamentais protegidos pela União.

A análise da Advogada-geral, Kokott, incidiu sobre estas constatações procurando descortinar se o regime estabelecido no projecto de adesão garantiria as atribuições da União – não as limitando, ampliando ou criando novas; se não afectaria as competências das instituições da União; se as características próprias do seu direito resultariam preservadas (garantia da autonomia da ordem jurídica); se teriam sido adoptadas medidas para a União poder participar nas instâncias de controlo da CEDH; e se a situação dos

⁴¹ O que significaria que o art. 55.º da CEDH não poderia ser interpretado de forma a impedir a aplicação do art. 344.º do TFUE.

⁴² Chamando a atenção desta possibilidade no que concerne ao Direito Internacional e à questão da representatividade externa da União à luz do Direito originário modificado pelo TL, que deveria pertencer ou ao Presidente do Conselho Europeu, ao Alto Representante e à Comissão e ainda para os problemas derivados do exercício do direito de voto, MESQUITA, Maria José Rangel de, *Introdução ao contencioso da União Europeia*, *op. cit.* p. 252-255.

Estados-membros que tivessem formulado reservas⁴³ à CEDH (art. 57.º da CEDH) era especialmente tida em conta no que concerne ao princípio da responsabilidade comum (par. 31 das conclusões).

Como é sabido, apesar de exaustivas, as suas conclusões apontaram no sentido da compatibilidade do projecto face ao direito da União, não obstante o processo de apreciação prévia e a tutela jurisdicional efectiva no quadro da PESC, na perspectiva dos art.s 6.º e 13.º da CEDH, a análise do risco da perda da autonomia do direito da União, e a determinação da responsabilidade comum do demandado e do corresponsável nos processos do TEDH, não terem deixado de constituir os seus principais temores.

5. A decisão do TJUE: ser ou não coerente com os critérios que lhe foram apresentados

Como já foi referido, no que concernia à admissibilidade do pedido de parecer o TJUE não hesitou em admitir o pedido da Comissão. Todavia, na sua apreciação de mérito, entendeu que o projecto de Acordo não se revelava compatível nem com o art. 6.º, n.º 2, TUE, nem com o Protocolo n.º 8 anexo ao Tratado.

O TJUE começou por afirmar que o projecto não garantia a coordenação entre o art. 53.º da CEDH com o art. 53.º da Carta, tal como interpretado pelo TJUE.⁴⁴ Segundo o

⁴³ A UE também pode opor reservas no momento da adesão em caso de desconformidade de alguma disposição da CEDH.

⁴⁴ Cfr. Ac. de 26/2/2013, *Melloni*, proc. n.º C-399/11, onde o órgão jurisdicional de reenvio (TC) perguntava ao TJUE se o art. 53.º da Carta podia ser interpretado no sentido que permitia ao Estado-membro de acolhimento recusar a entrega de um condenado, por não ter estado presente no julgamento no Estado de condenação, a fim de evitar a violação do processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos pela Constituição do Estado onde o condenado se encontrava, a propósito da decisão de um recurso de amparo. Não consentindo tal entrega, aos olhos do TJUE, impedir-se-ia a eficácia da Decisão-quadro 2002/584/JAI, que se reportava aos procedimentos de entrega de um mandado de captura europeu que se destinava a facilitar a cooperação judiciária em matéria penal, e interpretar-se-ia o art. 53.º da Carta como um meio adequado à violação do primado, permitindo aos Estados não aplicar medidas da União em caso de maior protecção do indivíduo a nível constitucional. A verdade é que o TJUE foi acutilante dizendo que a Decisão-Quadro visava ultrapassar as dificuldades do reconhecimento mútuo e das diferenças na protecção dos direitos fundamentais em cada Estado, pelo que o 53.º da Carta apenas permitiria a aplicação dos padrões nacionais de protecção, desde que tais padrões não prejudicassem o nível de protecção garantido pela própria Carta, o primado, a unidade e a efectividade do DUE – com isso, fundamentando a sua decisão de impossibilitar a Espanha a denegação de tal entrega. Este acórdão permitiu, portanto, que o TJUE qualificasse o art. 53.º da Carta como um princípio interpretativo e que se pronunciasse sobre o seu conteúdo, partindo do postulado que mesmo existindo normas internas de conteúdo mais protector, o primado seria beliscado caso a sua opção resultasse diferente. Razão pela qual teria de afastar a aplicação do princípio do nível mais elevado de protecção (interno), uma vez que a norma em questão se situava no “âmbito de aplicação do DUE” (art. 51.º da Carta) e não do direito interno espanhol. Desta forma, o princípio a preservar seria o nível de protecção proporcionado pelo DUE (Carta incluída). Ou seja, aquele que é assegurado no quadro da estrutura e dos objectivos da UE – entre eles o da criação de um Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça baseado num grau de confiança elevado; sendo o nível mínimo a garantir aquele que é outorgado pela CEDH – uma vez que o art. 52.º determina que ela é um patamar mínimo abaixo do qual a protecção da Carta não pode descer. A não ser assim, o parâmetro de validade dos actos jurídicos da União, seria o direito constitucional de cada Estado e não o parâmetro do DUE, ainda que nesse parâmetro se integrem as tradições constitucionais comuns.

