



• U • C • FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANDREIA MORGADO DUARTE

O CABO DAS TORMENTAS DA UNIÃO EUROPEIA

A (difícil) adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos

THE CAPE OF STORMS OF THE EUROPEAN UNION

The (difficult) accession to the European Convention on Human
Rights

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu

Orientador: Professor Doutor Vital Martins Moreira

Coimbra, 2016

Agradecimentos

Aos meus pilares: aos pais, mano e avós.

Aos amigos. Em especial: Adriana, André, Carolina, Cristiana, Eugénio, Filipa e Tânia.

Ao Professor Doutor Vital Martins Moreira pelo interesse, sabedoria e disponibilidade na orientação desta dissertação.

À Alexandra, Maria e Sandra, pela rapidez e profissionalismo inigualáveis.

À equipa da Sala do Catálogo, da Sala de Leitura, da Sala de Mestrados e da Sala de Revistas, todas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e à equipa da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra.

Resumo

O processo de positivação dos direitos fundamentais na União Europeia plasmou-se pela morosidade no reconhecimento da importância dos mesmos pelos Tratados fundadores e pelo caráter pretoriano da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades.

Mais tarde, com a aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, apresentava-se um modelo original e ambicioso da proteção dos direitos fundamentais a todos os Estados-Membros, sendo relegada para tratamento posterior a antiga questão acerca da adesão à Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Depois do malogrado Tratado Constitucional, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, conferindo força jurídica vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, marcou somente a adesão material a este instrumento internacional de proteção dos direitos fundamentais. A adesão formal projetada pela Comissão Europeia em conjunto com o órgão *ad hoc* do Conselho da Europa, após o parecer negativo do Tribunal de Justiça da União Europeia, continua a aguardar por melhores ventos.

Palavras chave: Positivação dos direitos fundamentais; ativismo judicial; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; Projeto de acordo de adesão da União Europeia à Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; Pareceres do Tribunal de Justiça da União Europeia; Tribunal de Justiça da União Europeia; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Abstract

The positivization process of fundamental rights in the European Union shaped by the slowness in recognizing the importance of them by the founding Treaties and the praetorian nature of the case law of the Court of Justice.

Later, with the approval of the EU Charter of Fundamental Rights, it presented an original and ambitious model of protection of fundamental rights for all Member States, being relegated for further treatment elderly question about the accession to the Convention for the protection of Human rights and Fundamental Freedoms.

After the ill-fated Constitutional Treaty the entry into force of the Lisbon Treaty, giving binding legal force to the EU Charter of Fundamental Rights, only marked the accession material to this international instrument of fundamental rights protection. The formal accession designed by the European Commission in conjunction with the ad hoc body of the Council of Europe, following the negative opinion of the European Union Court of Justice, continues to wait for better winds.

Keywords: positivization of fundamental rights; judicial activism; Charter of Fundamental Rights of the European Union; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; accession agreement project of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Opinions of the Court of Justice of the European Union; Court of Justice of the European Union; European Court of Human Rights.

Siglas e Abreviaturas

AUE - Ato Único Europeu

CDDH - Comité Diretivo para os Direitos Humanos

CdE - Conselho da Europa

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CED - Comunidade Europeia de Defesa

CEDH - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CEE - Comunidade Económica Europeia

CEEA - Comunidade Europeia da Energia Atómica

CIG - Conferência Intergovernamental

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

EM - Estado(s)-Membro(s)

PAA - Projeto de Acordo de Adesão

PE - Parlamento Europeu

PESC - Política Externa e de Segurança Comum

TECE - Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJCE - Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE - Tratado da União Europeia

UE - União Europeia

Índice

Introdução	8
Capítulo I – <i>O início da viagem</i>: a positivação dos direitos fundamentais na União Europeia.....	12
1.1. De Paris a Lisboa.....	12
1.1.2. De Paris ao Ato Único Europeu	13
1.1.3. De Maastricht a Lisboa	18
1.2. O reconhecimento pretoriano dos direitos humanos	29
1.3. A consagração de um modelo europeu de proteção de direitos fundamentais..	38
1.3.1. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	39
1.3.1.1. Considerações gerais.....	39
1.3.1.2. Jurisprudência comunitária pós Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: nova realidade?	42
Capítulo II – <i>Cabo da Boa Esperança</i> no horizonte: a adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.....	46
2.1. Convenção Europeia dos Direitos Humanos: considerações gerais	47
2.2. Prós e contras da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos	50
2.3. Na rota da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.....	59
2.3.1. <i>Modus operandi</i> da adesão	60
2.3.2. Trabalhos preparatórios	61
2.4. O projeto de adesão.....	66
2.4.1. Âmbito da adesão	68
2.4.2. Efeitos da adesão.....	69
2.4.2.1. Incorporação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos na ordem jurídica comunitária	70
2.4.2.2. Alterações técnicas e processuais na Convenção Europeia dos Direitos Humanos	71
2.4.2.3. Participação da União Europeia em determinados procedimentos do Conselho da Europa.....	76
Capítulo III – <i>Mar tenebroso</i>: as dificuldades da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos	79

3.1. Comissão Europeia <i>versus</i> Tribunal de Justiça da União Europeia	79
3.2. As nuances normativas de Lisboa.....	89
3.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.....	92
3.3.1. Normas sensíveis	92
3.3.2. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reflexo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ou documento próprio da União Europeia?	96
3.4. A jurisprudência do Luxemburgo e a jurisprudência de Estrasburgo.....	98
Conclusão.....	101
Referências	103
I - Bibliografia	103
II - Jurisprudência	110
III - Outras referências.....	113

Introdução¹

Ao longo de toda a sua vida o Homem faz escolhas, corretas ou menos corretas. É com elas que relembra o passado, vive o presente e constrói o futuro. Foi precisamente pensando no futuro, num futuro melhor, que foi delineada a União Europeia.

Reflexo da vontade dos Homens em (re)construir uma Europa forte depois da destruição da II Grande Guerra, já conta com mais de 60 anos de existência ao longo dos quais importantes decisões foram tomadas mudando para sempre os rumos económico, político e social dos seus Estados-Membros. Não obstante as grandes conquistas, é relevante evidenciar que os escritos, quer doutrinários quer jurisprudências, sobre esta Organização, jamais se esgotam, nomeadamente, em nossa opinião, no que respeita, por um lado, à determinação da natureza jurídica da União Europeia e, por outro, no que se refere à adesão à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais².

Tópico de acesos debates, representando *um mar de águas bastante turbulentas*, é a definição da natureza jurídica da União Europeia. Observando os denominadores que a caracterizam, nomeadamente, a sua estrutura institucional peculiar; a transferência de poderes dos Estados-Membros que a compõem, preservando porém a sua própria soberania; a sua ordem jurídica própria, autónoma da dos Estados-Membros; a aplicação direta do Direito da União Europeia, cultivando a ideia de que as regras estabelecidas no seio da União devem ser encaradas como fontes de direitos e de obrigações plenamente desenvolvidas, alcançando os seus efeitos de forma completa e uniforme em todos os Estados-Membros que a compõem, bem como para os seus cidadãos; o primado do direito comunitário sobre o direito nacional, impedindo qualquer revogação ou alteração das emanações europeias pela legislação nacional, bem como dirimindo situações de conflito com disposições nacionais, podemos inferir que a União Europeia se trata de uma entidade autónoma, provida de poderes soberanos e competências exclusivas, cujo

¹ Considerações prévias: o método de inserção bibliográfica utilizado é o Estilo APA (sexta edição). No que se refere à redação, seguiu-se o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990 (em vigor desde 2009).

² Tomando em consideração que a denominação oficial deste diploma se torna extensa no âmbito do nosso estilo, usaremos a designação comumente utilizada, “Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, tal como consta no subtítulo desta dissertação, bem como a correspondente sigla, CEDH.

exercício se impõe tanto aos Estados-Membros que a formam, como aos respetivos cidadãos.

Esta caracterização, específica e singular, deixa clarividentes os pontos de contacto e as suas diferenças em relação às organizações internacionais tradicionais e às estruturas de tipo federal.

As diferenças da União Europeia em relação às organizações internacionais clássicas, principalmente no que respeita aos objetivos distintos daquelas e desta, tendem a atribuir-lhe uma estrutura de tipo estatal.

Uma vez que os Estados-Membros abdicaram de uma parte significativa da sua soberania em favor da União, rapidamente se formulou que esta espelhava a estrutura de um Estado Federal. Porém, esta hipótese não atenta ao facto de as competências das instituições da União Europeia estarem circunscritas à realização dos objetivos consagrados pelos Tratados e a certos domínios para os quais possuem competências especificamente traçadas. Assim, falta à União Europeia a plenitude de competências (característica basilar de um Estado) e a faculdade de instituir novas competências (*kompetenz-kompetenz*).

Consequentemente, a União Europeia não é nem uma organização internacional clássica, nem uma associação de Estados, mas antes uma entidade que se situa a meio caminho entre estas formas tradicionais de associação entre Estados com poderes de soberania. Em termos jurídicos, considerando que não se apresenta como uma estrutura cujos contornos finais se encontram definidos – mercê do caráter dinâmico e inacabado do processo de integração que impulsiona –, trata-se de uma Organização Supraestatal à qual é reconhecida personalidade jurídica pela Comunidade Internacional.

Marcando também, *ab initio*, posição de destaque no procedimento de edificação da União Europeia é a temática da proteção dos direitos fundamentais, nomeadamente no que respeita à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A *rota* sinuosa e ambígua da jurisprudência Comunitária³, bem como a ampla e diversificada literatura doutrinal sobre a questão despoletaram a nossa atenção.

³ Por comodidade e coordenação com o nosso estilo, usaremos o termo “comunitária(o)”, entendido em *lato senso*, para adjetivar situações relacionadas com a União Europeia, não obstante as mudanças designativas introduzidas pelo Tratado de Maastricht. O mesmo se diga para as expressões “direito da União Europeia” e “direito comunitário” e outras equiparadas.

Nesse sentido, o propósito da dissertação é analisar a rota traçada para *dobrar este Cabo das Tormentas* da União, bem como os indicadores que marcaram o retrocesso, para que, tal como sucedeu em 1488, se possa alterar, por fim, a designação para *Cabo da Boa Esperança*. Ou seja, evidenciar o percurso *sui generis* percorrido pela União Europeia desde a sua formação até aos nossos dias no que respeita à questão (remota mas atual e de particular relevância para o contencioso da União Europeia) da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Recordando os tempos de glória da expedição marítima no reinado de D. João II, na ânsia de encontrar um novo trajeto que conduzisse as caravelas portuguesas à Índia, sem ceder às pressões exercidas pelos Otomanos que controlavam o fluxo comercial dos dois maiores centros comerciais da época, foram empreendidas duas missões distintas, uma por terra, outra por mar, com o objetivo de definir uma nova estratégia para alcançar tal território, permitindo o controlo desse mercado. Nesse sentido, iniciou-se a viagem exploratória pelo Mar Tenebroso. Conhecido pelas violentas tempestades (*tormentas*) e pelos vigorosos ventos com que brindava os que por lá se aventuravam, foi apelidado pelo navegador Bartolomeu Dias, como *Cabo das Tormentas*, uma vez que somente passados vários dias de sofrimento as embarcações portuguesas deram conta da passagem para o Mar Índico.

Aquando do regresso e uma vez comunicado à Corte o sucesso da expedição, o Rei decidiu mudar o topónimo atribuído por Bartolomeu Dias para *Cabo da Boa Esperança*, dadas as boas-novas para a coroa portuguesa.

No contexto comunitário, a temática em causa revela-se uma *vexata quaestio*, não sendo atendida pelo Tribunal do Luxemburgo, nem reunindo consenso entre a doutrina, redundando em inesgotáveis discussões, que contribuem para o enfraquecimento da Comunidade Política da União Europeia. No fundo, encontramos-nos numa fase de *tempesta*, revelando-se tarefa árdua vislumbrar uma conclusão esclarecedora, quando indagamos acerca da (difícil) adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

O tema que nos propomos estudar releva-se complexo e de difícil consenso, tendo contribuído para o facto a própria posição do Tribunal de Justiça da União Europeia, como também alguns preceitos-chave dos Tratados da União Europeia e da própria Carta dos

Direitos Fundamentais da União Europeia. Os argumentos disponíveis fornecem-nos alguma fundamentação para alcançarmos tais conclusões.

Todavia, antes de enveredarmos por tais caminhos, o *início da viagem* (Capítulo I), na tentativa de alcançar o *Cabo da Boa Esperança*, é marcado pela *positivação dos direitos fundamentais na União Europeia*, começando pela análise das disposições normativas dos Tratados da União Europeia e sua conseqüente evolução, passando pelo papel ativo do Tribunal de Justiça da União Europeia, e finalizando com a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Com o *Cabo da Boa Esperança no horizonte* (Capítulo II), salientaremos as vantagens e desvantagens da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como as suas características essenciais. Merecendo destaque no âmbito deste capítulo, *na rota da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, estudaremos o projeto de acordo de adesão negociado entre a Comissão Europeia e o organismo *ad hoc* do Conselho da Europa.

Por fim, retrocedendo a um imenso *Mar tenebroso* (Capítulo III), damos conta das *dificuldades da União Europeia em aderir à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, evidenciada pelos pareceres e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, por alguns preceitos do Tratado de Lisboa e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Capítulo I

O início da viagem: a positivação dos direitos fundamentais na União Europeia

O processo de reconhecimento da importância dos direitos fundamentais no seio comunitário revelou-se moroso e de modo paulatino. Por um lado, inicialmente a conceção europeia atentava unicamente a objetivos económicos (Soares, 2002), onde a presença de determinados direitos, em detrimento de outros, fazia emergir eventuais situações de tensão entre direitos consagrados e direitos ausentes (Weiler, 1999), sobretudo se considerarmos a jurisprudência da época. Por outro lado, não obstante a consagração de um modelo próprio de direitos fundamentais exclusivo da União Europeia (UE), estes revelam-se, ainda, matéria geradora de conflitos.

Nesse sentido, neste primeiro capítulo, estudaremos o processo de revelação dos direitos fundamentais sob a ótica de três métodos: Tratados da União Europeia, jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), bem como Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

1.1. De Paris a Lisboa

Optámos por estudar a consagração dos direitos fundamentais em duas secções distintas, uma vez que parecem existir dois momentos diferentes: total desconsideração, num primeiro momento, em que o domínio económico precede o domínio político; previsão e consolidação, num segundo momento, no qual os direitos fundamentais

passaram a ser tema enfático dos assuntos discutidos na União Europeia, a partir da assinatura do Tratado de Maastricht (Gorjão-Henriques, 2008⁴; Silva, 2010).

1.1.2. De Paris ao Ato Único Europeu

No rescaldo das duas Grandes Guerras os Estados europeus encontravam-se destruídos tanto a nível económico como político. Após tomarem consciência⁵ de que apenas juntos poderiam ultrapassar as dificuldades, “os Seis” (Bomberg, Peterson, & Stubb, 2008, p. 27), Alemanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, juntaram-se ao “movimento de criação de entes jurídicos de carácter pluriestatal” (Ramos, 1999, p. 10) e assinaram em abril de 1951 o Tratado de Paris com o objetivo primordial de integrar independentes de gestão os setores do carvão e do aço. De índole supranacional, no que à intenção, estrutura e conteúdo se referia (Gorjão-Henriques, 2008), nascia assim a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), de cariz marcadamente económico (Weiler, 1999; Witte, 1999), correspondendo à “primeira etapa, como o disseram os seus protagonistas, para uma federação europeia” (Silva, 2010, p. 67).

“A inequívoca aceitação da dimensão supranacional da CECA criou alguma euforia europeísta, resultando em tentativas de constituição de outras organizações internacionais” (Gorjão-Henriques, 2008, p. 41) com o propósito de estabelecerem uma união política coesa (Silva, 2010). Nas palavras de Ramos, “os primeiros tempos de vida desta instituição são[foram] marcados pela tentativa de alargar a construção comunitária (...) a outros dois domínios: o da defesa e o político” (1999, p. 15).

Nesse sentido foi apresentado, em 1952, o projeto de criação da Comunidade Europeia de Defesa (CED), propondo a criação de um exército europeu no sentido de salvaguardar, sobretudo, a posição geográfica da Alemanha face à eclosão da guerra na Coreia e das consequentes investidas da União Soviética (Bomberg, Peterson, & Stubb, 2008; Silva, 2010). Foi também proposta a criação de uma Comunidade Política, que

⁴ O Autor refere que a divisão em duas grandes fases é apenas um “critério possível, visto não haver unanimidade quanto à delimitação temporal” (2008, p. 44).

⁵ Tal como refere Ramos, “Nos anos cinquenta as concepções federais começaram a dar sinais de fraqueza, substituindo-se por uma actuação sectorial, em vez de apostar desde o início em esquemas organizativos de vocação geral. É neste contexto que deve ser observada a declaração de Robert Schuman que em 1950 vem propor, em nome de França, à Alemanha, a criação de uma Alta Autoridade comum que controlaria a produção franco-alemã do carvão e do aço” (1999, p. 15). Podemos considerar que esta Declaração, além de modeladora de consciências, marcou o modelo de construção europeu (Bomberg, Peterson, & Stubb, 2008, pp. 26-27).

absorveria a CED e a CECA, com reflexo em vários domínios, realçando, sobretudo, a importância da proteção dos direitos fundamentais, criando um “Estado federal europeu” (Silva, 2010, p. 73).

Contudo, “O texto originário dos Tratados institutivos das três Comunidades Europeias guardava um prudente silêncio sobre a protecção dos Direitos Fundamentais” (Duarte, 2000, p. 14), uma vez que não ia mais além do que do plano formal, contemplando somente normas que se limitavam a sagrar, expressamente, a obrigação de proteger esses direitos. Porém, essas pretensões não lograram o sucesso esperado uma vez que, em 1954, o Parlamento francês rejeitou os projetos (Bomberg, Peterson, & Stubb, 2008; Silva, 2010), conduzindo a um grande revés nos esforços de unificação política, fazendo antever a convergência de forças no sentido de uma integração económica mais estruturada (Ramos, 1999; Duarte, 2000).

Tal contingência não fez abrandar os esforços integracionistas dos aliados (Bomberg, Peterson, & Stubb, 2008; Silva, 2010). Assim, em 1957, os protagonistas da CECA assinaram em Roma os Tratados que instituíram a Comunidade Económica Europeia (CEE) e Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEA), sem qualquer referência aos direitos fundamentais, nem tão-pouco uma norma consagradora de um princípio geral de proteção (Binder, 1995; Weiler, 1999; Duarte, 2000; Moreira, 2003; Quadros, 2013), salvaguardando a eventualidade de fracasso deste novo projeto.

Assentando numa “fórmula de compromisso intermédia entre dois modelos de governo: o supranacional ou federal (...) e o intergovernamental” (Silva, 2010, p. 108) estes tratados reafirmavam os objetivos de coesão económica a prosseguir: criação de um mercado comum (união aduaneira com a consequente abolição de fronteiras económicas internas), por forma a promover a extinção das barreiras alfandegárias e outras entre os Estados-Membros (EM), e criação de uma política agrícola comum, estabelecendo a livre circulação de produtos agrícolas dentro da CEE, mas também a adoção de políticas protecionistas, permitindo aos agricultores europeus afastar uma possível concorrência com produtos provenientes de países extra-CEE. Embora se denotem os objetivos económicos, é inegável que estas compilações representavam um “typical political compromise” (Bomberg, Peterson, & Stubb, 2008, p. 29) destinado a perdurar, fundando-se numa estrutura institucional triangular, composta pela Comissão Europeia, pelo Conselho (composto por membros dos governos dos EM) e pelo Parlamento Europeu (PE),

inicialmente desprovido de legitimidade política própria (por não ser diretamente eleito) e de poderes decisórios.