TJUE a faculdade concedida pelo primeiro dispositivo indicado dever-se-ia cingir aos direitos previstos na Carta que correspondessem aos reconhecidos pela CEDH, sob pena de afectar o primado, a unidade e a efectividade do Direito da União. Por trás desta afirmação, estava o receio de que o art. 53.º da CEDH – ao facultar a aplicação de padrões nacionais de protecção mais elevados dos que os garantidos pela própria Convenção – comprometesse o nível de protecção previsto na própria Carta, o primado e a uniformidade do direito da União, nos termos em que vinham sendo esgrimidos pela doutrina e nos termos que determinaram o sentido da controvertida decisão *Melloni*. Com efeito, tal como o TJUE alertara no teor do acórdão uma interpretação diferente da sobre o art. 53.º da Carta permitiria a um Estado-membro obstar à aplicação de actos da União conformes à Carta, caso os mesmos não respeitassem os direitos previstos nas Constituições dos Estados, assim abrindo campo para a fragmentação do DUE e para a relativização do princípio do primado.

Relativamente à segunda ordem de razões, o TJUE afirmou que o projecto era susceptível de abalar o princípio da confiança mútua e do equilíbrio entre os Estados-membros ao exigir que cada um deles verificasse o respeito dos direitos fundamentais tal como garantidos pela UE e o nível de protecção nacional facultado por parte de outro Estado-membro. O Tribunal considerou que esta possibilidade equivaleria a equiparar a União a um Estado, «comprometendo o equilíbrio em que a União se funda e a autonomia do direito da União».

Quanto à terceira ordem de razões, antecipando futuras incompatibilidades, o Tribunal entendeu que a possibilidade dada aos Estados-membros de solicitarem pareceres consultivos (Protocolo n.º 16)⁴⁵ sobre questões interpretativas ou de aplicação dos preceitos da CEDH, poderia não ser articulável com as características de autonomia do processo das questões prejudiciais. Relativamente às exigências do art. 344.º TFUE, o Tribunal considerou que a possibilidade do recurso ao art. 33.º da CEDH – que facultava à União ou aos Estados-membros submeterem ao TEDH a apreciação de uma violação da CEDH, ainda que relativamente ao âmbito de aplicação material do direito da União - não assegurava a preservação da sua competência exclusiva. Na verdade, o Tribunal receava que os Estados-membros esquecessem que o princípio da cooperação leal prevista no