Como salientaram Moreira (2003) e Quadros (2013), o silêncio dos Tratados sobre os direitos humanos apenas significava que era desnecessária uma norma específica sobre a matéria, principalmente numa fase tão inicial em que era imperativa a afirmação e integração económicas. De opinião discordante, Duarte referiu que “Se em relação ao Tratado de Paris, o silêncio ainda se pode justificar pela natureza sectorial da integração prevista (indústria siderúrgica e carbonífera), já em relação ao Tratado de Roma um tal silêncio tem um significado político evidente” (2000, pp. 14-15). Considerando os ditames, não é fundado afirmar que esses direitos eram ignorados pelos Estados fundadores. Como expôs Quadros, “Primeiro, o Plano de Schuman (...) anunciava como objetivos da integração europeia (...) “a paz e a liberdade” e o “progresso económico e social” (...)” (2013, p. 172). Depois, as liberdades de circulação dos fatores de produção (liberdades de circulação de mercadorias, trabalhadores, serviços e capitais), ainda que indissociáveis da faceta económica das três Comunidades, eram consideradas como parte integrante do núcleo fundamental do sistema jurídico comunitário (Quadros, 2013)⁶.

Duarte, reformulou o seu entendimento em relação à previsão de direitos fundamentais por parte dos tratados fundadores da UE. A Autora reconheceu que a omissão que havia mencionado anos antes era, “contudo, aparente. Com efeito, algumas das disposições aplicáveis ao funcionamento do mercado comum reconheciam aos cidadãos comunitários (...) certos direitos invocáveis perante os tribunais nacionais ou, de modo mais restrito, perante os tribunais comunitários” (2006, p. 163).

Considerando a previsão dos direitos fundamentais, em nossa opinião, excessivamente camuflada dada a “clara dependência destes direitos em relação ao estatuto de agentes económicos dos seus titulares” (Duarte, 2000, p. 15), não era (estranhamente) equacionado que os particulares pudessem sair lesados nos seus direitos pelo facto de estes não terem “atingido o patamar da autonomia dos Direitos Fundamentais, inerentes à qualidade de indivíduo ou de cidadão” (Duarte, 2000, p. 15). Com efeito, uma vez que a Comunidade possuía poderes legislativos e executivos, dotados de executoriedade direta aos particulares, tinha de se admitir que a Comunidade podia efetivamente lesar os direitos fundamentais de que gozavam ao abrigo das suas constituições nacionais e da CEDH, de

⁶ O Autor salienta que se poderia considerar, ainda, a liberdade de concorrência, acrescentando às quatro liberdades previstas, corroborando o propósito da proteção dos direitos fundamentais no espaço comunitário.

que os seus Estados eram parte. Ora, com a exceção assinalada, o Tratado de Roma era omissivo sobre direitos fundamentais.

Contudo, o progressivo alargamento do raio de ação comunitário veio contrariar as previsões, tornando-se inevitável e necessária a proteção daqueles direitos.

A vertente política regressou à agenda da UE apenas em julho de 1961, com a Cimeira de Bona. Além União, como salientou Silva (2010),

“A preocupação pela salvaguarda dos direitos fundamentais (...) foi reportada ao Conselho da Europa, organização que adoptou em 1950 a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e instituiu para o seu controlo um dispositivo orgânico político-administrativo (a Comissão (...) [e] o Comité de ministros do Conselho da Europa (...)) e um mecanismo jurisdicional, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.

A Declaração adotada na Cimeira de Chefes de Estado e de Governo dos países das Comunidades (Cimeira de Bona), marcando a interrupção da estagnação da vertente política, delineou uma estratégia com o objetivo de “*strengthen the political, economic, social and cultural ties which exist between their peoples, especially in the framework of the European Communities, and to advance towards the union of Europe*” (Community, 1961, p. 35). Ficou assente nesta Cimeira a criação de uma Comissão Intergovernamental (Comissão Fouchet), encarregada de apresentar propostas no sentido da criação de uma União Política Europeia (Ramos, 1999).

Enquanto decorriam os trabalhos no sentido de uma maior defesa dos direitos fundamentais, os particulares, encarados como sujeitos de direito comunitário por força da consolidação dos Tratados comunitários, viram-se forçados a reagir face aos consecutivos episódios excessivos da Comunidade, invocando para tal o seu Direito Constitucional face às normas da ordem jurídica comunitária. É neste contexto que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) passa a ser indagado pelos tribunais nacionais acerca da conformidade das normas comunitárias com os direitos fundamentais previstos nas Constituições nacionais dos EM. Contudo, estava a ser travado um “diálogo de surdos” (Ramos, 1999, p. 18) entre duas orientações distintas da ideia de Comunidade política europeia – por um lado, integração interestadual defendida pela Alemanha, Itália, Bélgica,

Países Baixos e Luxemburgo, por outro, cooperação interestadual (com a criação da União) defendida pela França (Ramos, 1999) –, conduzindo ao “abandono dos projectos de criação de uma nova instância europeia” (Ramos, 1999, p. 18).

Marco de relevo devido à introdução de importantes alterações, ainda que fora do âmbito dos direitos fundamentais, é o Tratado de Bruxelas, assinado em 1965. Este Tratado simplificou o funcionamento das instituições europeias, executando a “fusão” dos órgãos de direção e decisão das três Comunidades e instituindo um orçamento único.

“A ideia de um aprofundamento da cooperação entre os Estados das Comunidades – estendendo-se agora ao nível político – regressaria, no entanto, e desta vez para se impor, no início da década de 70” (Ramos, 1999, p. 18), na sequência da Cimeira da Haia de 1969. Por designação do Conselho Europeu foi constituído um comité de peritos para formular propostas de cooperação política, presidido por Etienne Davignon (Comissão *Davignon*). O projeto, contemplando a criação de um sistema externo com a participação dos EM bem como das Instituições Comunitárias no sentido de conciliar vontades, “viria a funcionar, passando a cooperação política entre os Estados das Comunidade a ser um facto” (Ramos, 1999, p. 18). Embora gerado à margem da órbita comunitária, passou a ser prática formal a partir de dezembro de 1974, aquando da proposta do presidente francês Valéry Giscard d’Estaing na Cimeira de Paris, a realização destas reuniões periódicas, sendo nesse âmbito tratadas com regularidade as matérias em torno da cooperação política.

Não obstante os esforços das Cimeiras, bem como o reforço do reconhecimento pelo TJCE, Quadros (2013) lembra que o caminho de reconhecimento e consagração da proteção dos direitos fundamentais, foi traçado também por vias extrajudiciais, com a adoção de diversos atos que, embora sem carácter vinculativo, demonstraram uma notória relevância política.

Nomeadamente a Declaração Comum do PE, do Conselho e da Comissão, de 05.04.1979, onde eles se comprometem a: “no exercício dos seus poderes e na prossecução dos objetivos das Comunidades Europeias”, respeitarem os direitos fundamentais “tal como eles resultam nomeadamente tanto das Constituições dos Estados-membros como da Convenção Europeia dos Direitos do Homem” (Quadros, 2013, p. 174), que afirma politicamente perante a Comunidade, os princípios relativos ao estabelecimento dos direitos fundamentais (JOCE C 103, 27.04.1977), bem como o Memorando da Comissão sobre a adesão das Comunidades à CEDH, de 25.05.1979, a Declaração Comum do PE, do

Conselho e da Comissão contra o racismo e xenofobia de 11.6.1986 (JOCE C 158 de 25.6.1986), a Declaração de direitos e liberdades fundamentais do PE de 1989 e a apresentação pelo Conselho Europeu de Estrasburgo de 8 e 9 de dezembro de 1989 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais e dos Trabalhadores, foram um enorme contributo para a consagração dos direitos fundamentais no espaço comunitário. Como destacou Gorjão-Henriques, “Todos estes actos, revelam, de modo inequívoco e explícito, a vontade política de respeitar e fazer respeitar os direitos das pessoas – direitos políticos, económicos e sociais –, assumindo a natureza essencial destes direitos na construção comunitária” (Gorjão-Henriques, 2001, p. 21).

Com a entrada em vigor do Ato Único Europeu (AUE), em 1987, o legislador comunitário “inscreveu, pela primeira vez, na matriz institutiva das Comunidades Europeias, uma fórmula genérica de fundamentalização de direitos” (Duarte, 2000, p. 16) fundamentais, ainda que sem força normativa (por constar do preâmbulo), marcando presença somente nos parágrafos três e cinco do preâmbulo deste Tratado (Campos, et al., 2006; Duarte, 2006).

O principal objetivo desta alteração aos Tratados passou a ser reformar as instituições para alcançar uma UE. Nesse sentido foi necessário proceder a alterações relativamente às competências comunitárias que se relacionavam com a tomada de decisões em matéria económica, bem como questões relacionadas com o foro da cooperação política europeia (Silva, 2010). Marcando a “última etapa da Comunidade económica” (Silva, 2010, p. 211), o AUE “traduziu um programa e um objectivo ambicioso” (Silva, 2010, p. 210), deixando a cargo de Maastricht a concretização política das Comunidades.

1.1.3. De Maastricht a Lisboa

Marcando o início da segunda fase de construção da UE – alargamento das atribuições à esfera política, consolidação e aprofundamento dos direitos fundamentais –, o Tratado da União Europeia (TUE), assinado em Maastricht em 1992, é considerado um dos Tratados mais marcantes da história europeia. Duarte qualifica-o de “salto qualitativo” (2000, p. 16), uma vez que “consumou o relançamento da integração assente em três pilares (Comunidade Europeia, Política Externa e de Segurança, Justiça e Assuntos

Internos)” (Silva, 2010, p. 211) e introduziu elementos para uma concreta união política e preparação de uma união económica e monetária.

Este Tratado consagrou, pela primeira vez, uma parte dedicada à cidadania da União (Parte II do TUE). Não obstante a liberdade de circulação de trabalhadores já estar previamente consagrada, com esta nova redação alcança nova configuração, uma vez que a premissa de agentes-económicos (trabalhadores) dá lugar ao vínculo político estabelecido entre a UE e os nacionais dos EM, isto é, ser nacional de um EM é o critério jurídico-político da cidadania europeia (Duarte, 2006).

Somente referidos no preâmbulo do AUE, os direitos fundamentais foram incorporados pelo TUE (Moreira, 2003; Duarte, 2006). Os EM estatuíram, no artigo 6.º, n.º 2 do TUE (ex-artigo F, n.º 2) o respeito pelos direitos fundamentais “tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais” dos EM, assim acolhendo nos Tratados a faceta precoce e incipiente, contudo inevitável, que tinha sido desenvolvida, como veremos, pela “jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União (...) e ergue[ndo] esses mesmos direitos em critérios de conformação da acção da UE” (Ventura, 2001, p. 45).

Nesse sentido, “O indivíduo-agente económico adquire determinados direitos que são reconhecidos e definidos como atributos típicos do indivíduo-cidadão” (Duarte, 2000, pp. 16-17). Todavia, caracterizamos esse respeito como *sui generis*. Sendo certo que os EM reconheceram que era relevante “transformar os Direitos Fundamentais num critério de conformação dos comportamentos políticos” (Duarte, 2000, p. 30) da UE e dos EM, certo é que esses direitos fundamentais eram respeitados somente enquanto princípios gerais de direito Comunitário, como bem elucidada o referido preceito do TUE (Spielmann, 1999; Duarte, 2000), não lhes sendo reconhecida plena autonomia. Em todo o caso, e como esclareceu Duarte (2006),

“O preceito em causa (...) assegura ao Juiz comunitário (...) um mandato expresso com um duplo conteúdo: respeitante, por um lado, ao dever imperativo de observar os direitos fundamentais que se tornou (...) um princípio constitutivo da União Europeia; relativo, por outro lado, à legitimação do método dos princípios gerais de Direito (...).”

Todavia, como bem elucidaram Moreira (2003) e Quadros (2013) este artigo do TUE não vai mais além do que codificar a jurisprudência comunitária sobre a matéria. No que respeita à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), o facto de o TUE prever de forma expressa que a mesma vigora na ordem jurídica comunitária enquanto conjunto de princípios gerais de direito, mostra que a hipótese de adesão por parte da União permanece excluída. Embora Gaja refira que “*The ECHR has acquired special significance (...)in Article 6(2) (ex Article F(2)) of the Treaty on European Union (TEU), which does not refer to any treaty other than the ECHR*” (1999, p. 794), Gorjão-Henriques menciona que “a referência à C.E.D.H. se revela *manca*, porquanto a CE, não tendo aderido a este instrumento, não se encontra sujeita aos mecanismos nele previstos, nomeadamente à jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (2001, p. 33).

O desenvolvimento normativo no sentido do respeito pelos direitos fundamentais na UE prossegue com a revisão dos Tratados iniciada em 1996, mediante a convocação de uma Conferência Intergovernamental (CIG) com esse propósito.

Decorrida entre os dias 29 e 30 de março em Turim, teve como finalidade, como esclareceu Silva (2010),

“proceder à revisão de algumas das (...) disposições para colmatar insuficiências no domínio da integração política: melhorar a eficácia dos mecanismos da cooperação, reforçar a co-decisão legislativa, alargar a intervenção comunitária a outras matérias (...), rever a Política Externa e de segurança e reapreciar a hierarquia dos actos comunitários.”

O processo de revisão, concluído em 1997, ficou marcado com a assinatura do Tratado de Amesterdão, introduzindo alterações e inovações no tocante à “criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça; relação da união com os cidadãos (salvaguarda dos direitos fundamentais e dos interesses concretos dos cidadãos); eficácia da política externa e de segurança; alterações no funcionamento e nas competências institucionais” (Silva, 2010, p. 237).

Este Tratado começou por aditar ao preâmbulo do TUE “(...) um parágrafo dedicado aos “direitos sociais fundamentais, tal como definidos na Carta Social Europeia

(...) e na carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989” (Duarte, 2006, p. 170), fazendo antever o que se avizinhava, como evidenciou Witte (1999):

“the Treaty of Amsterdam (...) does not provide the EC or the EU with the power to accede to the European Convention on Human Rights which, due to the position adopted by the ECJ in Opinion 2/94, means that the EC will not be able to become a party to the Convention in the coming years.”

Não obstante proceder à reforma das instituições de modo a preparar a adesão de mais países à UE, este Tratado modificou profundamente o artigo F, n.º1, na redação de Maastricht, referindo-se aos “princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito” (artigo 6.º, n.º1, TUE), como princípios jurídico-constitucionais nos quais a União se baseia, sendo comuns aos EM.

Como forma de garantir o respeito pelos direitos fundamentais, recorrendo a instrumentos típicos de condicionamento político (Duarte, 2000), esta disposição é reforçada com a introdução do preceito 7.º TUE, caracterizado por Witte como *“spectacular but will not meaningfully affect the work of the ECJ”* (1999, p. 884), onde é prevista a possibilidade de tomada de medidas contra os seus próprios EM, caso se verifique a existência de violações graves e persistentes aos princípios basilares da União, em conjugação com o disposto no artigo 309.º do TCE (AA.VV., 2001; Moreira, 2003)⁷.

É também significativa a alteração do artigo L (46.º TUE), que corrigindo a anomalia criada em Maastricht (Witte B. , 1999) veio alargar as competências do TJCE. Segundo a alínea *d*) desta norma o TJCE passa a ter competência, no âmbito do artigo 6.º, n.º 2 TUE, no que respeita “à acção das Instituições, na medida em que (...) seja competente nos termos dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e nos termos do presente Tratado” (artigo 46.º, alínea d), TUE).

Quadros dá conta do importante objetivo alcançado com esta alteração: “passava a ter fundamento *no próprio Tratado* a fiscalização pelo TJUE do respeito pelos direitos

⁷ A razão pela qual foi proposta a inclusão desta norma relacionou-se com o previsível alargamento da União às recentes democracias dos Estados do Centro e do Leste da Europa (Moreira, 2003; Quadros, 2013).

fundamentais pela União e pelas Comunidades” (2013, p. 179)⁸. Não desvalorizando as metas alcançadas, os particulares não viram alargada a sua legitimidade ativa, não podendo interpor recurso de anulação, tal como previa “o então artigo 230.º CE, e, concretamente, não ter sido criado um recurso direto para os Tribunais da União pela violação de um direito fundamental” (Quadros, 2013, p. 180).

É no Tratado de Amesterdão que se confirma expressamente a pertinência dos direitos fundamentais no que às condições de adesão à UE diz respeito. Assim, qualquer Estado da Europa que respeite os princípios assentes no artigo 6.º, n.º 1 do TUE, pode dirigir um pedido à União para se tornar membro (artigo 49.º do TUE). Ou seja, respeitar aquele conteúdo normativo apresenta-se como *conditio sine qua non* para adquirir o *status* de membro da União (AA.VV., 2001; Quadros, 2013).

Além disso, conquanto se revele “patente o carácter limitado e vago da “comunitarização” das obrigações dos Estados-membros” (Duarte, 2006, p. 168) relativamente aos direitos sociais (Quadros, 2013), o Tratado de Amesterdão inseriu um novo Título XI, sob a epígrafe *Política Social, Educação, Formação Profissional e Juventude*, integrando, de forma expressa, vários aspetos da Carta Social Europeia e da Carta Comunitária dos Direitos Sociais. Apesar de reforçado o controlo pelo respeito destas normas, o facto de não existir qualquer “referência àqueles textos no artigo 6.º, n.º 2, UE, impedia o controlo jurisdicional do respeito por aqueles direitos” (Quadros, 2013, p. 185).

Prevendo um maior número de normas respeitantes aos direitos fundamentais, é, ainda assim, irremediável afirmar, com Duarte (2000) e Moreira (2003), que esta reforma dos Tratados ainda revela uma “previsão casuística, dispersa, avulsa” (Duarte, 2000, p. 18), que não conseguiu serenar o tom crítico dos que clamavam por uma profunda transformação do modelo comunitário no que à tutela de direitos fundamentais respeitava.

As críticas apontadas destacavam o modelo apresentado como sendo insuficiente relativamente à forma e ao âmbito de proclamação dos direitos fundamentais, fazendo a mesma apreciação quanto aos meios de garantia contenciosa, devido à subordinação ao carácter pretoriano de decisão do TJCE (Duarte, 2000). Critica-se também a supressão de uma cláusula integrante do III Pilar do Tratado de Maastricht que aludia de modo expreso a determinados instrumentos internacionais (CEDH e Convenção das Nações Unidas

⁸ Também, Spielmann (1999), AA.VV. (2001) e Ventura (2001) observaram esta circunstância.

relativa ao Estatuto dos Refugiados) e nacionais de proteção das pessoas, sobretudo as que são perseguidas por razões políticas (Duarte, 2006).

As questões pendentes que em Amesterdão “tinham ficado por resolver e para as quais urgia encontrar uma solução” (Ramos, 2001, p. 175) entre as posições avançadas – por um lado, a aprovação de um catálogo de direitos e liberdades fundamentais próprio da União, por outro lado, a adesão formal à CEDH e aos mecanismos de proteção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) –, redundaram num pedido de apreciação da Comissão dirigido ao TJUE, para aferir da possibilidade de adesão à CEDH, culminando num parecer negativo⁹ relativamente à anuência a tal mecanismo internacional, ficando bem assente que apenas pela via da modificação dos Tratados tal seria admissível.

Ainda no campo das modificações normativas, as alterações introduzidas em Nice (assinado em 2001) são de índole essencialmente institucional. Procedendo à reforma das instituições, por forma que a UE pudesse funcionar de forma eficaz com 25 países, conferiu carácter despiciendo à temática relativa à proteção dos direitos fundamentais (Quadros, 2013).

Ainda assim, merecem consideração duas inovações introduzidas por esta revisão. A primeira reporta-se a uma reformulação do n.º1 do artigo 7.º do TUE. A proteção dos direitos fundamentais ganhou território uma vez que, caso existisse “um risco manifesto de violação grave” de qualquer princípio constante no n.º1 do artigo 6.º poder-se-iam fazer as recomendações necessárias ao EM em causa. A segunda novidade refere-se novo artigo 181.º-A do Tratado CE. No n.º1, parágrafo 2, daquele artigo estabeleceu-se, em matéria de *cooperação económica, financeira e técnica com os países terceiros*, que a política da União contribui para “o objetivo geral de desenvolvimento e consolidação da democracia e do Estado de Direito, bem como para o “objetivo de respeito pelos direitos humanos e das liberdades fundamentais”. Como chama a atenção Quadros “Embora a Comunidade já observasse esta conduta nas relações com Estados terceiros (...), o respetivo Tratado era até agora omissivo sobre a matéria” (2013, p. 187).

Entretanto, as Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Colónia, de 3 e 4 de junho de 1999 e do Conselho Europeu de Tempere, de 15 e 16 de outubro de 1999, afirmaram, respetivamente, a necessidade de elaboração de uma Carta de direitos

⁹ *Infra*, 3.1.

fundamentais, bem como a composição, método de trabalho e procedimento a adotar por um organismo criado para o efeito.

A originalidade do procedimento seguido, a reunião de todos os agentes comunitários, bem como a abertura dos trabalhos à sociedade civil, constituem pontos de interesse no que respeita à elaboração do projeto da Carta, aos quais dedicaremos particular atenção em ponto autónomo no âmbito desta dissertação. Para já, bastamo-nos com a indicação de que a CDFUE foi proclamada em dezembro de 2000, em Nice, e, embora desprovida de carácter vinculativo *ab initio*, dotou, finalmente, a ordem jurídica comunitária de um sistema escrito de proteção de direitos fundamentais, contribuindo para a superação do método pretoriano até aí utilizado.

Corroborando o que afirmou Gorjão-Henriques, efetivamente as previsões normativas consagradas nos textos comunitários acabaram por “incluir e reconhecer, de forma progressivamente crescente, um importante conjunto de direitos fundamentais que vinculam os órgãos das Comunidades e União, os Estados membros, as pessoas físicas e as pessoas colectivas” (Gorjão-Henriques, 2001, p. 22).

Porém, o carácter evolutivo da União, apontava no sentido de uma nova reforma dos textos comunitários bem como da própria organização institucional da União, como antecedentes da materialização de um tratado constitucional. Para tanto, no âmbito da Cimeira de Laeken de dezembro de 2001 foi aprovada uma *Declaração sobre o futuro da União Europeia* e convocada uma *Convenção sobre o Futuro da Europa*, com a finalidade de preparem o projeto do novo tratado.

Nesse sentido, a Convenção foi chamada a responder a determinadas questões provindas da Declaração, nomeadamente no âmbito dos direitos fundamentais – saber se se demonstrava conveniente incluir a CDFUE no texto base do novo Tratado e analisar a possibilidade de adesão à CEDH – bem como avaliar a possibilidade de adoção de um texto constitucional por parte da União, tendo em conta todo o expediente de reestruturação e simplificação previstos (Moreira, 2003).

O projeto de constituição europeia elaborado pela Convenção (que não possuía mandato expresse para apresentar uma constituição) não reuniu o consenso dos Chefes de Estados e de Governo reunidos em Bruxelas, em 12 e 13 de dezembro de 2003, devido, principalmente à definição das regras de apuramento da maioria qualificada. Desse modo, o projeto de constituição viu-se adiado (Martins, 2004).

Neste Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE), no âmbito da progressiva consolidação dos direitos fundamentais, destacam-se a Parte I contendo “as normas e os princípios que estruturam a União” (Martins, 2004, p. 764), tendo, portanto, conteúdo intrinsecamente constitucional (Martins, 2004). Por outro lado, a Parte II, “por remissão do art. 7.º, n.º 1, da Parte I, incorpora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não sem antes nela incluir algumas alterações¹⁰ em relação ao texto aprovado pela Convenção da Carta, adoptado em Nice” (Martins, 2004, p. 764).

Nas palavras de Curtin & Ooik, a melhor forma de conferir carácter vinculativo à CDFUE seria “*incorporate the (revised) text of the Charter in Title I of the Treaty on European Union ('Common Provisions')*”, contribuindo esta incorporação para o “*first step along the road of adopting a more formal Constitution of the European Union*” (2001, p. 112).

Relativamente ao regime jurídico vigente, este projeto, propõe uma série de alterações nos vários níveis de atuação da UE, embora não altere “radicalmente o estatuto jurídico da União Europeia” (Duarte, 2006, p. 177).

Do ponto de vista do foro dos direitos fundamentais, o Tratado Constitucional, por via da incorporação da CDFUE, bem como pela inclusão da previsão expressa para a adesão à CEDH (Martins, 2004), “como solução complementar em ordem a garantir o aperfeiçoamento do mecanismo de protecção dos direitos fundamentais da União” (Duarte, 2006, pp. 178-179) permite alargar o raio de conformação da protecção dos mesmos.

Após submetido a ratificação aos EM, em outubro de 2004, o Tratado Constitucional, cuja entrada em vigor estava prevista para 2006, foi recusado, por referendo, pela França e pelos Países Baixos em maio e junho de 2005, respetivamente (Mesquita, 2008; Martins, 2013).

Uma vez mais, os esforços no sentido de unificação política, nomeadamente no que se refere a mecanismos de protecção dos direitos fundamentais mais rígidos – onde a CDFUE era apresentada de modo adaptado “à sua futura função de catálogo vinculativo de direitos fundamentais da União Europeia” (Duarte, 2006, p. 180), correspondendo a uma maior visibilidade, centralidade e coerência sistemática e axiomática (Duarte, 2006, pp.

¹⁰ Búrca (2001) refere a possibilidade de existirem duplicações de normas de protecção dos direitos fundamentais, bem como a sobreposição de normas, caso a Carta integrasse o texto dos tratados. A solução seria promover alterações ou na Carta ou nos Tratados.

183-185) –, são abalados, sendo que a solução que venha a ser implementada se mostra condicionada pela unanimidade dos EM (Duarte, 2006).

Nesse sentido, decidiu-se no âmbito da CIG, realizada em Bruxelas, em 21 e 22 de junho de 2007, que era chegado o momento de “elaborar um (...) “*Tratado Reformador*” que altere os Tratados em vigor no sentido de reforçar a eficiência e legitimidade democrática da União alargada (...) e a coerência da sua acção externa” (Conclusões de Bruxelas, 2007, pp. 15, Anexo I).

A redação deste projeto de Tratado, a apresentar à CIG, coube à presidência portuguesa, respeitando os termos do *mandato* (Conclusões de Bruxelas, 2007). Contudo, como evidenciou Mesquita, dada a brevidade da elaboração de um novo projeto, colocava-se uma pertinente questão: “é o *Tratado de Lisboa* um verdadeiro *novo* Tratado que se traduz numa verdadeira inversão dos moldes de evolução da (...) UE delineados no TECE, ou é uma mera reformulação de cosmética política (...) do TECE?” (2008, pp. 553-554). A resposta dada pela CIG parece esclarecedora: “É posto de parte o conceito constitucional, que consistia em revogar todos os Tratados em vigor, substituindo-os por um texto único denominado “Constituição”” (Conclusões de Bruxelas, 2007, pp. 15, Anexo I).

No entanto, seria erróneo pensar-se que existiu um corte radical com a reforma dos Tratados lançada no TECE, até porque não se pode “ignorar o facto de o TECE ter sido aprovado e ratificado (e, em alguns casos positivamente referendado pelos cidadãos) por um número significativo de Estados membros” (Mesquita, 2008, p. 554). Embora com notórias diferenças, não ocorreu uma alteração substancial em relação ao TECE (Silva, 2010): “no essencial há muito do TECE no *Tratado de Lisboa*” (Mesquita, 2008, p. 554).

Mantendo a estrutura dualista TUE/TCE (Mesquita, 2008)¹¹ – “A União continua a não se fundar num “texto único”” (Piçarra, 2013, p. 17) –, mas desaparecendo “a referência no Direito originário ao actual fundamento tripartido da União” (Mesquita, 2008, p. 559), bem como desaparecendo o termo *Constituição*; o *Ministro dos Negócios Estrangeiros da União* dá lugar ao *Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança*; os termos *Lei* e *Lei-Quadro* serão substituídos pelos anteriores *Regulamentos*, *Diretivas* e *Decisões*; são retiradas a indicação explícita ao

¹¹ No âmbito da reforma implementada, o TUE (fundado no Tratado de Maastricht) passou a elencar um conteúdo diferente, apesar de permanecer com a mesma designação. Já o TCE (originário do Tratado de Roma) passou a apresentar-se como Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), organizando não só o funcionamento da UE, mas também, determinando os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências.

euro como moeda única da UE e a referência aos símbolos da UE (bandeira, hino e lema) (Conclusões de Bruxelas, 2007); “deixa de ser explicitamente afirmado no texto do novo tratado o primado do direito europeu sobre o direito nacional, mas é salvaguardado como se lá estivesse” (Silva, 2010, p. 291), o Tratado de Lisboa congrega “o conjunto mais ambicioso de alterações especificamente pensadas para dar resposta às exigências de garantia dos direitos fundamentais na *União de Direito*” (Duarte, 2013, p. 81), pretendendo alcançar a concretização de uma UE mais democrática e eficaz, capaz de responder às crescentes adversidades a nível mundial, *falando* a uma só voz em nome dos cidadãos europeus (Quadros, 2013), como consequência do “reforço do protagonismo e dos poderes do Parlamento Europeu, enquanto órgão representativo dos cidadãos europeus, expressão de uma União de Povos” (Vitorino, 2013, p. 42).

As principais alterações introduzidas, em relação a 2004 relacionaram-se, sobretudo, com a delimitação das respetivas competências da UE e dos seus EM – como referiu Piçarra, com o Tratado de Lisboa passaram a ser elencadas pela primeira vez as competências exclusivas da União, as competências partilhadas com os Estados-Membros e ainda uma terceira categoria denominada competência (da União) “para desenvolver acções destinadas a apoiar, coordenar ou completar a acção dos Estados-Membros” (artigos 2.º a 4.º e 6.º do TFUE)” (Piçarra, 2013, p. 26) –, nomeadamente, como se esclareceu nas Conclusões de Bruxelas (2007),

“com a natureza específica da política externa e de segurança comum, com o reforço do papel dos Parlamentos nacionais, com o tratamento da Carta dos Direitos Fundamentais, e bem assim com um mecanismo, no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal”.

Em matéria de direitos fundamentais, o artigo 6.º do TUE dita a continuação da proteção dos direitos fundamentais na UE: o n.º 1 incorpora a CDFUE nos Tratados; o n.º 2 estabelece a adesão da UE à CEDH (Silva, 2010; Duarte, 2013); já o n.º 3 afirma, repetindo a versão sagrada em Maastricht, que os direitos fundamentais tal como garantidos pela CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos EM, vinculam a UE “enquanto princípios gerais do Direito Comunitário” (artigo 6.º, n.º 2 do TUE, Maastricht), pelo que “fazem parte” (artigo 6.º, n.º 3 do TUE), do direito da União.

Também o artigo 7.º, relativo à violação dos direitos fundamentais pelos EM, sofreu alterações relativamente ao que se havia consagrado em Nice. Dessa forma, “o risco de violação ou a violação dos princípios enunciados no antigo artigo 6.º, n.º 1, UE, é agora referido aos valores do artigo 2.º UE” (Quadros, 2013, p. 192). Assim, depois de ouvido o EM em causa, pode o Conselho dirigir-lhe recomendações. No âmbito do n.º 2, a alteração mais relevante consistiu na substituição do *Conselho* pelo *Conselho Europeu*. Também no n.º 5 deste preceito se verificaram alterações, nomeadamente quanto às regras de votação aplicáveis para efeitos do caso em questão. Reforçando este renovado artigo 7.º do TUE, é estabelecida, no artigo 269.º do TFUE, competência ao TJUE “para se pronunciar sobre a legalidade de um acto adoptado pelo Conselho Europeu ou pelo Conselho nos termos do artigo 7.º” (artigo 269.º do TFUE), nas condições aí previstas, respeitando as disposições processuais aí presentes.

No que diz respeito à CDFUE, o TL ficou aquém dos esforços no âmbito do TECE (Silva, 2010). Segundo o *mandato*, “o texto da Carta dos Direitos Fundamentais não será integrado nos Tratados” (Conclusões de Bruxelas, 2007, pp. 17, Anexo I), embora lhe seja conferido valor juridicamente vinculativo e o seu âmbito de aplicação definido (Conclusões de Bruxelas, 2007), o que, não pode deixar de ser considerado como “um avanço no sentido da constitucionalização da União” (Martins, 2013, p. 73), sendo inegável que a dimensão da UE sai reforçada, tanto pelo reconhecimento de força vinculativa à CDFUE (Botelho, 2013), como pela decisão de adesão à CEDH (Vitorino, 2013).

Apesar de a CDFUE passar a ser “parte integrante do *hard law*” (Martins, 2013, p. 73) da UE, apresentando o mesmo valor que os Tratados e beneficiando dos mesmos meios de garantia que as disposições dos Tratados, ela não vincula todos os EM (Silva, 2010; Quadros, 2013): por meio de um protocolo, o “Reino Unido e a Polónia obtiveram o acordo dos restantes Estados-Membros sobre a não aplicação da Carta nos respectivos ordenamentos jurídicos” (Duarte, 2013, p. 94), aos quais se juntou a República Checa em 2009, “fazendo depender a sua ratificação do Tratado de Lisboa (...) da satisfação desta exigência” (Duarte, 2013, p. 94). Furtando-se à vinculatividade da CDFUE, estes três EM, pretendendo “salvaguardar preocupações domésticas” (Pais, 2014, p. 143) encabeçam mais um duro golpe ao compromisso de proteção dos direitos fundamentais pela UE (Duarte, 2013). Aliás, como referiu Mesquita, este “Protocolo traduz-se num *opt-out* voluntário (...)

segundo o qual não poderá existir um processo de incumprimento (...) em relação a certas disposições da Carta” (Mesquita, 2008, p. 563).

Acompanhando o que disse Duarte relativamente à conduta destes EM, “não se compreende, nem aceita, a existência de blocos de normatividade de configuração variável” (2013, p. 94) dado que os direitos proclamados pela CDFUE não geram obrigações *ex novo*, confirmando direitos já acolhidos e reconhecidos como para integrante do Direito da UE – *ex vi*, CEDH e tradições constitucionais comuns aos EM (AA.VV., 2012, p. 1341) –, e seu elenco normativo remete para as legislações e práticas nacionais dos EM (Duarte, 2013). Esta posição representa uma “vontade política contrária que pode, e sublinhe-se o absurdo da situação, ser exercida para impedir uma revisão da Carta no sentido do aprofundamento do seu escopo de garantia (v. artigo 48.º, n.º 2, do TUE)”(Duarte, 2013, p. 95).

O aspeto mais inovador no âmbito dos direitos fundamentais foi conseguido pelo artigo 6.º, n.º 2 do TUE onde se sagrou a adesão da UE à CEDH. Contudo, trata-se de um objetivo de realização futura, não tendo este preceito concretização imediata (Duarte, 2013). Destaca-se, ainda assim, que esta adesão “se deverá realizar segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União”, sendo estabelecido “um diálogo regular entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (...) que poderá ser reforçado quando a União aderir àquela Convenção” (AA.VV., 2012, p. 1341).

Não obstante essa limitação, o TL representa e consagra o panorama mais avançado de proteção dos direitos fundamentais no seio da UE.

1.2. O reconhecimento pretoriano dos direitos humanos

Apesar de ausência de proteção nos Tratados, a construção do quadro de proteção dos direitos fundamentais foi-se consolidando desde cedo através das decisões proferidas pelo órgão jurisdicional das Comunidades.

Refletindo a urgência de proteção dos particulares face aos atos normativos e administrativos da União, à margem dos Tratados, a tarefa do TJCE não se revelava fácil. A “ausência total de disposições dos Tratados” (Soares, 2002, pp. 11-12) traduzia-se na convocação, pelos particulares, de normas nacionais consagradoras de direitos

fundamentais para aferirem da validade dos atos comunitários, o que representava um verdadeiro risco para a incipiente autonomia do direito comunitário. O caráter persistente, sobretudo, dos tribunais constitucionais alemão e italiano, no que concerne ao desrespeito pelas (suas) normas constitucionais sobre direitos fundamentais, pesou de maneira determinante no rumo tomado pelo Juiz Comunitário. Estes países pautavam-se pela salvaguarda dos direitos fundamentais, que ocupava lugar central nos respetivos textos constitucionais, com a finalidade de proteger os seus cidadãos face ao incremento da produção normativa e administrativa comunitária, dado o sofrimento experienciado, consequência das atrocidades cometidas contra os direitos fundamentais. Como destacou Weiler (1999):

“How could one expect the constitutional and other high courts of the Member States (...), at the time, Germany and Italy, to accept the direct effect and supremacy of Community norms without an assurance that human rights would be protected within the Community legal order and, critically, that individuals would not lose any of the protections afforded under national constitutions?”

Inicialmente as decisões mostraram-se prudentes, afirmando que não competia ao tribunal comunitário salvaguardar os direitos fundamentais estabelecidos nas constituições dos EM, visto estas não vincularem as instituições comunitárias. Foram elas gradualmente implementando as linhas basilares do sistema de proteção dos direitos fundamentais aquando dos chamados realizados pelos particulares, alegadamente lesados nos seus direitos.

Cada acórdão constituía uma peça fundamental na estruturação do sistema de proteção. Num primeiro momento, o TJCE não se debruçou sobre a vinculação dos atos da Comunidade aos direitos fundamentais, dado que estes não eram reconhecidos pelo Juiz Comunitário como parâmetro para aferir da validade de tais atos. Estávamos, portanto, numa fase de total desconsideração.

Como destacou Gorjão-Henriques, “A CEE não tinha de garantir direitos fundamentais, apesar do respeito que os Estados membros constitucionalmente lhes tributavam” (Gorjão-Henriques, 2001, p. 27). A CEE só estava vinculada aos Tratados.

Os acórdãos *Stork* (fevereiro de 1959), *Consórcio do carvão do Ruhr* (julho de 1960) e *Sgarlata* (abril de 1965) ilustram esta jurisprudência. O que preocupava, à época, o Tribunal era a imposição do direito comunitário (Witte, 1999; Duarte, 2000; AA.VV., 2001; Medeiros, 2001; Moreira, 2003) como ordem jurídica autónoma, bem como a supressão de quaisquer exceções, ainda que provindas de Direito Constitucional nacional sobre direitos fundamentais, que o pudessem relativizar. Reforço dessa receção material foi, sem dúvida, a construção/evolução jurisprudencial no sentido do reconhecimento e aperfeiçoamento do primado do direito comunitário.