⁴⁵ Este Protocolo à CEDH foi aberto à assinatura dos Estados Parte do Conselho da Europa e entrará em vigor quando for ratificado pelo menos por 10 Estados. Ampliando a competência consultiva do TEDH, prevista no mecanismo dos arts 47.º a 49.º da Convenção, permitirá institucionalizar o diálogo e colaboração entre os juízes nacionais e os Europeus. Trata-se de um mecanismo consultivo europeu cujas negociações remontam a 1962, a propósito do Protocolo N.º 2 à CEDH, que recomeçam a sua discussão em 2006 – no seio do Comité dos Ministros, com vista a aliviar o TEDH da sua enorme carga de processos. De referir que o seu funcionamento apresenta bastantes pontos de contacto com o reenvio a título prejudicial, muito embora seja sempre facultativo e possa haver desistência por parte do demandante em qualquer momento do processo. A questão, desprovida de carácter vinculativo, deve revestir interesse geral e deve ser decidida em plenário, bem como deve ser colocada a propósito da interpretação ou aplicação dos direitos da Convenção e de seus Protocolos adicionais, sem prejuízo dos recursos individuais perante o TEDH. Sobre o assunto, *vd.* SZYMCZAK, David *La compétence consultive de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in ONDOUA.

art. 4.º, n.º 3 TUE, lhes impõe que se respeitem e assistam, sob pena de lhes ser dirigida uma acção de incumprimento. Com efeito, a adesão da União à CEDH não podia implicar que os seus Estados-membros deixassem de estar vinculados à UE e aos seus princípios fundamentais.

Quanto ao mecanismo do corresponsável, ainda que permitindo que o codemandado seja parte no processo, em quarta ordem de razões, considerou que devido à possibilidade do TEDH convidar ou decidir dos pedidos de intervenção da UE ou dos Estados Parte como corresponsáveis (art. 3.º, n.º 5 do projecto), poderia apreciar de forma vinculativa as normas de direito da União, designadamente, as que regem a repartição de competências entre ela e os seus Estados-membros – substituindo-se ao TJUE em matéria que lhe é absolutamente exclusiva: a apreciação da validade e a interpretação do DUE. Desta forma, lesar-se-ia a sua autonomia. De igual modo, poderia declarar-se um Estado responsável em matéria relativamente à qual o mesmo tivesse formulado previamente uma reserva à Convenção (art. 3.º, n.º 7 do projecto e art. 57.º CEDH), colidindo com o art. 2.º do Protocolo N.º 8. Também em ligação com a virtualidade de demanda da UE, seria necessário redefinir o que fosse exaustão de meios internos para efeitos do contencioso da legalidade, da acção de responsabilidade civil extracontratual da União e também para as questões prejudiciais, uma vez que tal requisito não é exigido pela UE para aceder aos meios jurisdicionais de que dispõe, podendo a sua exigência – como já foi referido – transformar-se num requisito adicional de acesso à justiça do TEDH. Da mesma forma, o conceito de “reparação razoável”, divergindo em ambos os sistemas levantou dúvidas de compatibilização ao TJUE, uma vez que a acção de responsabilidade contra a UE teria de precluir aquela.

Quanto ao processo de apreciação prévia (art.3.º, n.º 6 do projecto), concebido para obviar ao problema anterior, o TJUE conclui que ainda assim não ficaria garantido – mesmo com a introdução da tramitação acelerada - que o TEDH não se pronunciasse antes do TJUE e com prevalência sobre ele (controlo interno prévio) relativamente a matérias sobre as quais o TJUE ainda não o tivesse feito, pondo em causa a sua competência exclusiva; desvirtuando o carácter subsidiário do mecanismo de fiscalização da CEDH; e atribuindo competência ao TEDH para interpretar a jurisprudência do TJUE. Ademais, o projecto excluía a possibilidade do Tribunal se pronunciar quanto à interpretação do direito derivado em relação aos direitos da CEDH, e seus protocolos, – possibilitando ao TEDH (controlo externo) decidir sobre a sua conformidade com a CEDH. Por isso, a aplicação destes mecanismos tornaria possível uma certa subordinação do TJUE à pronúncia do TEDH, excepção feita quanto a disposições que não se integrassem no elenco da CEDH, ou seu Protocolo, ou que se encontrassem previstas na CDFUE e não na CEDH. Na verdade, seria viável a Estados terceiros e sujeitos não estaduais demandar (ou codemandar) a UE nos mesmos termos que a CEDH o permite, ou seja, sem qualquer alteração às condições de admissibilidade, ainda que tal sujeição – por via de ser resultante de fonte convencional – pudesse salvaguardar o valor superior do direito primário da União e, por consequência, a primazia da Carta e das suas regras de aplicação.