Foi nos acórdãos *Van Gend & Loos* (fevereiro de 1963) e *Costa c. ENEL* (julho de 1964), suscitados sobre questões de proteção dos direitos fundamentais, que a primazia do Direito Comunitário na ordem jurídica dos EM ganhou maior visibilidade¹², não como consequência do acaso, mas antes como resultado de uma estratégia delineada, dadas as consecutivas demandas por parte dos Tribunais constitucionais nacionais.

Como esclareceu o Juiz Comunitário no caso *Van Gend & Loos*: “a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais” (1963, p. 210). Já no acórdão *Costa c. ENEL*¹³ referiu que:

“Ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada (...) especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios. Esta integração (...) de disposições provenientes de fonte comunitária (...) têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor. Com efeito, a eficácia do direito comunitário

¹² “In the 1963 *Van Gend en Loos* case, the Court established the doctrine of direct effect, which mandated the EU citizens had a legal right to expect their governments to adhere to their European obligations. In 1964 (*Costa v. ENEL*), the Court established the supremacy of EU law, which means that if domestic law contradicts an EU obligation, European law prevails.” (Bomberg, Peterson, & Stubb, 2008, p. 62).

¹³ Segundo Gorjão-Henriques, este acórdão “é considerado a edição *princeps* do princípio do primado ou da prevalência na aplicação” (2012, p. 322).

não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior” (1964, p. 555).

No entanto, a única forma de o juiz comunitário conjugar a autonomia e primazia do direito comunitário com a pressão dos tribunais nacionais para fazer valer os direitos fundamentais contra os atos comunitários era afirmar que a ordem jurídica comunitária também integra a proteção dos mesmos direitos fundamentais. A única forma de travar a influência das constituições nacionais neste domínio foi, através de um ativismo judicial (não raras vezes censurado), reconhecer de modo pretoriano os direitos fundamentais na Comunidade. A necessidade de defesa da ordem jurídica comunitária face às investidas das jurisdições nacionais, impôs este modelo de salvaguarda de direitos fundamentais (Gaja, 1999).

O Acórdão proferido no âmbito do caso *Stauder* (novembro de 1969) marca a mudança de pensamento quanto ao papel dos direitos fundamentais no seio do ordenamento jurídico comunitário: “*the ECJ broke the ‘silence of Treaty’ (...) where it hinted at the fact that fundamental rights might be part of the general principles of Community law*” (Witte, 1999, p. 867). Com este acórdão passamos para uma fase de reconhecimento ativo dos direitos fundamentais, “compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal” (Stauder, 1969, p. 160), marco em larga medida evidenciado no meio doutrinário, nomeadamente, Spielmann (1999, p. 762), Weiler, (1999, p. 108), Lenaerts & Smijter (2001, p. 90), Soares (2002, p. 12) e Pais (2014, pp. 138-139).

Em causa estava uma decisão da Comissão segundo a qual a oferta de manteiga a preço reduzido para os beneficiários de determinados regimes de assistência social dependia da divulgação do nome do beneficiário junto dos vendedores. Nesse sentido, o Tribunal alemão, que julgava o processo instaurado pela vítima de alegada discriminação, dirigiu ao TJCE uma questão, com a qual pretendia saber se a decisão da Comissão seria “compatível com os princípios gerais do direito comunitário vigentes (...)?” (Stauder, 1969, p. 158). Embora tivesse concluído pela ausência de incompatibilidade, o TJCE admitiu explicitamente o respeito pelos direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito comunitário.

No entanto, como salienta Duarte, “A “comunitarização” dos direitos fundamentais pelo recurso aos princípios gerais de direito fora já proposta pelo Advogado-Geral Lagrange no caso *Compoitrs*” (2000, p. 20), pelo que este *avanço* era considerado uma simples enunciação no plano comunitário do princípio do respeito pelos direitos fundamentais, demonstrando-se insuficiente e, deixando uma resposta incerta tanto para os métodos de protecção como para a questão das fontes dos direitos fundamentais (Duarte, 2000; AA.VV., 2001). Aliás, como refere Duarte (2006),

“Nesta fase, importa destacar as duas condicionantes principais (...) que (...) tornaram esta solução inevitável e inadiável: por um lado, os Tratados não previam um catálogo de direitos fundamentais, nem sequer uma cláusula genérica de protecção; por outro lado, o direito dos seis Estados-membros, com formulações diversas, instituíam esta protecção como elemento medular da própria ideia de Direito que os respectivos sistemas jurídicos partilhavam”.

No caso *Internationale Handelsgesellschaft* (dezembro de 1970) o TJCE esclarece que “o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça” (*Internationale Handelsgesellschaft*, 1970, p. 629), acautelando, que a salvaguarda desses direitos, embora inspirada nas tradições constitucionais comuns aos EM, deve ser feita no âmbito da estrutura e dos objetivos da Comunidade, iniciando assim a concretização da noção material de princípios gerais de direito. Esclarecendo o que havia ficado em aberto nos casos *Consórcio do carvão do Ruhr* e *Stauder* (Ramos, 2001), o Juiz Comunitário *recorda*, neste acórdão, com uma “reformulação actualizada (...) o princípio da prevalência do direito comunitário” (Gorjão-Henriques, 2001, p. 31):

“a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado, contrariando inevitavelmente a expectativa do *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main* de que o Direito Comunitário deveria ceder perante os princípios da Lei Fundamental alemã.”

Neste caso, o TJCE concluiu que o regime comunitário *in casu* não se demonstrava incompatível, visto que a limitação imposta aos agentes económicos era “a consequência normal de um regime de organização dos mercados concebido segundo as exigências do interesse geral, definido pelo artigo 39.º do Tratado” (Internationale Handelsgesellschaft, 1970, p. 631).

Inaugurando a terceira fase na jurisprudência comunitária, o caso *Nold* (maio de 1974) deu um grande passo para o estabelecimento da garantia efetiva dos direitos fundamentais, por recurso a critérios materialmente amplos. No âmbito deste processo era pedida a anulação, por parte de uma sociedade alemã, de uma decisão da Comissão que elencava regras de venda relativas ao carvão (venda em grosso), tornando-o mais oneroso no momento da sua compra, restringindo, conseqüentemente, o número de possíveis compradores. Como destacou o Advogado-Geral Alberto Trabucchi (1974) nas conclusões deste caso “O agravamento das condições de admissão às compras em primeira mão é justificado essencialmente pelos imperativos de racionalização do comércio de carvão, tendo em consideração a recessão progressiva que atingiu este sector” (Conclusões Nold, 1974, p. 293). A requerente entendia que se encontravam violados o princípio da não discriminação e os seus próprios direitos fundamentais.

“A favor de uma abordagem mais activa da posição dos direitos fundamentais” (Soares, 2002, p. 13), desta vez o Juiz Comunitário não se referiu apenas aos princípios gerais de direito, mas também às tradições constitucionais comuns aos EM, às próprias Constituições dos EM, bem como aos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do Homem nos quais os EM colaboram ou aos quais aderiram (Nold, 1974). Este vasto elenco materializou o “conjunto normativo de revelação dos direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo Juiz Comunitário, em cooperação com os tribunais nacionais” (Duarte, 2000, p. 21). Como destacou Ramos (1994), o facto de a requerente não ter visto satisfeita a sua pretensão em nada contraria a evolução na proteção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário. Aliás, o Tribunal recordaria

“(…) que tais direitos não são absolutos, devendo ser considerados à luz da função social dos bens e actividades protegidas, o que legitima a introdução de limitações em favor do interesse público; limitações no número das quais se

contariam, designadamente as constantes da decisão da Comissão que era objecto do protesto da requerente.”

Acompanhando Soares (2002), referimos que esta mudança no rumo jurisprudencial pode justificar-se por duas considerações: uma, respeitando à perceção por parte do TJCE de que a concretização nacional de atos comunitários poderia suscitar situações em que os direitos fundamentais dos particulares poderiam ser seriamente atingidos, hipótese não considerada aquando da elaboração dos Tratados. Outra, relativamente ao ativismo judicial deste tribunal no que respeita à matéria dos direitos fundamentais, não podendo o seu papel “deixar de ser considerado no contexto específico do relacionamento entre as ordens jurídicas nacionais e comunitárias” (Soares, 2002, p. 14), à época consideradas.

Reforçada a garantia dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário, também os instrumentos internacionais referentes à proteção dos direitos humanos se revelaram um enorme contributo para a sua consagração. No acórdão *Nold*, o Tribunal aludiu diretamente ao Direito Internacional como fonte de direitos fundamentais garantidos pelo Juiz comunitário, sendo que a primeira menção expressa à CEDH surgiu no caso *Rutili* (outubro de 1975), no qual o Tribunal referiu que:

“as limitações aos poderes dos Estados-membros em matéria de polícia de estrangeiros apresentam-se como a manifestação específica de um princípio mais geral consagrado pelos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da Convenção para Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (...) e do artigo 2.º do protocolo n.º 4 da mesma convenção.”

Também nos casos *Prais* (outubro de 1976), *Hauer* (dezembro de 1979) e *Pecastaing* (março de 1980) a CEDH se revelou instrumento chave para a sentença manifestada pelo Tribunal. Como escreveu Duarte, “o Tribunal sabia que não poderia obnubilar a CEDH no processo de revelação de direitos fundamentais como princípios gerais de Direito” (2006, p. 99), uma vez que ela representava um “instrumento de construção progressiva do catálogo comunitário de direitos fundamentais” (Duarte, 2006, p. 105).

No primeiro caso, a propósito da realização de provas no âmbito de um procedimento de recrutamento para um emprego, a requerente, não podendo estar presente na data prevista para a realização de uma prova por motivos religiosos invocou o n.º 2 do artigo 9.º da CEDH, relativo à liberdade de manifestação de religião ou convicção, afirmando que esta não pode ser sujeita a restrições diversas daquelas contempladas pela lei. Contudo, foi rejeitado o pedido da requerente, uma vez que neste caso não colhia aplicação qualquer norma da CEDH, sendo a requerente plenamente responsável pelo sucedido, já que não avisou tempestivamente não poder comparecer nos referidos exames por motivos religiosos (Prais, 1976, p. 1595). Ademais, tal como salvaguardou a Primeira Secção,

“La libertà di professione religiosa negli Stati membri non costituisce un diritto fondamentale assoluto e incondizionato. In alcuni casi il diritto è concesso previa adeguata notifica di determinati elementi. In altri casi il diritto può esser negato se può pregiudicare alcuni interessi della popolazione o dei singoli”.

Já no segundo caso, era discutida a validade de uma disposição constante de um regulamento comunitário (Regulamento CEE do Conselho da Comunidade Europeia, de 17 maio 1976, n.º 1162, na versão estabelecida pelo Regulamento CEE do Conselho, de 23 de novembro de 1978, n.º 2776) que proibia, por um período de três anos, novas plantações de vinha. O Tribunal, pronunciando-se acerca desta restrição, teve em consideração a conceção de direito de propriedade, *“diritto fondamentale costituzionalmente garantito da tutti gli Stati membri e che ha, quindi, valore di norma costituzionale anche sul piano comunitario”* (Hauer, 1979, p. 3733), *“sia alla stregua dell'articolo 1 del primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”* (Conclusões do Advogado-Geral Francesco Capotorti, 1979, p.3765), concluindo que o referido Regulamento não entra em conflito com nenhum dos princípios do direito comunitário. Ficou assente que *“a partir desta altura a vinculação das Comunidades à garantia dos direitos fundamentais não deixaria de ser uma constante da jurisprudência do Tribunal de Justiça”* (Ramos, 2001, p. 170), revelando o caráter pretoriano, mas ativo, da jurisprudência do TJCE.

No caso *Pecastaing*, o TJUE foi chamado a pronunciar-se sobre a interpretação da Diretiva do Conselho, de 25 de fevereiro de 1964, n.º 64, para a coordenação de medidas

especiais relativas à circulação e residência de cidadãos estrangeiros, justificadas por razões de ordem, de segurança ou de saúde públicas, a fim de apreciar a admissibilidade de um recurso proposto por uma cidadã francesa com a finalidade de obter a suspensão da ordem de expulsão adotada em relação a si pela polícia belga (Pecastaing, 1980). Como se tratava de um recurso foi suscitada a questão da necessidade de um processo equitativo tal como previsto pelo artigo 6.º da CEDH (Pecastaing, 1980):

“ognuno ha diritto ad un'equa e pubblica udienza, entro un termine ragionevole, dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, ai fini della determinazione dei suoi diritti e obblighi di natura civile o della fondatezza di qualsiasi accusa in materia penale formulata nei suoi confronti”.

Contudo, o Tribunal não considerou necessário, no presente contexto, examinar tal questão, uma vez que a Diretiva n.º 64/221 cumpre, de acordo com o terceiro considerando do seu Preâmbulo, as exigências de um processo equitativo, tal como formuladas pelo artigo 6.º da CEDH (Pecastaing, 1980).

Referindo-se constantemente nas suas emanações jurisprudenciais aos direitos fundamentais, bem como convocando expressamente a CEDH e os seus Protocolos Adicionais (Medeiros, 2001; Campos, et al., 2006), ainda que não se comprometendo com uma qualificação jurídica rigorosa dos termos de vigência dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário, pareceria existir, uma receção material¹⁴ destes direitos por parte do TJCE – *“la CJCE a, ainsi, progressivement, procéde à l'appropriation ou absorption de la CEDH, à l'incorporation directe de celle-ci dans le droit communautaire, dans divers arrêts”* (Quadros, 2008, p. 140) – onde, de acordo com o caso *ERT* (junho de 1991) a CEDH ocupa lugar de destaque:

“deve recordar-se, liminarmente, que segundo jurisprudência constante os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. (...) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem reveste-se, a este respeito, de um significado particular.”

¹⁴ “A porta rasgada pelo TJCE no ordenamento comunitário para dar entrada, quando necessário, aos direitos fundamentais sob a forma de princípios gerais de Direito corresponde, em termos de técnica jurídica, é um processo de receção material” (Duarte, 2006, p. 94).

Como evidencia Duarte “a aplicação directa das normas de direitos fundamentais que integram o Direito da Convenção *reduz*, na prática, o risco de divergência jurisprudencial entre o TJCE e o TEDH” (2006, p. 112). Contudo, a referência expressa aos preceitos vertidos na CEDH não corresponde à integração absoluta e permanente que resultaria da adesão formal da UE à CEDH, visto que eles valem somente como “princípios gerais do Direito comunitário”, que ao Tribunal comunitário compete aplicar em cada caso concreto. A arquitetura desenhada pela jurisprudência do TJCE, assegura, em bom rigor, a proteção casuística de um considerável leque de direitos fundamentais que não apresentam qualquer consagração expressa no Direito Comunitário que possa ser invocada.

Como se viu, foi esta formulação pretoriana, desenvolvida ao longo de duas décadas, que veio a ser “constitucionalizada” pelo Tratado de Maastricht de 1992.

1.3. A consagração de um modelo europeu de proteção de direitos fundamentais

Sem questionar os avanços colossais de Maastricht e Amesterdão, a verdade é que a proteção dos direitos fundamentais feita pelo artigo 6.º, n.º 2, TUE, na versão de Nice e a linha jurisprudencial que vinha sendo traçada, embora procurando “suprir a falta de um catálogo preciso de direitos fundamentais recorrendo às tradições constitucionais nacionais e, de forma crescente, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem” (Ramos, 2001, p. 170), tornaram-se obsoletas perante as ambições dos aliados em dispor de um catálogo próprio de direitos fundamentais e integrá-lo no Tratado. Como destaca Moreira “face aos Tratados era impossível recortar um elenco suficientemente nítido dos direitos fundamentais vinculativos da ação das instituições e da atividade da CE/UE. Continuava a faltar um verdadeiro catálogo de direitos fundamentais” (2014, p. 151). “*Furthermore, it would reinstate political control over the EU catalogue of fundamental rights which, so far, had been mainly determined by the case law of the Court*” (Maduro, 2003, p. 272).

A razão primordial para a consagração de um catálogo escrito de direitos era justificada com a “necessidade de explicitar e densificar o conteúdo do artigo 6.º, n.º 2, TUE, quanto ao elenco e garantia dos direitos fundamentais nele referidos por remissão para outras fontes” (Moreira, 2014, p. 152), nomeadamente CEDH e constituições dos EM.

Consequentemente e após algumas iniciativas no sentido de preparar um *bill of rights* da União (ainda que sem caráter jurídico vinculativo), foi mediante um processo inovador que se deu corpo a um catálogo escrito de direitos fundamentais. Apesar da controvérsia gerada em torno deste documento¹⁵, estimulando uma dissonante e infundável produção doutrinária, é inegável, que a consagração de um modelo próprio de direitos fundamentais no seio da UE veio legitimar a sua vertente política.

1.3.1. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

1.3.1.1. Considerações gerais

Fruto da primeira Proclamação conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, foi aprovada, em Nice no ano de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. “A União passava, dessa forma, a ter finalmente, em forma escrita, o seu próprio rol de direitos fundamentais” (Quadros, 2013, p. 188).

O Conselho Europeu de Colónia (junho de 1999) considerou que o estágio de desenvolvimento da UE exigia uma maior visibilidade dos direitos fundamentais vigentes (Conclusões de Colónia, 1999): reunidos numa Carta, teriam importância primordial, assim como alcance para todos os cidadãos da União (Conclusões de Colónia: anexo IV, 1999). Nesse sentido, foi criada uma instância *ad hoc*¹⁶, incumbida de apresentar, antes do Conselho de dezembro de 2000 (Nice), um projeto de Carta que incluísse direitos em matéria de liberdade, igualdade e direitos processuais fundamentais, à semelhança da CEDH e tal como resulta das tradições comuns dos EM enquanto princípios gerais de direito comunitário. A Carta deveria também conter direitos económicos e sociais, tal como consagrados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (Conclusões de Colónia: anexo IV, 1999). O Conselho Europeu de Colónia estabeleceu a metodologia a seguir na elaboração da Carta: com base

¹⁵ Miranda, mencionou várias objeções à CDFUE, salvaguardando que “As considerações acabadas de aduzir condicionam, naturalmente, as respostas ao questionário enviado pela Assembleia da República”. Assim, “Não se recomenda a celebração da Carta” (2000, p. 20).

¹⁶ Instância constituída por representantes dos Chefes de Estado e de Governo e do Presidente da Comissão Europeia, bem como por deputados do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais. Na qualidade de observadores, participarão representantes do Tribunal de Justiça Europeu. Serão consultados representantes do Comité Económico e Social, do Comité das Regiões, de grupos sociais e peritos (Conclusões de Colónia: anexo IV, 1999). A composição do organismo foi detalhadamente definida nas Conclusões de Tampere.

no projeto, o Conselho Europeu proporá ao PE e à Comissão que, juntamente com o Conselho, façam a proclamação solene da CDFUE. Em momento posterior seria estudada “a oportunidade e, eventualmente, o modo como a Carta deverá ser integrada nos Tratados” (Conclusões de Colónia: anexo IV, 1999, p. 26).