Ademais, por força da adesão, seria atribuída à UE legitimidade activa. Nesse quadro, seria necessário esclarecer qual seria o órgão que a representaria em tal exercício e a articular tal “acção” no sistema contencioso em vigor, bem como prever o alargamento da motivação que poderia dar causa ao despoletar do processo de incumprimento qualificado – aí prevenindo a violação dos direitos previstos na CEDH.

Quanto à última ordem de razões, que mencionava a matéria no domínio PESC (art.s 24.º, n.º 1, segundo par. e 40.º TUE), o TJUE concluía que o TEDH poderia pronunciar-se quanto à conformidade de actos, acções ou omissões naquele domínio relativamente a direitos consignados na CEDH. Tratando-se de fiscalizar um domínio integrado no domínio mais vasto da acção externa da União, esta possibilidade beliscaria as características próprias da União pois a fiscalização da legalidade de tais actos não pertencendo ao âmbito *ratione materiae* do TJUE (com excepção do previsto no art. 275.º, par.1.º TFUE), ficaria confiado à fiscalização jurisdicional externa do TEDH, precisamente lá onde os Estados-membros entenderam não a atribuir ao TJUE!

Na verdade, por força da aplicação prática de tais mecanismos alterar-se-ia, sem revisão dos tratados, as próprias regras de competência material do TJUE, submetendo ao controlo do TEDH todas os domínios materiais envolvidos nas atribuições da UE – com excepção dos constantes dos Protocolos adicionais à partida excluídos da adesão.

Afastando quaisquer juízos de oportunidade e de realismo político não podemos deixar de sublinhar que o Tribunal se guiou por critérios estritamente jurídicos – ser ou não compatível com o art. 6.º, n.º 2, TUE e Protocolo N.º 8 EU - desenvolvendo as suas observações em função dos requisitos que lhe foram apresentados. Razão pela qual, relativamente ao preenchimento dos mesmos – apesar da severidade da sua apreciação – é nossa convicção não lhe poder ser exigível qualquer responsabilidade pela decisão.

5.1. Em nome do primado, da unidade e da efectividade do direito da União: a garantia do nível de protecção a atingir

Os parágrafos 185 a 200 do Parecer, que se dedicam à análise da compatibilidade do Acordo projectado com o direito primário da União, revelam-se especialmente esclarecedores da posição do TJUE e determinantes do sentido da sua decisão final. Com efeito, o Tribunal - na sua exaustiva verificação sobre se os termos do Acordo poderiam lesar as características específicas do DUE e a sua autonomia - no que concerne à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica da União, onde se deveria incluir a Carta, afirma, igualmente, que os Estados-membros estão também obrigados a respeitar os direitos fundamentais na sua qualidade de princípios gerais, tal como previstos no art. 6.º, n.º 3 TUE.

Ora, nesse quadro, o Tribunal alerta que uma fiscalização externa sobre o acatamento desses direitos implicaria uma concomitante vinculação à interpretação que o TEDH

daria a esses mesmos direitos, sem a correspondente vinculação que a sua interpretação dos direitos da CEDH se pudesse impôr ao TEDH.

Nesse quadro, o TJUE não deixa de frisar que a interpretação sobre os direitos fundamentais vincula os seus Estados-membros e destina-se a ser utilizada no âmbito de aplicação material do DUE, sem dever ser colocada em causa pelo TEDH (par. 186 do Parecer). Recordando que o art. 53.º da CDFUE, prevê, que nenhuma disposição da Carta poderá ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos fundamentais, nos respectivos âmbitos de aplicação, tanto pelo próprio direito da União, pelo Direito Internacional e Convenções Internacionais (onde se inclui a CEDH), e pelas próprias constituições dos Estados-membros, o Tribunal acaba por afirmar que o acordo em análise não assegura a coordenação daquele dispositivo com o art. 53.º da CEDH.