Sendo já marcada “pela enorme e acumulada expectativa que precedeu a decisão política de dotar a União Europeia com um bill of rights” (Duarte, 2006, p. 127), a Carta distinguiu-se pelo método original de elaboração e consolidação (Jacque, 2000; Curtin & Ooik, 2001; Toth, 2002; Moreira, 2003; Duarte, 2006; Silva, 2010), dado que os trabalhos conjuntos dos representantes dos Estados e das Instituições da União revelavam “a preocupação de envolver diretamente uns e outros e buscar para a Carta uma autoridade e legitimidade acrescidas” (Moreira, 2014, p. 154), contribuindo para o reforço da legitimidade política da UE.

As Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere (outubro de 1999) estabeleceram, nos anexos, a composição, o método de trabalho e disposições práticas da instância *ad hoc* para a elaboração de um projeto de Carta, tal como previsto nas Conclusões de Colónia, convidando “todas as partes envolvidas a assegurar que os trabalhos se iniciem rapidamente” (Conclusões de Tampere, 1999, p. 1).

Os trabalhos transparentes (Toth, 2002; Moreira, 2003) da Convenção (como se apelidou a instância *ad hoc*, sob impulso do Parlamento Europeu¹⁷), bem como o seu caráter público, possibilitando a participação de todos os interessados (através da internet), faziam adivinhar uma construção morosa. Já o “novo procedimento de base supranacional e inspiração “constituente”” (Duarte, 2006, p. 128) proclamava o seu óbito.

Decorridos dez meses após a primeira reunião de trabalho (dezembro de 1999), em outubro de 2000, a Convenção apresentou o projeto, num primeiro momento aos Chefes de Estado e de Governo, reunidos no Conselho Europeu de Biarritz (13 e 14 de outubro), para apreciação. Reunindo o consenso entre os EM, restava apenas a proclamação solene da Carta, vindo a ser ratificada pelo Conselho Europeu e formalmente adotada na Cimeira de Nice (dezembro 2000) pelas Instituições Comunitárias. No entanto, este catálogo, congregando num único texto direitos civis, políticos, económicos, sociais e

¹⁷ Nas palavras de Quadros, a *Convenção* “significou um “gesto histórico”: quis-se aproximá-la simultaneamente das convenções revolucionárias francesas e da Convenção que redigiu a Constituição dos Estados Unidos” (2013, p. 189). Já para Salcedo a denominação *Convenção* trata-se de um “*término ambíguo, pero mejor sin duda que «enceinte» o «body», como se le llamó en sus inicios*” (2001, p. 8).

culturais – dado que “o mandato não excluía a ampliação do elenco dos direitos fundamentais a consagrar, em relação ao *standard* atingido em Maastricht/Amesterdão” (Moreira, 2014, p. 153) –, relegava para o futuro a análise da questão do valor jurídico a atribuir à Carta (Conclusões de Nice, 2000) que, prudentemente, havia sido projetada pela Convenção com a intenção de valer como instrumento vinculativo (Witte B. d., 2001; Duarte, 2006).

A Carta, tal como consta do seu preâmbulo, é um instrumento declarativo, reafirmando direitos já reconhecidos no âmbito da ordem jurídica comunitária (Jacque, 2000; AA.VV., 2001; Curtin & Ooik, 2001; Heringa & Verhey, 2001; Ramos, 2001b; Maduro, 2003; Moreira, 2003; Silva, 2010; Botelho, 2013), “y en el que el mismo tiempo se contenían importantes y ambiciosas innovaciones” (Salcedo, 2001, p. 10). Não podemos descurar que se trata do “primeiro instrumento de declaração de direitos fundamentais que dá cumprimento ao princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais (...) entre os direitos de liberdade (...) e os direitos económicos, sociais e culturais” (Moreira, 2014, p. 155), reunindo direitos de 1.^a, 2.^a e 3.^a gerações, de forma integrada (Silva, 2010).

Apesar de não ser considerada como instrumento juridicamente vinculativo, por força do estudo da questão lançado pela *Declaração Relativa ao Futuro da União (Declaração n.º 23)*, anexa ao Tratado de Nice (Witte B. d., 2001), depois da frustração do TECE, e após atribuição desse estatuto pelo TL a Carta produzia, todavia, efeitos jurídicos indiretos (Salcedo, 2001; Witte B. d., 2001; Quadros, 2013).

Ainda que não integrando desde o início o direito primário da UE, gerava efeitos em consequência do “compromisso solene assumido pelos seus destinatários principais” (Soares, 2002, p. 43), Conselho, PE e Comissão (Moreira, 2003) e, não raras vezes era mencionada pelos Advogados-Gerais junto do TJCE/TJUE e, em alguns casos, pelo próprio Tribunal de Primeira Instância (Curtin & Ooik, 2001; Moreira, 2003 e 2014). Também o seu contributo no âmbito da “previsibilidade, clareza e certeza jurídica” (Moreira, 2003, p. 720) na proteção dos direitos fundamentais na União elencaram o rol de efeitos indiretos, tanto mais se relembrarmos as alterações introduzidas por Amesterdão no âmbito do artigo 46.º do TUE¹⁸.

¹⁸ Para Duarte o reforço dos níveis de previsibilidade e o grau de segurança jurídica apenas dependem do reconhecimento jurídico vinculativo da Carta. Assumindo relevância jurídica incerta, podendo contribuir para o agravamento casuístico do sistema, a CDFUE representa “mais uma peça – importante, é certo – na

A estes argumentos juntam-se, ainda, o do valor hermenêutico deste instrumento na interpretação do artigo 7.º do TUE, bem como a delimitação dos direitos que os países candidatos devem respeitar quando apresentam a sua candidatura ao sistema comunitário, por força do artigo 49.º do TUE (Moreira, 2003). A consagração como instrumento jurídico vinculativo reforçou sobretudo a união política, em permanente mutação, no seio da UE.

1.3.1.2. Jurisprudência comunitária pós Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: nova realidade?

O rumo desenhado pela jurisprudência comunitária respeitante a matérias relacionadas com os direitos fundamentais desenvolveu-se, já o referimos, por força dos casos submetidos à apreciação do TJCE, dada a inexistência de uma base legal suficientemente clara, sendo a proteção conferida nitidamente casuística (Miranda, 2000; Witte B. d., 2001). As sucessivas reformas nos Tratados da União previam o respeito pelos direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito comunitário, solução que rapidamente se tornou desadequada¹⁹. Nesse sentido a proclamação da CDFUE veio reforçar a proteção dos direitos no âmbito da UE (Gorjão-Henriques, 2001), garantindo “um nível idêntico de proteção para os direitos fundamentais já consagrados na CEDH, sem renunciar a uma proteção ainda mais elevada” (Machado, 2010, p. 262). Assim, a estratégia projetada estabelecia o “*standard* de proteção dos direitos fundamentais (...) existente no âmbito da União” (Ramos, 2001a, p. 53), clarificando-o, por um lado, inovando-o, por outro.

Apresentando-se, num primeiro momento, destituída de força jurídica vinculativa, a mera consagração política não fez travar a iniciativa dos Advogados-Gerais nas suas conclusões²⁰, bem como o Tribunal de Primeira Instância²¹, que, não raras vezes, a ela

construção do puzzle normativo que caracteriza o sistema comunitário de direito fundamentais” (2006, p. 160).

¹⁹ Duarte caracteriza esta estrutura de proteção dos direitos fundamentais como ampla e completa. Desse modo não enxerga “a necessidade de substituir este modelo de reconhecimento de direitos, cuja expansibilidade se adequa bem às especificidades da integração comunitária, por um modelo formal de catalogação de direitos” (2000, p. 33).

²⁰ No caso *BECTU* com as conclusões do Advogado-Geral Antonio Tizzano (apresentadas a 08.02.2001), recorrendo ao artigo 31.º, n.º 2 da CDFUE, confirmou-se um direito já expressamente consagrado na ordem jurídica comunitária: direito fundamental a férias pagas (Conclusões Bectu, 2001). No caso *Z contra*

recorriam. Somente o TJUE “omitiu qualquer referência expressa à Carta” (Duarte, 2006, p. 156), apesar de ter atentado às conclusões formuladas pelos Advogado-Gerais, durante mais de cinco anos. Mencionou-a, pela primeira vez, em junho de 2006, no âmbito do caso *Parlamento Europeu contra Conselho* (P. C-540/03).

Em causa estava um pedido de declaração de nulidade, solicitado pelo PE, de determinadas disposições da Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, nomeadamente artigo 4.º, n.º 1, último parágrafo, e n.º 6, e artigo 8.º, por alegadamente violar o direito ao respeito da vida privada e familiar.

Depois de reconhecer que a CDFUE ainda não produzia “efeitos jurídicos equiparáveis aos do direito primário” (Conclusões PE c. Conselho, 2005, p. 5803), a Advogada-Geral Julianne Kokott, nas suas conclusões apresentadas a 8 de setembro de 2005, veio confirmar a posição assumida pelos seus colegas no âmbito de casos envolvendo direitos fundamentais: “pode admitir-se que, como fonte de direito, revela, pelo menos, os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica comunitária” (Conclusões PE c. Conselho, 2005, p. 5803).

Nesse sentido, determinando o quadro normativo aplicável ao reconhecimento ao respeito da vida privada e familiar na UE, depois de “ouvidas as conclusões da advogada-geral” (Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia, 2006, p. 5811), o TJUE após convocar os artigos 9.º, n.º 1 e 10.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança,

Parlamento Europeu, uma vez que estava em causa um princípio sem a correspondente norma codificadora (princípio da boa administração como fonte de um dever específico que vinculava a autoridade administrativa comunitária a tomar decisões dentro de um prazo razoável), o Advogado-Geral F. G. Jacobs nas suas conclusões (apresentadas a 22.03.2001), embora tenha reconhecido que a CDFUE não era obrigatória, recorreu ao preceito 41.º, n.º 1, que proclamava o princípio submetido a juízo (Conclusões Z c. PE, 2001). Refiram-se na mesma linha, as conclusões dos Advogados-Gerais P. Léger no caso *Hautala* (apresentadas a 10.07.2001, no âmbito do proc. C-353/99 P, de 06.12.2001); J. Misho no caso *Booker* (apresentadas a 20.09.2001, âmbito do proc. C-20/00 e C-64/00, de 10.07.2003); M. Poiares Maduro no caso *Nardone* (apresentadas a 29.06.2004, no âmbito do proc. C-181/03, de 13.01.2005).

²¹ No âmbito do caso *max.mobil contra Comissão*, o TPI recorreu ao artigo 41.º, n.º1, da CDFUE explicitando que era conferido tratamento diligente, imparcial e equitativo a todos os administrados que apresentassem denúncias perante a administração comunitária (*max.mobil contra Comissão*, 2002). Já no âmbito do Despacho do caso *Diputación Foral de Álava e outros contra Comissão*, o TPI aludiu ao preceito 47.º da CDFUE por força da sua convocação por parte das recorrentes. Estava em causa um pedido de anulação de uma Decisão da Comissão relativa à legislação espanhola sobre o imposto sobre as sociedades. Para sustentar a posição que defendiam, as recorrentes basearam-se no princípio da proteção jurisdicional (que constituiu um direito fundamental reconhecido na ordem jurídica comunitária, sendo expressamente considerado no texto da CDFUE junto do artigo 47.º). Desse modo, o TPI considerou que tal princípio é “um princípio geral de direito comunitário que se encontra na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros” tendo também ficado consagrado “nos artigos 6.º e 13.º da CEDH e no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais” (*Diputación Foral de Álava*, 2002, p. 96).

aludiu expressamente ao artigo 7.º da CDFUE, dado que neste preceito se “reconhece o direito ao respeito pela vida privada e familiar” (Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia, 2006, p. 5828) , devendo esta disposição

“ser lida em conjugação com a obrigação de tomar em consideração o interesse superior da criança, reconhecido no artigo 24.º, n.º 2, da referida Carta, e tendo em conta a necessidade da criança de manter regularmente relações pessoais com ambos os progenitores, expressa no referido artigo 24.º, n.º 3”.

Acompanhamos Duarte (2006) no que escreveu relativamente à convocação expressa da CDFUE: o TJUE não apresentou qualquer posição sobre a relevância jurídica da CDFUE, ao contrário dos Advogados-Gerais e do próprio TPI; bem como salientou a utilidade da citação das disposições da Carta, dado que não representaram uma repetição de fontes, antes acrescentando à construção do espaço de proteção do direito à vida familiar quando em causa esteja o direito da criança a acompanhar os seus progenitores; embora o TJCE tenha decidido pela inexistência de violação do direito ao respeito da vida privada e familiar, caso a decisão tivesse sido contrária, o conteúdo das duas normas citadas em nada sairia afetado, sendo sempre manifestação de um princípio geral de direito comunitário.

Witte (2001) avançou três formas de como a CDFUE poderia afetar a jurisprudência do TJUE, a saber:

“a) The Charter may have the effect of 'freezing' the existing case law” (...). b) (...) the Charter may encourage the European Courts to expand their existing case law, by finding 'new' general principles directly based on the language of the Charter (...). c) The Charter may, however, also have an inhibiting effect on the general principles case law of the European Courts.”

No primeiro caso, reporta-se às fontes da CDFUE, lembrando que alguns dos preceitos assentam *“directly on the general principles case law of the ECJ, which they attempt to codify”* (Witte B. d., 2001, p. 85), sendo que na sua atuação, o TJCE jamais será capaz de ignorar as suas decisões anteriores. O segundo argumento baseia-se no facto de muitas das disposições da Carta duplicarem os direitos estabelecidos pela CEDH. Quanto à

terceira hipótese, refere-se ao nível de proteção conferido pela Carta, concretamente ao artigo 53.º, uma vez que o conteúdo deste preceito pode fixar uma proteção inferior em relação ao estado atual do nível de proteção estabelecido na ordem jurídica comunitária. Já para Maduro (2003),

“A formal catalogue of fundamental rights, such as that of a legally binding Charter of Fundamental Rights, can both help to dogmatically reconstruct these differences in approach by the Court and, at the same time, reinforce the legitimacy of the Court in reviewing the acts of the Council in the light of fundamental rights.”

As diferenças na abordagem a que se refere reportam-se à *“reason of a perceived lighter standard than the one used in the review of Member States’ acts under similar EU rules and principles”* (Maduro, 2003, p. 280).

Todavia, somos da opinião que após adquirir carácter jurídico vinculativo, se denotam alterações relativamente ao sistema vigente, nomeadamente a melhoria do modelo já configurado (Curtin & Ooik, 2001; Maduro, 2003): por um lado, a Carta “traduziu a preferência do método “legislativo” democrático sobre a discricionariedade pretoriana do Tribunal de Justiça” (Moreira, 2003, p. 721), clarificando, definitivamente, quais os direitos fundamentais que vinculam a UE e em que consistem; por outro, a adesão da UE à CEDH, bem como aos mecanismos do TEDH continuam em aberto, tanto mais pela consagração normativa do artigo 6.º, n.º 2, do TUE, na sua versão consolidada pelas alterações de Lisboa. Não limitando os poderes do TJUE, a CDFUE assume-se como elemento legitimador da jurisprudência comunitária (Witte B., 1999; Maduro, 2003; Duarte, 2006).

Capítulo II

Cabo da Boa Esperança no horizonte: a adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Marcando presença, desde cedo, na ordem jurídica comunitária, a questão da adesão à CEDH continuou a prorrogar-se ao longo dos anos. Num primeiro momento deu-se a sua receção genérica pela via jurisprudencial. Depois, houve propostas fracassadas de adesão direta à Convenção. Por último, “adquiriu relevância diferente com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa” (Mesquita, 2013, p. 230), que estipulou a adesão.

Não desconsiderando as características essenciais da CEDH, bem como os argumentos favoráveis à adesão, contam-se os esforços incansáveis da Comissão no sentido de dotar a UE de um mecanismo de tutela mais abrangente no que à proteção dos direitos fundamentais se refere. Nesse sentido, depois de inúmeras reuniões de trabalho,

ganhou forma o projeto de acordo de adesão (PAA) à CEDH, reunindo a convergência de vontades do lado das instituições da UE e do lado do CdE.

Assim, neste capítulo estudaremos o procedimento de construção do PAA da UE à CEDH, bem como as mudanças que comporta, não sem antes tecer algumas considerações sobre a CEDH bem como aludir às vantagens e desvantagens que tal adesão comporta, tendo em conta o papel nuclear da CDFUE na ordem jurídica comunitária.

2.1. Convenção Europeia dos Direitos Humanos: considerações gerais

Em 1948, sob a égide da Assembleia Geral das Nações Unidas foi aprovada, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), orientando o Direito Internacional Público no sentido do respeito pela “dignidade da pessoa humana através do reconhecimento e da garantia efectiva dos direitos e liberdade individuais” (AA.VV., 2006, p. 631). Contudo, este documento não tinha força vinculante, pelo que não continha mecanismos sancionatórios para os Estados que violassem as suas disposições.

Dois anos depois, em 1950, tendo ainda bem presentes na memória as atrocidades cometidas contra os direitos humanos durante a II Guerra Mundial, foi celebrada a CEDH pelos EM do CdE²², representando “o primeiro documento de direito internacional a construir um sistema regional de protecção dos direitos do homem” (Rocha, 2010, p. 17). Os Estados-parte eram naturalmente os países da Europa ocidental que respitavam o Estado de direito democrático, excluindo tanto os países comunistas do Leste como as ditaduras de direita do sul da Europa (entre os quais, Portugal).

Enquadrando-se “no movimento de dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades que resuma os valores políticos e culturais das democracias ocidentais” (Barreto, 2010, p. 27), não esgotou, num único texto normativo, “o acervo de direitos e de instrumentos considerados necessários à instauração de um sistema coerente e eficaz de protecção dos direitos do homem” (AA.VV., 2006, p. 631). Assim, procedeu-se à assinatura de catorze Protocolos Adicionais (entre 20.02.1953 e 13.05.2004), uns ampliando o leque de direitos fundamentais do âmbito material de aplicação da CEDH (Protocolos Adicionais n.^{os} 1, 4, 6, 7, 12 e 13), outros introduzindo alterações relativamente

²² A CEDH só entrou em vigor a 3 de setembro de 1953, aquando do depósito do décimo (último) instrumento de ratificação.

ao processo de garantia dos direitos, nomeadamente modificações ao nível da competência, da estrutura e do funcionamento dos seus órgãos de controlo (Protocolos Adicionais n.ºs 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 e 14) (Barreto, 2001; AA.VV., 2006; Alves, 2008; Barreto, 2010).

A CEDH tem como objetivos a realização de uma união mais estreita entre os membros do CdE, através da consagração da proteção e desenvolvimento dos direitos de 1.ª geração (Moreira, 2014), bem como garantir uma proteção mais eficaz dos direitos, liberdades e garantias do que a conferida pela DUDH, em relação a cada particular, sujeito à jurisdição de um Estado Contratante (Rocha, 2010).

Este “modelo de referência na proteção dos direitos fundamentais” (Soares, 2002, p. 23) foi o primeiro a permitir o acesso pelos particulares a instâncias internacionais para a defesa dos seus direitos contra os respetivos Estados de jurisdição, transformando assim os princípios estabelecidos na DUDH em verdadeiras obrigações jurídicas para os Estados. Além deste efeito jurídico vertical (particulares face ao Estado), também estabelece efeitos jurídicos horizontais tanto entre Estados-parte (queixas de um Estado contra outro) como entre particulares (particular face a outro particular), pelo menos de maneira indireta: os EM têm a obrigação de atentar ao comportamento dos particulares e o dever de agir no caso de situações de violação (Alves, 2008).