Na verdade, reiterando a sua interpretação sobre o art. 53.º da Carta o Tribunal frisa que a invocação e a aplicação do padrão nacional de protecção não devem pôr em causa os objectivos da UE, o nível de protecção previsto na Carta, o primado, e a efectividade do direito da União.

Recordando os termos jurisprudência *Melloni*⁴⁶, que tinha dado azo ao esgrimir de várias doutrinas dissonantes entre si⁴⁷, o Tribunal salienta que a faculdade prevista no art. 53.º da CEDH - que se traduz na possibilidade de outorgar níveis de protecção mais elevados que os previstos na própria CEDH - deveria conter-se aos direitos da Carta correspondentes aos nela previstos, sob pena da autonomia, do primado e do nível de protecção garantido pela Carta, resultar ameaçado. Dito de outra forma, o Tribunal receava que o art. 53.º da Carta pudesse vir a ser interpretado de forma diferente do que ele o fez a propósito da sua decisão no processo supra referido, com isso abrindo o flanco à quebra da efectividade e ao desnivelar do nível de protecção garantido pela Carta. Numa palavra, tinha receio que tal virtualidade desse cobertura a que cada Estado pudesse invocar o seu (constitucional) nível de protecção mais elevado do que o assegurado pelo DUE, com isso transformando uma União de Direito, dotada de um sistema de protecção interno, em um espaço internacional constituído por Estados supervisionados por uma jurisdição suprema; externa; e especializada em direitos Humanos – assim aniquilando a especificidade do fenómeno da integração europeia.

⁴⁶ Consultar nossa nota 44.

⁴⁷ A leitura do art. 53.º suscita várias interpretações e conduziu ao extremar de várias posições doutrinárias, variando entre uma 1) interpretação minimalista e 2) uma interpretação maximalista do nível de protecção assegurado pela Carta. Neste sentido, propondo o art. 53.º como solução de situações de colisão de direitos, impondo uma interpretação dos direitos fundamentais protegidos pela Carta que nem prejudica, nem reduz o significado dos direitos garantidos pelas constituições e pelos instrumentos internacionais de protecção de Direitos Humanos, *vd.* CARTABIA, Marta «Article 53.º - level of protection», in *Human Rights in Europe – Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2010, p. 339. Frisando o seu valor político, LIISBERG, Jonas Bering, «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?» in *Jean Monnet Working Papers*, n.º 4/01, 2001, pp. 18 e 50.

6. Momento Conclusivo

Chegaria agora a altura de apresentar os juízos conclusivos sobre o impacto que o Parecer em análise causou na evolução da integração e na capacidade de protecção de uma União de Direito que se designa UE. Todavia, o espaço que nos resta obriga-nos a concluir remetendo para um momento fundamental que se encontra já incluído na introdução do nosso trabalho, qual seja:

Sendo incontrovertível que em Dezembro de 2014 o Parecer do TJUE foi impactante no plano jurídico-político europeu, volvido o tempo que sobre ele já decorreu, o contexto da actual crise europeia vem acrescentar novos desassossegos à protecção dos direitos fundamentais que nos faz recordá-lo. Em nossa opinião, esta constatação e esta inquietude implica que se exija do Tribunal igual firmeza no que concerne à sua competência para garantir o nível de protecção de tais direitos, tal como previstos na CDFUE.

Nessa medida, contendo a Carta regras específicas de articulação com a CEDH, e incorporando aquela as restrições admitidas por esta poderá ser garantido pelo TJUE o não retrocesso no nível mínimo de protecção já atingido pela CEDH, relativamente a direitos previstos em ambos os instrumentos – garantia que o art. 53.º da Carta permite salvaguardar. Assim, encontrada a ligação do art. 53.º da Carta com a aplicação material do direito da União, ainda que circunscrita pelo disposto no art. 51.º, é-nos permitido concluir que os direitos previstos na Carta que transcendam a previsão na CEDH, apenas usufruem da protecção jurisdicional facultada pela própria ordem jurídica da União – facto que nos conduz à constatação de que, pelo menos quanto a eles, a adesão não oferece vantagem acrescida.