Por força das sucessivas revisões, a CEDH tem o seu próprio sistema jurisdicional de garantia (Duarte, 2002; Soares, 2002; Rocha, 2010) – o TEDH –, no qual é admitido o acesso direto dos particulares, saindo reforçado o estatuto processual dos indivíduos (AA.VV., 2006). A competência deste Tribunal revela-se por duas vias: contenciosa, onde são apreciadas as queixas apresentadas por Estados ou sob a forma de petições individuais (artigo 34.º da CEDH) nas quais esteja em causa a violação de um direito plasmado na CEDH por qualquer Estado contratante (Soares, 2002); consultiva (artigo 48.º da CEDH), na qual o TEDH é chamado a dirimir questões relativas à interpretação e à aplicação da CEDH e dos seus Protocolos, resultando na emissão de pareceres no âmbito do disposto no artigo 47.º da CEDH (Duarte, 2002; Rocha, 2010). Ressalva-se, contudo, que a admissibilidade das petições individuais depende do prévio esgotamento das vias de recurso internas, “pelo que os tribunais nacionais constituem a primeira linha defensiva dos direitos e liberdades inscritos na Convenção” (Duarte, 2002, p. 752).

Quanto aos pareceres do Tribunal, embora revelem grande utilidade e importância para a resolução de problemas concretos que se colocam em torno da

interpretação ou aplicação da CEDH, apresentam-se desprovidos de força vinculativa (Rocha, 2010).

Além do TEDH (criado em 1959), a CEDH consagrava outras instituições que garantiam o respeito pelos direitos civis e políticos nomeadamente, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (criada em 1954) e o Comité de Ministros do CdE, composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados signatários (Alves, 2008).

Como se assinalou, desde a sua assinatura até hoje, a CEDH sofreu várias alterações, das quais se destacam, no âmbito da consagração de novos direitos suscetíveis de proteção, sobretudo as alterações introduzidas pelos Protocolos Adicionais n.ºs 6 e 13, relativos à abolição da pena de morte e à abolição da pena de morte em quaisquer circunstâncias, respetivamente, bem como pelo protocolo Adicional n.º 12, relativo à interdição geral de discriminação.

No âmbito processual de garantia dos direitos, têm maior relevância o Protocolo n.º 11, introduzindo “uma profunda modificação na estrutura de controlo da *Convenção*” (Barreto, 2010, p. 28), assim como o Protocolo n.º 14, alterando o sistema instituído pelo TEDH.

“O Protocolo Adicional n.º 11 veio introduzir uma profunda modificação na estrutura de controlo da CEDH” (Barreto, 2001, p. 107). Rompeu com o “postulado histórico de que o indivíduo não podia aceder às jurisdições internacionais no mesmo plano do que os Estados soberanos” (Rocha, 2010, pp. 42-43), substituindo a estrutura tripartida (Comissão Europeia dos Direitos do Homem – TEDH – Comité de Ministros), pesada e longa (Alves, 2008), do sistema de queixas, pela criação de um novo TEDH, competente para “responder de modo satisfatório (...) às necessidades das pessoas sob a jurisdição de um mínimo de quarenta Estados e capaz de manter (...) a autoridade e a qualidade da sua jurisprudência” (Barreto, 2010, pp. 29-30).

Já o Protocolo n.º 14, altera o sistema de controlo da CEDH, simplificando e acelerando os processos no TEDH (Alves, 2008), uma vez que pretende manter e reforçar a eficácia a logo prazo do sistema de controlo instituído, bem como “possibilitar uma resposta para aquele aumento de queixas” (Barreto, 2010, p. 31) e conseqüente aumento do volume de trabalho junto do TEDH e do Comité de Ministros do CdE. É permitida, por força do artigo 17.º, n.º 1 do Protocolo, a faculdade de adesão da UE à CEDH, uma vez que modificou a redação do artigo 59.º da CEDH sob a epígrafe *Assinatura e ratificação*.

Assim, “A União Europeia pode aderir à presente Convenção” (artigo 59.º, n.º 2, da CEDH).

Como se mostrou anteriormente, a relação com a ordem jurídica comunitária pautava-se pelo progressivo incremento nos textos normativos. Começou por ser recebida “sob a forma de princípios gerais de Direito” (Duarte, 2002, p. 752), sendo interpretada e aplicada pelos tribunais comunitários, redundando na *efetiva* adesão à CEDH por parte da UE, *ex vi* do artigo 6.º, n.º 2 do TUE (Mesquita, 2013). Mas estava naturalmente excluída a jurisdição direta do TEDH sobre os atos da União.

O novo artigo 6.º, n.º 2 do TUE, na versão do Tratado de Lisboa estipula a adesão da UE à CEDH. No entanto, este preceito não configura, por si só, uma obrigação de resultados, estabelecendo, antes de mais, o dever jurídico de promover essa adesão (Mesquita, 2013). Não sendo “acompanhado de uma clarificação das questões jurídicas essenciais que a mesma suscita (...) afigura-se porventura contraditória com estatuto jurídico conferido à CDFUE” (Mesquita, 2013, p. 230). Ao contrário dos EM que constituem a UE, esta não é Parte Contratante da CEDH, formando-se assim “um espaço judicial de geometria triangular” (Duarte, 2002, p. 752) com um denominador comum: EM da UE e ao mesmo tempo Partes Contratantes da CEDH. As “várias e imbricadas questões” (Duarte, 2002, p. 752), resultantes desta relação triangular terão de ser supridas no acordo que estabelecerá a *concreta* adesão da UE à CEDH.

2.2. Prós e contras da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos

A adesão da UE à CEDH foi encarada desde os anos 80 do século passado, só se tendo concretizado no Tratado de Lisboa (2007). Todavia, sete anos passados desde a entrada em vigor do TL, a adesão continua sem ser efetuada.

Tal como expressou Gaja, “*Few issues have raised so many lively discussions in legal writings as the question of Community’s accession to the European Convention on Human Rights*” (1996, p. 973). A relação entre o direito da UE dos direitos humanos e a CEDH começou a consolidar-se desde cedo, uma vez que o TJCE se baseou neste tratado internacional para dar início à proteção dos direitos fundamentais no seio comunitário.

Com a entrada em vigor do TL, a CDFUE passou a ter o mesmo valor jurídico que os Tratados (artigo 6.º, n.º 1 do TUE) e estabeleceu-se a adesão da UE à CEDH (artigo 6.º, n.º 2 do TUE).

Como referiu Moreira, caso a adesão à CEDH se tivesse dado em momento anterior à adoção da CDFUE, poderia ter-se resolvido mais cedo o problema da falta de um catálogo de direitos fundamentais na UE, não sendo necessária a criação, *ex novo*, de um *bill of rights* próprio. Ademais, se todos os EM são partes na CEDH, a adesão da UE “permitiria partilhar de um fundo normativo comum em matéria de direitos fundamentais” (2003, p. 706).

Por fim, com a possibilidade de recurso para o mecanismo de proteção da CEDH, implementar-se-ia “um meio de tutela suplementar no âmbito da protecção contra as violações de direitos fundamentais pelas instituições comunitárias, pelo que a Comunidade passaria a dispor do mesmo grau de protecção dos direitos fundamentais que os seus Estados-membros” (Moreira, 2003, p. 707). No entanto, o processo de proteção de direitos fundamentais não seguiu esse rumo.

Gaja (1999) e Ramos (1999) começaram por referir que uma das principais funções da adesão da UE à CEDH é “*to provide an adequate remedy to physical or legal persons when one of their human rights is infringed by European Union institutions – particularly when redress cannot be obtained from the ECJ*” (Gaja, 1999, p. 798). Nessa circunstância, reconhecendo que a criação de um novo Tribunal representaria uma solução de elevada dificuldade política bem como traria problemas aos EM quando confrontados com um problema de validade dos atos comunitários (Gaja, 1999; Ramos, 1999), uma das principais vantagens em aderir à CEDH resulta numa “*interpretation of provisions granting human rights (...) entrusted to a specialized body*” (Gaja, 1999, p. 797), com maior sensibilidade em relação ao caso submetido a juízo, promovendo somente um padrão a nível europeu quanto à proteção de cada direito, contribuindo assim para uma maior facilidade na aplicação destas normas para os EM, bem como reduzindo a possibilidade de conflito entre direitos (Clapham, 1991²³; Gaja, 1999; Benoît-Rohmer, 2000).

²³ Clapham, por referência ao Menorando da Comissão de 1979, destaca ainda três outras vantagens da adesão: “*first, it would project an image of a democratic, caring Community; second, it would enhance the Community’s international personality: this could serve as precedent for accession to various international organizations; (...) and fourth, in the event of a challenge to Community legislation, it would allow the Community to defend itself and its objectives before the Strasbourg Commission*” (1991, p. 97).

Na opinião de Lenaerts & Smijter a adoção da CDFUE não resolveu os três principais problemas da ordem jurídica comunitária, a saber: lacunas na jurisdição conferida pelo TJUE, divergência jurisprudencial entre Luxemburgo e Estrasburgo, e, ausência de um controlo direto exercido por uma entidade externa (TEDH), sobre os atos das instituições da UE no que se refira à sua compatibilidade com as normas da CEDH. Para estes comentadores, a *“Accession of the EU/EC to the ECHR could solve these problems”* (Lenaerts & Smijter, 2001, p. 99): ofereceria maior proteção quanto à matéria e quanto às pessoas – argumentos *“not very convincing since the ECHR is ratione materiae et personae covered by the existing system of protection of fundamental rights in the EU”* (Lenaerts & Smijter, 2001, p. 100), uma vez que a CDFUE abrange este âmbito de proteção –, bem como o acesso ao TEDH contribuiria para uma proteção uniforme dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário. Este último argumento, já anteriormente mencionado por Gaja e Ramos, parece ser o mais relevante.

Aderir à CEDH *“would indeed guarantee a complete system of judicial protection of fundamental rights against all acts adopted by the institutions of the Union or by EU Member States implementing Union law”* (Lenaerts & Smijter, 2001, p. 100), posição também partilhada por Toth (1997). Esta adesão representaria a sujeição do TJUE à jurisdição do TEDH relativamente a todos os casos de interpretação da CEDH *“rather than having such scrutiny take place only indirectly in a case brought against an EU Member State”* (Lenaerts & Smijter, 2001, p. 101).

Como evidenciaram Lenaerts & Smijter (2001), Medeiros (2001) e Ventura (2001), independentemente da adoção da CDFUE, continua a ser oportuna a adesão à CEDH, a qual deverá acrescer ao sistema vigente: não substituindo esse texto, a adesão à CEDH revela uma relação de complementaridade entre os dois instrumentos de proteção dos direitos fundamentais (Benoît-Rohmer, 2000; Soares, 2002; Toth, 2002). Tal como a CEDH acresce ao *bill of rights* constitucional dos EM da UE, assim no caso da própria UE ela acrescerá à CDFUE.

Lenaerts & Smijter salientam que todas as Partes Contratantes da CEDH têm o seu próprio catálogo (nacional) de direitos fundamentais. Nesse sentido, *“why could the EU/EC not combine its own catalogue of fundamental rights with being a contracting party to the ECHR?”* (2001, p. 101). Congruência é a resposta dada por Witte (1999), Medeiros (2001), Moreira (2001b; 2003), Ventura (2001) e Soares (2002). Dado que, todos

os EM da UE são Partes Contratantes da CEDH e estão sob jurisdição dos seus organismos, revela-se cada vez mais reduzido o número de matérias sob jurisdição da CEDH, dada a crescente transferência de competências dos EM para a UE (a cada revisão dos Tratados). Seria lógico que a União estivesse sujeita aos mesmos organismos de proteção dos direitos fundamentais que os EM (Benoît-Rohmer, 2000). Apesar das alterações necessárias aos Tratados (Lenaerts & Smijter, 2001), a adesão permitirá um reforço dos mecanismos de proteção, de modo a “que a Europa económica e social se ligue institucionalmente à Europa dos Direitos do Homem” (Medeiros, 2001, p. 290).

A adesão da UE à CEDH, além de “constituir o meio necessário para salvaguardar a unidade de concepção europeia em matéria de direitos fundamentais e de preservar a existência de um único “standard” no âmbito da própria UE” (Moreira, 2001a, p. 98), representaria, um mecanismo suplementar na tutela dos direitos fundamentais da ordem jurídica comunitária relativamente aos direitos consagrados na CEDH (Toth, 1997), dada a possibilidade de recurso individual para o TEDH, depois de esgotados todos os mecanismos internos (nacionais e comunitários), relativamente à violação de direitos por parte de qualquer organismo da UE (Moreira, 2001b; Machado, 2010). Neste âmbito, a adesão à CEDH teria carácter preventivo: sabendo previamente que as matérias relacionadas com direitos fundamentais poderiam ser apreciadas pelo TEDH, “isso constituiria uma poderosa alavanca para uma atenção mais comprometida por parte do TJC” (Moreira, 2001b, p. 81).

Quadros (2013), perspetivando a adesão da UE à CEDH observa que os particulares, no contexto comunitário, apenas podem usar o recurso de anulação (artigo 263.º do TFUE) para impugnam atos ou omissões das instituições da UE que violem a CDFUE, não vendo plenamente assegurada a sua proteção, dada a sua capacidade ativa limitada no âmbito de tal preceito. Por outro lado, se a própria UE não estiver vinculada à jurisdição do TEDH jamais se poderá defender quando posta em causa devido a uma queixa efetuada com o fundamento de que um EM infringiu a CEDH no âmbito da aplicação de direito da UE. Tal como entendeu o TEDH no caso *Mathews*, “nos casos em que o poder do respetivo Estado não é discricionário, a União é responsável” (Quadros, 2013, p. 223). Por fim, dado que a CDFUE só pode ser aplicada pelos Tribunais nos casos de aplicação de Direito Comunitário, permanecem ausentes do controlo jurisdicional os

casos de violação de direitos por ela consagrados, onde não está em causa o Direito da UE (Quadros, 2013).

Apesar dos argumentos favoráveis, todavia, não faltam argumentos contra a adesão à CEDH. Inicialmente, a principal objeção era a falta de fundamento nos Tratados. Toth esclarece, à partida, que a *“Accession to the Convention, quite apart from a host of institutional, jurisdictional and technical complications, is almost certainly incompatible with the Treaty”* (1997, p. 528), uma vez que, tal como elucida Quadros (2008), poderá colocar em causa os princípios da autonomia e da uniformidade do direito da UE:

“met en cause l’autonomie du droit communautaire, étant donné qu’elle soumet les actes communautaires au contrôle d’un tribunal qui est étranger au système juridique de l’Union européenne, la Cour EDH, ce qui empêche la mise en place d’un système communautarisé harmonieux et cohérent (dans le sens d’un système propre de l’Union européenne) de protection des droits fondamentaux.”

Gaja destaca a possibilidade de existirem conflitos advindos da relação CDFUE e CEDH: *“The balance between the relevant rights may be differently placed in the various treaties. Therefore by giving maximum protection to one person’s economic or social rights, an infringement of another person’s rights may well occur”* (1999, p. 784), tanto mais, reforçados pela possível incompatibilidade da subordinação do TJUE ao TEDH (Toth, 1997), uma vez que aquele se apresenta como *“supreme interpreter of EU/EC law, of which the Charter would now form an integral part”* (Toth, 2002, pp. 187-188).

Duarte²⁴, por sua, vez refere-se à enorme dificuldade de articulação entre a jurisdição do TJUE e a jurisdição do TEDH. A *“necessidade de criar um duplo grau de jurisdição e de, assim, evitar riscos de divergência entre o TJ e o TEDH não colhe demonstração suficiente na jurisprudência comunitária sobre Direitos Fundamentais”* (2000, p. 34). Já Quadros elucida que, hoje, a dupla jurisdição já está enraizada no sistema processual, dando-se *“entre os tribunais estaduais, como tribunais comuns do Direito da União, e o TJUE”* (2013, p. 224). Assim, a dupla jurisdição entre TJUE e TEDH não será

²⁴ Maria Luísa Duarte começa por subscrever uma posição anti adesão na sua obra *Estudos de Direito da União e das Comunidades*, de 2000. Já em 2004 (*O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – Uma Defesa do “Triângulo Judicial Europeu”*) e em 2006 (*União Europeia e Direitos Fundamentais: no espaço da internormatividade*) os seus escritos transparecem uma mudança de posição, acolhendo a adesão da UE à CEDH.

uma inovação, desde que sejam preservadas as características específicas da UE no PAA, tal como consta do Protocolo n.º 8 e da Declaração *ad n.º 2* do artigo 6.º do TUE, anexos aos Tratados.

Outra objeção resulta dos diferentes critérios de reparação dos danos causados pela lesão de direitos fundamentais. Na verdade, a CEDH revela uma enorme fraqueza que consiste no seu ultrapassado critério de reparação razoável, *ex vi* do artigo 50.º da CEDH. O TEDH, na sua atuação, tem “levado a interpretação deste preceito ao extremo de aceitar que possa valer como reparação a simples declaração da violação da CEDH pelos Estados” (Quadros, 2013, p. 225).

Já no âmbito do Direito da União, embora ainda não seja definitivo o conceito e o conteúdo dos critérios de reparação por responsabilidade civil extracontratual por violação do Direito da UE, por um EM ou da própria UE, o TJUE, através da sua jurisprudência, já enunciou as orientações que devem ser seguidas nesse âmbito “e que nos permitem afirmar que o conceito de reparação está para o Direitos da União muito mais próximo do conceito moderno de reparação do Direito Internacional do que do conceito de reparação da CEDH” (Quadros, 2013, p. 226). Efetivando-se a adesão à CEDH, essa adesão significará um retrocesso na proteção dos direitos fundamentais no seio da ordem jurídica comunitária, bem como uma violação do Protocolo n.º 8 e da Declaração *ad n.º 2* do artigo 6.º do TUE, provocando “consequências muito nocivas, [e] um clima de atrito entre o Direito da União Europeia e o Direito da CEDH e, concretamente, entre a jurisprudência do TJUE e do TEDH” (Quadros, 2013, p. 226).

Note-se, no entanto, que esta divergência de critérios de reparação existe também entre os direitos nacionais e o da CEDH, sem que isso tenha servido de argumento contra a adesão dos Estados à CEDH.

De acordo com Quadros, outros inconvenientes “*sont, en réalité, deux véritables obstacles juridiques à l’adhésion*” (2008, p. 137). Trata-se de uma exaustão dos recursos internos até ao conhecimento pelo TEDH (Toth, 1997) , por um lado, e a inerente demora do processo (Toth, 1997 e 2002), por outro.

Quanto a esta indicação da exaustão de recursos prévia, há que distinguir duas situações: por um lado, a impugnação direta de atos da União junto dos respetivos tribunais por violação da CEDH (após a adesão da UE); por outro lado, a impugnação de um ato estadual de aplicação de um ato da União por violação da CEDH. Em qualquer dos casos,

o interessado deve esgotar as respetivas vias judiciais antes de recorrer para o TEDH. Todavia, no segundo caso, a questão pode chegar ao TEDH sem que a UE e o TJUE tenham oportunidade de se pronunciar sobre a queixa, pois o mecanismo de reenvio prejudicial dos tribunais nacionais para o TJUE pode não ser acionado por iniciativa dos tribunais nacionais, nem os particulares podem desencadeá-lo.