Começaremos por salientar esta circunstância que nos parece fundamental para aferir do impacto do novo Parecer negativo: a reflexão sobre o nível de protecção que a Carta viabiliza tem de partir da constatação que ela não foi instituída para criar um sistema de supervisão externa e complementar de direitos fundamentais, nem agrega um conjunto de direitos mínimos a respeitar por todos os seus Estados nos termos em que o faz a CEDH.

Os papéis de ambas as “organizações” são flagrantemente diferentes, como são diferentes as respectivas formas de atuação: a CEDH atua como um fator de unificação de direitos em torno de um mínimo denominador comum, não obstante à sua tutela mais elevada em cada um dos seus Estados Parte; o seu âmbito de aplicação coincide com o dos seus Estados Parte; e o TEDH atua quando todas as soluções internas foram esgotadas. Com efeito, o TEDH é uma via subsidiária de protecção que apenas tem lugar após todas as vias jurisdicionais internas terem sido esgotadas, momento em que o referido tribunal poderá condenar o Estado prevaricador, e, eventualmente mandar reparar o dano causado ao particular – enquanto *ultima ratio*. Por sua vez, a Carta é um catálogo de direitos fundamentais de uma União de Direito, cujo âmbito de aplicação é autonomizado dos Estados; o seu ordenamento aplica-se uniformemente; actuando o TJUE quando o acionem por via direta ou indireta.

Desta circunstância decorrem duas considerações negativas: 1) não deve ler-se o art. 53.º da Carta como uma cláusula de *standard* mínimo de proteção, embora, 2) também se não deva encará-lo como uma cláusula de *standard* máximo de proteção (assegurado a nível constitucional)⁴⁸. Sustentamos a tese que o art. 53.º da Carta não implica que o encaremos como uma resposta a um dilema entre a consagração de uma cláusula de nível máximo (maximalismo), ou de nível mínimo (minimalismo) de proteção. Mas sim a consagração de um critério de aplicação do padrão de proteção adequado à identidade constitucional autónoma da União e à salvaguarda dos objetivos que ela visa atingir, apenas no seu concreto e autónomo “âmbito de aplicação.” Se para ajuizar do respeito pelos direitos fundamentais relativamente a atos de aplicação do direito da União, o juiz considerasse ou comparasse⁴⁹ a intensidade da proteção dispensada pelo direito interno ou pelo direito internacional, estaria a atuar como um órgão judicial interno, vinculado a um compromisso de proteção mínimo de supervisão hierárquica, e não como órgão jurisdicional de uma União de Direito comum a vinte e oito Estados. Em nossa opinião, uma leitura do art. 53.º da Carta que consubstanciasse um princípio geral de preferência pela norma mais favorável aos interesses do seu titular seria incoerente com a autonomia do direito da União.

Por isso, não partindo o art. 53.º da Carta de uma conceção de ordens jurídicas organizadas em hierarquia,⁵⁰ chegamos a dois pressupostos complementares: 1) não se pode afirmar que o padrão da União predomina a nível superior sobre o padrão nacional ou internacional; 2) não deverão os direitos reconhecidos nas constituições nacionais e na CEDH converter-se em parâmetro do nível de proteção a alcançar pela União. Pelo contrário,

⁴⁸ Apresentando e ordenando a doutrina sobre o art. 53.º da Carta entre optimistas, cepticistas e posições intermédias, *vd. idem, ibidem*, pp. 606-624. Para uma conceção do art. 53.º enquanto consagração do princípio do nível mais elevado de proteção, como princípio e como regra de conflitos, *vd. CANOTILHO, Mariana Gomes O Princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais*, 2008, p. 176. No mesmo sentido, *vd. GARCIA, Ricardo Alonso «The General Provisions of the Charter...», cit.*, pp. 492-514; KOEN LENAERTS e EDDY DE SMITJER, *op. cit.*, pp. 273-300; BESSELINK, Leonard, «Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union», *in CMLR*, n.º 35, 1998, pp. 629-680. Negando um sentido útil ao dispositivo, embora afirmando que a proteção de direitos fundamentais na União Europeia respeita um «padrão mínimo comum», devido a negar padrões elevados de proteção somente garantidos em alguns dos seus EM, *vd. LIISBERG, Jonas Berning op. cit.*, pp. 1171-1199. Situando-se no grupo dos ditos cepticistas, salientando a natureza subsidiária da tutela comunitária e a sua função de cláusula de remissão e preferência pelo nível mais elevado de proteção, alterando o modo tradicional de abordagem ao primado, *vd. DUARTE, Maria Luísa União Europeia..., cit.*, pp. 243-244 e 285 ss. Por sua vez, situando-se numa posição intermédia, *vd. PERNICE, Ingolf The Charter of Fundamental Rights..... cit.*

⁴⁹ Quanto ao problema da comparabilidade dos níveis de proteção, *vd. WEILER, Josef «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and values in the protection of Human Rights», The European Union and Human Rights*, org. Neuwalht/rosas, London: The Hague, 1995, pp. 102-129. Em sentido oposto, *vd. BESSELINK, Leonard «Entrapped by the maximum standard», op. cit.*, pp. 629-680.

⁵⁰ As relações entre os ordenamentos internos e o da União regem-se pelo princípio da competência e da lealdade e não pelo princípio da hierarquia. O primado resolve problemas de aplicação de normas provenientes de diversos ordenamentos, sem se pronunciar pela validade intrínseca de cada uma delas.

pensamos que se trata de garantir⁵¹ que o nível de proteção a alcançar, em virtude da aplicação da Carta, não afeta as competências próprias dos Estados e salvaguarda do nível de proteção já garantido pelas constituições nacionais e pelos instrumentos convencionais, donde se destaca a CEDH.

Tem assim a Carta um papel diferente da CEDH, e um campo de aplicação também diferenciado, não pretendendo desempenhar a mesma função de unificação de direitos. As expressões «*respetivas competências*» e «*respetivos âmbitos de aplicação*», introduzidas enfaticamente na letra do art. 51.º n.º 1 e no 53.º, pretendem frisar aquela flagrante diferenciação funcional.

Do exposto resulta, em jeito apressado de conclusão, que o Parecer de 2013 trouxe desalento – como já foi referido. Todavia, não é menos verdade que criou expectativas no sentido de se exigir ao Tribunal uma jurisprudência mais activista. Sendo a Carta o catálogo de direitos fundamentais privativo da União é preciso que o Tribunal lhe faça inteira justiça e, nesse contexto, é prioritário que os seus destinatários a invoquem. Como foi afirmado na introdução do nosso trabalho trata-se de mais um desafio para a integração europeia: “enquanto” não há adesão há uma “Carta” que precisa ser aplicada sem qualquer pudor, tanto por parte do TJUE, como por parte dos tribunais nacionais. Está na hora dos tribunais assumirem em pleno as suas funções!

Artigo Recebido a 01 de maio de 2016 | Aceite a 05 de Dezembro de 2016

⁵¹ Afirmando que a insistência na ideia de separação de campos de aplicação do direito da União e do direito constitucional evoca um «armistício» entre a União Europeia e os tribunais constitucionais, *vd.* BESSELINK, Leonard «The Member States, The National Constitutions and the Scope of the Charter», *in Maastricht Journal*, n.º 8, vol. 1, 2001, pp. 68-80. Invocando que a Carta teria um propósito escondido de emendar o conceito de primazia, afirmando que o art. 53.º não restringe a prioridade de proteção de direitos nacionais, e que o critério mínimo traria conflitos com os tribunais constitucionais e o máximo seria praticamente inexecutável e injustificado, GRILLER, Steffan «Primacy of Community Law: A hidden agenda of the Charter of Fundamental Rights», *in Perspectives of the Nice Treaty and the Intergovernmental Conference*, 2002, pp. 47-61.