Nesse sentido, o Autor propõe a criação de um mecanismo através do qual o TJUE seja o primeiro a pronunciar-se sobre a validade de um ato em causa, por exemplo, pela via do reenvio prejudicial, uma vez que, “o juiz comum da validade dos atos do Direito da União é, e tem de continuar a ser, o TJUE, inclusivamente porque uma solução diferente poria em causa o princípio da uniformidade do Direito da União” (Quadros, 2013, p. 225) e, em seguida, o TEDH pronunciar-se-ia sobre a conformidade do ato da UE com a CEDH. “No fundo, trata-se de transpor para as relações entre o TJUE e o TEDH a doutrina *Foto-Frost*²⁵ que foi criada para as relações entre os tribunais nacionais e o TJUE” (Quadros, 2013, p. 225).

Refere-se também que sem adesão da UE à CEDH haveria direitos fundamentais salvaguardados no contexto de uma “Europa a “duas velocidades”” (Quadros, 2013, p. 227), onde a CEDH englobaria, de modo particular, a Europa de Leste, e a restante Europa aplicaria a CDFUE. No entanto, esta circunstância constitui de uma realidade inevitável, dada a impossibilidade de aplicação da CDFUE aos Estados Partes na CEDH e não membros da UE, por um lado; tendo em conta a ilegitimidade de impedir os EM da UE “de, como decorre do citado artigo 52.º, n.º 3, da Carta, acolherem e adotarem na Carta um nível de proteção dos direitos fundamentais superior ao fornecido pela CEDH”, por outro lado (Quadros, 2013, p. 227).

Como se demonstra impossível a “existência de um uniforme Direito Europeu dos Direitos do Homem, que abarque o conjunto dos Estados-membros da União Europeia, mais os Estados que são partes na CEDH mas que não são membros da União” (Quadros, 2013, p. 227), a alternativa mais coerente passa pela interpretação da CDFUE e da CEDH, somando-se as tradições constitucionais comuns aos EM, bem como pela atualização do conteúdo da CEDH.

²⁵ “Há que recordar que o artigo 177.º do Tratado atribui competência ao Tribunal para decidir, a título prejudicial, quer sobre a interpretação dos Tratados e dos actos das instituições comunitárias quer sobre a validade desses actos. Este artigo dispõe no segundo parágrafo que os órgãos jurisdicionais nacionais podem submeter essas questões ao Tribunal, e, no terceiro parágrafo, que são obrigados a fazê-lo se as suas decisões não forem susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno” (Foto-Frost, 1987, p. 4230).

Da forma como se apresenta este tratado, não se afigura vantajoso olhar para a CEDH como um verdadeiro compêndio de direitos fundamentais comum a todos os EM. Aliás, essa visão traduzir-se-ia numa clara violação do artigo 52.º, n.º 3, e do artigo 53.º da CDFUE, “e, num plano mais amplo, implicaria a degradação do nível de proteção dos direitos fundamentais já alcançado na União Europeia com a Carta, como decorre, aliás, dos mesmos preceitos” (Quadros, 2013, p. 228).

Também no âmbito jurisprudencial, dados “os efeitos negativos do paradoxo germanístico associado ao “triângulo judicial europeu”, expressão que (...) serve para designar (...) a coexistência de três diferentes sistemas de justiça no espaço europeu dos direitos fundamentais” (Duarte, 2006, p. 369), o caso *Matthews c. Reino Unido* (fevereiro de 1999) instituiu um ponto de viragem na jurisprudência, relativamente às relações entre o Direito comunitário e a CEDH (Duarte, 2004; Duarte, 2006). Até aí, a atuação do TEDH era entendida como subsidiária em relação aos tribunais da UE, pelo que os particulares deviam recorrer, prévia e necessariamente, a estes, *ex vi* da doutrina *Foto-Frost*. Por outro lado, em caso de inviabilidade de recurso, o TEDH poderia apreciar a violação de direitos resultante de um ato da Comunidade, mediante queixa contra os atos nacionais da sua aplicação (Duarte, 2006).

No caso em questão, foi vedada a inscrição nos cadernos eleitorais para as eleições europeias de junho de 1994 a uma cidadã residente em Gibraltar, fundamentando-se na Decisão de 1976 relativa às eleições diretas para o PE, a qual previa expressamente a sua não aplicação ao território mencionado. Considerando-se lesada nos seus direitos, por força da violação artigo 3º do Protocolo Adicional n.º 1 anexo à CEDH que obriga as Partes Contratantes a “organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo” (Alves, 2008, p. 359). Analisada a questão, tendo em conta, por um lado, a relação da colónia autónoma de Gibraltar com o Reino Unido, e, por outro, a autonomia da ordem jurídica da UE, “A pronúncia do Juiz de Estrasburgo sobre o caso *Matthews* assume a ruptura com o critério da auto-restrição” (Duarte, 2006, p. 406).

O “TEDH revelou a determinação própria de um tribunal que é, na lógica do sistema europeu, o garante último dos direitos fundamentais” (Duarte, 2006, p. 407).

Tendo analisado o sistema institucional comunitário, o TEDH declarou o Reino Unido como responsável pela violação do referido artigo do Protocolo Adicional n.º 1,

como resultado, da Decisão de 1976 relativa às eleições diretas para o PE que excluía Gibraltar, bem como tendo em consideração o TUE, uma vez que não estipulou a inaplicabilidade de tal ato comunitário em Gibraltar (Matthews c. R.U., 1999): “*The United Kingdom, together with all the other parties to the Maastricht Treaty, is responsible ratione materiae under Article 1 of the Convention and, in particular, under Article 3 of Protocol No. 1, for the consequences of that Treaty*” (Matthews c. R.U., 1999, n.º 33). Ou seja, o TJUE declarou o Reino Unido corresponsável pela norma da UE que infringiu os direitos eleitorais dos cidadãos de Gibraltar pela sua aplicação ao à cidadã em causa.

O impulso tomado redonda num crescente número de petições individuais dirigidas ao TEDH contra os EM da UE por atos das instituições comunitárias que alegadamente violam disposições da CEDH (Medeiros, 2001). Todavia, o posterior caso *Bosphorus c. Irlanda* (junho de 2005) parece inverter a determinação do TEDH, uma vez que se absteve de conhecer pormenorizadamente a questão em causa, dado que estava em causa uma norma da UE posteriormente executada a nível nacional (Moreira, 2014).

Neste caso, por via de uma queixa submetida por uma empresa turca ao TEDH, a Irlanda foi acusada, no âmbito de aplicação de um Regulamento do Conselho da UE (considerado válido pelo TJUE), de infringir as suas obrigações enquanto Parte Contratante da CEDH, nomeadamente o artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 anexo à CEDH²⁶: “*The applicant company alleged that the impounding of its leased aircraft by the respondent State had breached its rights under Article 1 of Protocol No. 1*” (Bosphorus, 2005, n.º 3).

Todavia, o Juiz de Estrasburgo considerou não existir qualquer violação, esclarecendo que “*a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organization*” (Bosphorus, 2005, n.º 156). Este entendimento, refletindo um retrocesso, reafirma o princípio da proteção equivalente, onde o “Juiz Estrasburgo, sem enjeitar a sua competência de controlo sobre o Direito Comunitário, evidenciava a preocupação de não se imiscuir nos critérios de interpretação e de aplicação das normas comunitárias, confiando que o Juiz do Luxemburgo asseguraria” (Duarte, 2004, p. 751), que o sistema

²⁶ A Irlanda apreendeu um avião de uma companhia aérea jugoslava, alugado pela companhia aérea turca, Bosphorus Airways, nos termos do mencionado Regulamento comunitário que transpunha uma Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas que executava medidas sancionatórias contra a antiga República Jugoslava.

comunitário e o sistema europeu, seriam colocados ao mesmo nível (Bosphorus, 2005, n.º 155):

“In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides.”

Qualificada como “infeliz” por Moreira (2014, p. 236), esta decisão não deve ser interpretada “no sentido de excluir a intervenção garantidora do TEDH em situações que envolvam a potencial violação da CEDH por acção ou omissão do decisor comunitário, incluindo o TJCE” (Duarte, 2006, p. 417).

2.3. Na rota da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Apesar do carácter vinculativo da CDFUE desde a entrada em vigor do TL, a questão da adesão da UE à CEDH continua em debate, reforçada pelas dificuldades de interpretação e aplicação coerente dos direitos consagrados na CDFUE (devido aos vários protocolos e declarações adjacentes), limitando, muitas vezes, os seus próprios efeitos. Ficando frustradas as expectativas de dotar a União de um instrumento completo de garantia dos direitos fundamentais, *“L'adhésion de la Communauté à la Convention comblera une lacune existante dans la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire”* (Ramos, 1999, p. 211).

Não desvirtuando o valor normativo da Carta, que foi mais além do que a CEDH nas matérias consagradas – cada qual correspondendo a “uma fase e a uma prioridade na história” (Duarte, 2006, p. 104) –, certo é que a relação UE/CEDH tinha ganho ânimo desde a sua previsão no TUE de 1992. Aliás, *“The ECHR has acquired special significance among the case law of the ECJ and even more so in (...) ex Article F(2)) of the (...) (TEU), which does not refer to any treaty other than the ECHR”* (Gaja, 1999, p. 794).

Com o artigo 6.º, n.º 2, na redação conferida por Lisboa, contrariando o resultado obtido no Parecer 2/94, estabeleceu-se a adesão da UE à CEDH. Fruto dessa concretização

normativa, a Comissão Europeia, autorizada pelo Conselho e apoiada pelo PE, encetou negociações com a delegação *ad hoc* do CdE no sentido de elaborar formalmente um projeto de acordo para concretizar esse preceito.

2.3.1. *Modus operandi* da adesão

Tomando em consideração o que se estabelece no TL e no Protocolo n.º 8, anexo ao TL, a adesão da UE à CEDH terá que se efetuar “por via de um convénio bilateral entre a União, por um lado, e os Estados-parte da Convenção, por outro lado” (Moreira, 2014, p. 218).

“Não vai ser fácil a adesão da União à CEDH” (Quadros, 2013, p. 228). De acordo com o disposto no artigo 218.º do TFUE, é estabelecido um procedimento rigoroso: iniciativa da Comissão e respetivo mandato conferido pelo Conselho, por unanimidade; negociação do acordo pela Comissão, acompanhada pelo Conselho e pelo PE; conclusão do acordo mediante autorização do Conselho, por unanimidade, após aprovação pelo PE; aprovação do acordo por todos os EM da UE, de acordo com os seus procedimentos constitucionais. Este conjunto de etapas (obrigatórias) redundam, em última análise na existência de uma tripla unanimidade entre os EM (Duarte, 2013; Mesquita, 2013; Quadros, 2013; Moreira, 2014): relativamente ao mandato da negociação e no momento da conclusão do acordo, bem como na aprovação desse a nível nacional, *ex vi* do artigo 218.º, n.º 6, alínea a), ii) e n.º 8 do TFUE. Este processo representa a possibilidade dum “direito de veto de cada um deles” (Moreira, 2014, p. 218).

A este procedimento normativamente vinculativo acresce a faculdade de fiscalização prévia relativamente à compatibilidade do acordo com os Tratados da UE, exercida pelo TJUE, a pedido de qualquer EM ou das instituições intervenientes (PE, Conselho ou Comissão), tal como estabelecida no artigo 218.º, n.º 11 do TFUE (Mesquita, 2013; Moreira, 2014), revestindo carácter vinculativo caso o parecer proferido seja negativo (Mesquita, 2013).

Do lado das Partes Contratantes da CEDH, de acordo as alterações introduzidas pelo Protocolo Adicional n.º 14, nomeadamente o aditamento introduzido no artigo 59.º da CEDH, o acordo requer a ratificação dos 47 Estados que são Partes Contratantes (Duarte, 2013; Quadros, 2013; Moreira, 2014).

Este procedimento de adesão da UE à CEDH acaba por conferir um voto duplo aos EM da UE: “como Estados-membros da União, têm de aprovar a conclusão do acordo por ela; como Estados-parte na Convenção, têm de o ratificar juntamente com os demais Estados-parte” (Moreira, 2014, p. 219).

2.3.2. Trabalhos preparatórios

Como salienta Duarte, “A transformação da União Europeia em Parte Contratante da CEDH coloca dificuldades técnico-processuais, há muito identificadas” (2006, p. 420), sendo necessário habilitar as duas partes para que a adesão se efetue continuamente, e se alcance “uma *“Europa de Direito”* - que partilha os mesmos valores e converge sobre a necessidade de uma trincheira comum de defesa da *“Europa dos direitos”*” (Duarte, 2006, p. 420).

Do lado da UE, não obstante a Declaração Comum do PE, do Conselho e da Comissão, de 5 de abril de 1977, onde estas três instituições reconheceram e sublinharam a importância primordial dos direitos fundamentais tal como resultam das constituições dos E-M e da CEDH, declararam que “*Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits*” (Declaração Comum do PE, do CE e da Comissão, 1977, p. 1), a primeira proposta formal para a adesão à CEDH partiu da Comissão, por meio de um *memorando*, de 4 de abril de 1979.

Nele evidenciava-se a necessidade de reforçar a proteção dos direitos fundamentais, fruto do crescente número de relações jurídicas da Comunidade, com cada cidadão individualmente considerado. Desse modo, a Comissão “*believes that the best way of replying to the need to reinforce the protection of fundamental rights at Community level, at the present stage, consists in the Community formally adhering to the (...) ECHR*” (Memorando da Comissão, 1979, p. 5). Contudo, o Conselho “*delayed discussion of the matter until April 1986, when the question was left to further reflection*” (Gaja, 1996, p. 974), acabando por não dar andamento à proposta.

Em 1990, a iniciativa da Comissão renovou-se, desta feita, por meio de uma *Comunicação* dirigida ao Conselho, em 19 de novembro. Não dando seguimento a esta proposta, dadas as dificuldades jurídicas de apreciação relativamente à existência de

competência da Comunidade para finalizar o acordo de adesão à CEDH, bem como da *compatibilidade dessa adesão* com determinadas disposições do Tratado, nomeadamente as normas que estabeleciam a jurisdição exclusiva do TJCE, impedindo-o de tomar uma decisão, resolveu suscitar a questão da legalidade da adesão junto do TJCE (funcionando como órgão consultivo), ao abrigo, do então, artigo 288.º, n.º 6 do Tratado CE (Gaja, 1996; Moreira, 2001a e 2003), em abril de 1994.

O TJCE concluiu que os Tratados existentes não conferiam autorização expressa para tal adesão, sendo, para tanto, necessário alterá-los. A posição assumida revelou um afrouxamento na unificação política, por um lado, e “(re)coloca os Tratados institutivos no epicentro do processo de decisão que define o rumo e os ritmos de andamento do projecto comunitário” (Duarte, 2000, p. 35) por outro, na medida em que “*apart from its specific external development policy powers, the Community has no real powers or competence to act in the field of human rights*” (Búrca, 2001), pensamento também acompanhado por Duarte (2006).

Vinte anos depois, após a entrada em vigor do TL²⁷, com as inerentes e inevitáveis alterações aos textos normativos, a UE adere à CEDH, por força do que se estabeleceu no artigo 6.º, n.º 2, do TUE. Assim, “foi despoletado, na perspetiva interna da ordem Jurídica da União, o processo formal de tomada de decisão conducente à abertura do procedimento de negociação e de celebração do acordo de adesão da União à CEDH” (Mesquita, 2013, p. 233). Todavia até à adesão, o percurso é longo, dado que é necessária a aceitação de todos os EM da UE e de todos os Estados-parte na CEDH, bem como a observância do procedimento decisório estabelecido nos Tratados (Moreira, 2014).

Em dezembro de 2009 (mês da entrada em vigor do TL), no âmbito do Programa de Estocolmo adotado pelo Conselho a Comissão foi convidada a apresentar uma proposta (com carácter de urgência) sobre a adesão à CEDH, uma que vez este considerou que a UE deveria ser reforçada, assegurando em todas as suas áreas de atividade uma promoção ativa dos direitos fundamentais (Mesquita, 2013).

Em março de 2010, depois da análise da Nota da Presidência da União Europeia, dirigida ao COREPER e ao Conselho, acerca da adesão da União à CEDH, a Comissão aprovou uma recomendação dirigida ao Conselho no sentido de obter autorização para negociar o acordo de adesão (Mesquita, 2013). Essa autorização do Conselho (na formação

²⁷ A Reforma de Amesterdão (1997), bem como a de Nice (2001) não abordaram o tema. Já o malogrado TECE (2004) estipulava a adesão da UE à CEDH.

Justiça e Assuntos Internos) chegou somente em junho, após a emanção de um *Documento de reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre determinados aspectos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (5 de maio de 2010) e de um *Relatório do PE sobre os aspetos institucionais da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (19 de maio de 2010).

As reflexões do TJUE versando sobre *determinados aspetos* do “projecto de decisão do Conselho da União Europeia que autoriza a Comissão a negociar o acordo de adesão da União à Convenção” (TJUE, 2010, p. 1), almejam o sucesso na conclusão de tal projeto. No seu *documento* começou por reforçar a ideia de que a adesão da UE à CEDH está sujeita a “condições particulares distintas das previstas em caso de adesão por parte de um Estado” (TJUE, 2010, p. 2).

Nesse sentido, devem ser mantidas as competências da UE bem como consideradas as características próprias da União e da respetiva ordem jurídica no momento da adesão, *ex vi* do artigo 6º, n.º 2 do TUE e Protocolo n.º 8, anexo aos Tratados, designadamente a regra segundo a qual, em geral, “a acção da União apenas produz os seus efeitos em relação aos particulares através das medidas nacionais de execução ou de aplicação” (TJUE, 2010, pp. 2-3). Quando se trate de impugnação direta de um ato da União, caso um particular não fique satisfeito com a protecção conferida pelo TJUE poderá aceder ao TEDH mediante o esgotamento das vias de recursos internas. Todavia, “ao contestarem medidas nacionais de aplicação ou de execução do direito da União, os particulares podem indirectamente pôr em causa a acção da União” (TJUE, 2010, p. 3).

O TJUE ressalva que esta característica, no âmbito da adesão, “deve ser considerada no contexto dos princípios que regulam o funcionamento dos mecanismos de fiscalização instituídos pela Convenção, nomeadamente o princípio da subsidiariedade” da intervenção do TEDH (TJUE, 2010, p. 3), sendo da competência, em primeira linha, dos órgãos jurisdicionais da estrutura interna da UE impedir, ou caso não seja possível, fiscalizar e sancionar as possíveis violações à CEDH. Ademais, como expõe o TJUE, com fundamento no princípio da subsidiariedade, sendo a questão suscetível de recurso para o TEDH deverá sempre existir uma fiscalização prévia exercida pelos órgãos jurisdicionais dos EM ou da UE (TJUE, 2010).

Apesar de a CEDH não estabelecer como requisito de admissibilidade de recurso para o TEDH que, em todo os casos, tenha sido previamente chamado a pronunciar-se o órgão jurisdicional supremo acerca da alegada violação de direitos fundamentais, certo é que essa projeção, no âmbito do sistema jurisdicional da UE, garante que “quando um acto da União é impugnado, possa ser chamada a pronunciar-se uma jurisdição da União a fim de efectuar uma fiscalização interna antes de a fiscalização externa ter lugar” (TJUE, 2010, p. 5).

O TJUE concluiu, dispondo, que o acordo de adesão da UE à CEDH deverá “respeitar o princípio da subsidiariedade inerente à Convenção e assegurar simultaneamente o bom funcionamento do sistema jurisdicional da União” (TJUE, 2010, p. 5), garantindo que seja possível submeter um litígio ao TJUE que tenha por objeto uma questão de validade de um ato da UE antes da decisão sobre a conformidade desse ato com a CEDH pelo TEDH (TJUE, 2010).

Já o relatório do PE, incidindo sobre os aspetos institucionais da adesão da UE à CEDH, depois dos iniciais considerandos, salientou os principais argumentos em prol da adesão à CEDH, dos quais se destacam o reforço da União política, o aumento da “credibilidade da União perante os países terceiros aos quais exige regularmente, no quadro das suas relações bilaterais, que respeitem a CEDH” (PE, 2010, p. 4), a harmonização legislativa e jurisprudencial no âmbito do ordenamento jurídico da UE e da CEDH em matéria de direitos humanos, contribuindo “para o desenvolvimento harmonioso dos dois tribunais europeus” (PE, 2010, p. 5), o “controlo judicial externo de toda a actividade da UE” (PE, 2010, p. 5), destaca ainda, a relação que se estabelecerá entre o TJUE e o TEDH, referindo que por força do princípio da autonomia o TJUE sempre será o “órgão jurisdicional supremo e único no que respeita às questões que se prendem com o direito da União e a validade dos seus actos” (PE, 2010, p. 5). Nessa medida, o TEDH funcionará como órgão especializado subsidiário e o estatuto do TJUE assemelhar-se-á ao dos Supremos Tribunais dos EM, relativamente ao TEDH.

Sendo que o PE reconhece que “o principal valor acrescentado adveniente da adesão da UE à CEDH reside no recurso individual contra actos de aplicação do direito da União por parte das suas instituições ou dos Estados-Membros” (PE, 2010, p. 6), é, no entanto, necessário “satisfazer a condição de esgotamento das vias de recurso internas referida no artigo 35.º da CEDH” (PE, 2010, p. 7), no que respeita às vias de recurso

judicial do Estado do demandante, bem como no que se refere ao pedido de decisão prejudicial para o TJUE (PE, 2010), para que essa adesão seja sensata. Como mencionou Pais “Sugeriu-se que não era necessário um mecanismo específico entre os dois tribunais, e como consequência o esgotamento das vias legais continuaria a ser (...) imperativo e necessário para se respeitar o princípio da subsidiariedade, inerente à convenção e ao efetivo funcionamento” (2014, p. 153) do sistema jurisdicional comunitário.

O PE reafirma algumas das *reflexões* feitas pelo TJUE²⁸, e evidencia os aspetos que devem ser tomados em consideração aquando das negociações levadas a cabo pela Comissão Europeia com os Estados-parte na CEDH²⁹.

Não obstante a autorização conferida à Comissão Europeia, as negociações deveriam, então, ter presentes o preceito 6.º, n.º 2 do TUE e o Protocolo n.º 8, bem como a Declaração *ad n.º 2* do artigo 6º do Tratado da União Europeia, garantindo a manutenção das competências da UE após a adesão à CEDH, prever a intervenção da UE nos órgãos de controlo da CEDH, manter a exclusividade do TJUE como órgão jurisdicional na interpretação e aplicação do Direito da UE e, ainda, estabelecer um conjunto de mecanismos por forma a “garantir que, consoante o caso, as queixas e os processos sejam dirigidos contra a União ou os seus Estados membros, a não afetação da situação e das obrigações dos Estados em relação à CEDH” (Mesquita, 2013, p. 235).

Do lado do CdE também foi analisada a questão da adesão da UE à CEDH através de vários documentos, entre os quais se destaca o *Rapport adopté par le Comité directeur pour les Droits de l'Homme*, de junho de 2002, através do qual foi feito um *étude des questions juridiques et techniques d'une adhésion des CE/de l'UE a la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, “*en particulier en termes d'amendements à la CEDH*,

²⁸ Nomeadamente, a manutenção de iguais competências por parte da UE mesmo após a adesão, por força do artigo 6.º, n.º 2 do TUE e do Protocolo n.º 8, anexo ao TL e a harmonização legislativa e jurisprudencial no âmbito da UE e da CEDH por força de uma maior conexão dos dois Tribunais.

²⁹ Das quais se destacam as seguintes: no âmbito do artigo 2.º do Protocolo n.º 8 a adesão à CEDH não deverá afetar a situação particular dos EM relativamente à CEDH e Protocolos Adicionais, “nem no tocante a eventuais derrogações e reservas expressas pelos Estados-Membros em particular, e que tais circunstâncias não deverão influenciar a posição da União face a CEDH” (PE, 2010, p. 5); a Comissão deve ser mandatada para negociar, também, a adesão aos Protocolos Adicionais n.ºs 1, 4, 6, 7, 12 e 13 da CEDH, relativos aos direitos correspondentemente consagrados na CDFUE, independentemente da ratificação pelos EM da UE (PE, 2010); apesar de a adesão à CEDH não converter a UE em membro do CdE, é necessária a participação desta nas instâncias da CEDH. Assim, deverá dispor de um conjunto de direitos garantindo “uma boa integração da União no sistema da CEDH” (PE, 2010, p. 6), nomeadamente “Direito de apresentar uma lista de três candidatos para as funções de juiz”, “Direito de participar nas reuniões do Comité de Ministros”, “Direito de o Parlamento Europeu designar/enviar um certo número de representantes a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa” (PE, 2010, p. 6), no âmbito das eleições de juizes para o TEDH.

pour rendre l'adhésion possible", sendo o seu objetivo "*identifier et de clarifier ces questions techniques et juridiques qui pourraient être utiles dans le contexte de toute décision future sur la question de l'adhésion*" (CdE, 2002, p. 3), bem como as Declarações das Conferências de Alto Nível sobre o futuro do TEDH³⁰ (no âmbito do seu processo de reforma), organizadas pela presidência do Comité de Ministros, nas quais era mencionada a questão da adesão da UE à CEDH, "encorajando os trabalhos e a apresentação ao Comité de Ministros de um projeto de acordo de adesão com as necessárias alterações àquele tratado internacional regional – não versando todavia sobre as questões jurídicas concretas inerentes à adesão da União à CEDH" (Mesquita, 2013, pp. 239-240).

Em 26 de maio de 2010, o Comité de Ministros do CdE autorizou o Comité Diretivo para os Direitos Humanos (CDDH), conferindo-lhe um mandato *ad hoc* para elaborar com a Comissão Europeia o instrumento jurídico necessário à efetivação da adesão da UE à CEDH. Esse instrumento deveria prever a participação da UE no sistema da CEDH, examinando todas as questões jurídico-técnicas adstritas.

2.4. O projeto de adesão

As negociações entre a UE e a CEDH iniciaram-se a 7 de julho de 2010 com a criação de um grupo de trabalho informal sobre a adesão da UE à CEDH (CDDH-UE) e, como destacou Mesquita (2013), este grupo tinha como missão

“discutir e elaborar (...) as questões subjacentes à adesão, designadamente o âmbito da adesão, em especial no que toca aos Protocolos adicionais à CEDH, as adaptações técnicas do texto da Convenção, a participação da União nos órgãos do Conselho da Europa com a competência no sistema de garantia instituído pela CEDH, incluindo a sua participação financeira ou as adaptações necessárias ao sistema instituído pela CEDH decorrentes das especificidades do sistema da União Europeia.”

³⁰ Declaração de Interlaken de 19 de fevereiro de 2010 da Conferência de Alto Nível sobre o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Declaração de Izmir de 26-27 de abril de 2011 da Conferência de Alto Nível sobre o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Também os Tribunais dos dois ordenamentos jurídicos, se debateram sobre a adesão da UE à CEDH (17 de janeiro de 2011), principalmente sobre a questão da intervenção prévia por parte do TJUE nos casos em que a UE seja codemandada, resultando numa Declaração conjunta, dos dois Presidentes dos Tribunais, sobre a adesão (Mesquita, 2013).

A primeira ronda de negociações do grupo informal sobre a adesão da UE à CEDH culminou no *Projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* no final da 8.ª reunião, a 24 de junho de 2011, o qual foi “submetido às duas partes” (Moreira, 2014, p. 219).

Entre as medidas propostas, destacam-se a eleição de um juiz em representação da UE, com o mesmo estatuto que os juízes das Partes Contratantes; possibilidade de os outros Estados poderem desencadear processos contra a UE, tendo esta igual possibilidade; apreciação prévia pelo TJUE da compatibilidade do Direito da União com a CEDH, antes de o TEDH se pronunciar (Pais, 2014).

Após a apresentação do CDDH, em 14 de outubro de 2011, de um *Relatório ao Comité de Ministros sobre a elaboração de instrumentos jurídicos para a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (Mesquita, 2013), “seguiu-se um período de suspensão, sem que o Conselho da União tenha dado luz verde para a assinatura do acordo” (Moreira, 2014, p. 219).

Foram retomadas as negociações em 2012 e 2013 com a adoção de vários documentos, um dos quais proveniente do Conselho “com algumas propostas de emenda do projeto” (Moreira, 2014, p. 220) de adesão à CEDH. A 5 de abril de 2013 foi apresentado o *final report to the CDDH*, resultado da *fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Union to the European Convention on Human Rights*. Recordando a *reflexão* do PE de que “o acordo relativo à adesão da União à CEDH deve reflectir a necessidade de preservar as características específicas da União e do direito da União” (2010, p. 4).

Da leitura do projeto de acordo pode concluir-se que este consiste num

“draft agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, a draft declaration

by the EU, a draft rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases to which the EU is a party, a draft model of a memorandum of understanding and a draft explanatory report to the Accession Agreement. They all form a package and are equally necessary for the accession of the EU to the Convention.”

Neste PAA, o Representante da UE ressaltou que, antecedendo a terceira fase do procedimento de adesão (unanimidade do Conselho precedida de assentimento do PE), seria dirigido em primeiro lugar, *“an opinion of the Court of Justice of the European Union would be sought on the compatibility of the draft agreement with EU treaties”* (CdE, 2013, p. 2), em segundo lugar *“the Council of the European Union would have to adopt unanimously the decision authorising the signature of the Accession Agreement”* (CdE, 2013, p. 2), a qual depende de um acordo político relativamente às regras internas da UE. É nesta última versão do projeto de adesão *“que se equacionam, do ponto de vista do contencioso da União Europeia, as questões jurídicas relevantes subjacentes à adesão da união à CEDH”* (Mesquita, 2013, p. 243), redundando no Parecer 2/13 do TJUE.

2.4.1. Âmbito da adesão

O projeto de acordo dedicou o seu artigo 1.º ao âmbito da adesão da UE à CEDH. Nesse sentido, estabeleceu-se no n.º 1 que *“The European Union hereby accedes to the Convention, to the Protocol to the Convention and to Protocol No. 6 to the Convention”* (CdE, 2013, p. 4), somando ao elenco da CEDH, respetivamente, o direito de propriedade, o direito à instrução, o direito de voto e a abolição da pena de morte.

O TL, no seu artigo 6.º, n.º 2 do TUE somente refere a adesão da UE à CEDH, nada referindo acerca dos protocolos. Todavia, no que se refere aos protocolos de índole processual (Protocolos Adicionais n.ºs 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 e 14) a UE sempre estará vinculada à sua adesão uma vez que deixando de ter existência formal, o seu conteúdo é introduzido no corpo da Convenção. No que se refere aos restantes Protocolos, *“os que acrescentam novos direitos ao elenco constante da secção II da Convenção, que*

consustancia o *bill of rights* europeu propriamente dito” (Moreira, 2014, p. 225), fica a cargo da Comissão decidir se quer também aderir a estes protocolos (e a quais).

Já o artigo 2.º do PAA, sob epígrafe *Reservations to the Convention and its protocols*, prevê a possibilidade de a UE apor reservas à Convenção e ao Protocolo Adicional n.º 1, de acordo com o (renovado) artigo 57.º da CEDH, no momento da assinatura ou aquando do seu consentimento para se vincular pelo acordo.

Uma vez que esta possibilidade de formular reservas figura para qualquer Estado no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, seria ilógico que tal não fosse permitido à UE, não obstante não ser *ipis verbis* um Estado. Nas palavras de Moreira, “Não existe nenhuma razão para que a União não goze do mesmo direito (2014, p. 226). Aliás, o artigo 2.º do Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados manda observar as reservas feitas pelos EM à CEDH por forma que essa adesão não afete a situação dos EM em relação à CEDH. Como atenta Moreira (2014),

“se a União não fizer reservas idênticas, esses Estados podem ver-se na situação de perder a proteção dessas reservas aquando da execução de atos da União, em que passam a estar vinculados pela Convenção, que se torna direito interno da União.”

2.4.2. Efeitos da adesão

Salvaguardando-se desde o início que as competências da UE jamais poderão ser alteradas independentemente da circunstância, tal como dispõe o artigo 1.º, n.º 3 do PAA – “*Nothing in the Convention or the protocols thereto shall require the European Union to perform an act or adopt a measure for which it has no competence under European Union law*” (CdE, 2013, p. 5) – e tendo em consideração as restantes *considerações* das instituições da UE, nomeadamente PE e TJUE, acerca do teor do PAA, bem como observada a disponibilidade demonstrada pelo CdE em encetar as modificações necessárias na CEDH, o projeto de acordo realiza-se do ponto de vista de três concretizações: em primeiro lugar, consustancia a adesão da UE – incorporando-se na sua ordem jurídica – e a aceitação da mesma pelas Partes Contratantes da CEDH; em segundo lugar, introduz na CEDH as alterações imprescindíveis no plano técnico (linguagem jurídica) e no plano

processual (qualidade de *co-respondente* da UE e dos seus EM e alcance do âmbito jurisdicional do TEDH); em terceiro lugar, explicita a extensão da participação da UE no âmbito dos procedimentos do CdE relacionados com a CEDH.

2.4.2.1. Incorporação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos na ordem jurídica comunitária

Com a adesão formal da UE e a consequente aceitação da mesma pelas Partes Contratantes da CEDH, este tratado internacional passa a figurar da ordem jurídica da União, revelando-se como fonte autónoma de direito (Moreira, 2014).

Por força da adesão a um qualquer tratado internacional, e seguindo a teoria das fontes de direito da União, este entrará diretamente na ordem jurídica da União, sem necessitar de ser transposto, prevalecendo sobre o direito interno. Dessa forma, com a efetiva adesão da UE à CEDH, contrariando a regra segundo a qual todas as convenções internacionais onde a UE seja parte jamais podem prevalecer contra o direito primário (embora dotadas de valor supralegislativo), esta, pela “sua própria natureza (...) prevalece sobre todo o direito da União, tal como prevalece sobre todo o direito dos Estados-membros” (Moreira, 2014, p. 228): todas as Parte Contratantes aceitam a primazia da CEDH sobre o seu âmbito de atuação.

No caso dos EM da UE e ao mesmo tempo Partes Contratantes da CEDH, trata-se de uma *sujeição dupla*: por um lado, apesar de este princípio não estar inscrito formalmente no articulado do Tratado de Lisboa nem em nenhum dos seus protocolos, a *Declaração sobre o primado do direito comunitário* (Declaração n.º 17 anexada à Acta Final), “lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”; por outro, enquanto Partes Contratantes de um Tratado Internacional, a sua atuação deve ser conforme com o teor normativo em causa. Todavia, poderão existir situações em que o próprio direito primário da UE viole disposições normativas da Convenção.

Com a efetivação da adesão, por referência ao artigo 6.º, n.º 2 do TUE e ao Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados, o n.º 3 do artigo 6.º do TUE o qual explicita que “Do

Direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”, esta norma mantém o seu significado ao continuar a considerar tais direitos como princípios gerais.

2.4.2.2. Alterações técnicas e processuais na Convenção Europeia dos Direitos Humanos

No preâmbulo do PAA pode ler-se que “*Considering that, having regard to the specific legal order of the European Union, which is not a State, its accession requires certain adjustments to the Convention system to be made by common agreement*” (CdE, 2013, p. 4). Assim, todos os preceitos com referências estatais são alterados, adaptando a CEDH a essa nova circunstância.

No artigo 1.º, n.º 2 do PAA procede-se à alteração do artigo 59.º, n.º 2 da CEDH. De acordo com a nova redação a UE adere à CEDH e seus protocolos, bem como o acordo de adesão “*constitutes an integral part of this Convention*” (CdE, 2013, p. 4). No n.º 5, também se opera uma alteração terminológica. Assim, as nomenclaturas “*State*”, “*States*”, or “*States Parties*” (CdE, 2013, p. 5), devem ser entendidas como abrangendo a UE na sua qualidade de Parte Contratante não estatal da CEDH; “*national law*”, “*administration of the State*”, “*national laws*”, “*national authority*”, or “*domestic*” (CdE, 2013, p. 5), devem também valer para a ordem jurídica da UE vista como Parte Contratante não estatal da CEDH, para as suas instituições, órgãos, organismos ou agências; “*national security*”, “*economic well-being of the country*”, “*territorial integrity*”, or “*life of the nation*” (CdE, 2013, p. 5), devem ser considerados aquando de uma ação intentada contra a UE, ou no caso de esta figurar como *co-respondente*, quando esteja em causa a atuação (passiva ou ativa) de um EM da UE, conforme a UE atue a título individual ou a título coletivo (CdE, 2013). O n.º 7 esclarece que os termos *país* e *território de um Estado*, abrange cada um dos territórios dos EM da UE aos quais se aplique o TUE e o TFUE.

No que respeita a alterações processuais, destaca-se desde logo a qualidade de *co-respondente* da UE e dos seus EM, no artigo 1.º, n.º 4 do PAA.

Nos casos em que exista um ato, medida ou omissão de um organismo de um EM em aplicação de um ato da União, essa atuação deve ser atribuída a esse EM; tal *“occurs when the State implements the law of the European Union, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union”* (CdE, 2013, p. 5). O que não significa que a UE não possa ser *co-responsabilizada* pela violação resultante de tal ato, medida ou omissão, tal como resulta do n.º 2 do artigo 3.º do PAA:

“Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of European Union law, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law”.

Isso sai reforçado ainda pelo n.º 1 do mesmo preceito, onde se prevê que *“a new paragraph 4 shall be added at the end of Article 36 of the Convention”* (CdE, 2013, p. 6). Por via deste mecanismo a UE *“pode vir a ser co-responsabilizada e co-condenada por queixas dirigidas contra os seus Estados-membros”* (Moreira, 2014, p. 230).

Todavia, quando em causa se encontra uma violação à CEDH por uma omissão de um ato devido por um EM da UE, embora esta não possa ser *“responsável pelas omissões do seus Estados-membros, mesmo quando em (des)aplicação do direito da União”* (Moreira, 2014, p. 233), tanto mais se atentarmos que o disposto no artigo 6.º, n.º 2 do TUE e no Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados, é reiterado pelo PAA (artigo 1.º, n.º 3), na medida em que:

“Accession to the Convention and the protocols thereto shall impose on the European Union obligations with regard only to acts, measures or omissions of its institutions, bodies, offices or agencies, or of persons acting on their behalf.

Nothing in the Convention or the protocols thereto shall require the European Union to perform an act or adopt a measure for which it has no competence under European Union law”.

Acresce ainda, como destaca Moreira, que são se demonstram “claras e indisputáveis as fronteiras das atribuições da União e dos Estados-membros, que dependem da interpretação das normas dos Tratados” (2014, p. 233).

O princípio da subsidiariedade e a “cláusula de flexibilidade” do art. 352.º TFUE complicam ainda mais a delimitação das fronteiras” (Moreira, 2014, p. 233), ficando vedado ao TEDH decidir sobre questões relacionadas com limites da ação da UE (apenas reservadas ao TJUE). Assim, dada a manutenção de dúvidas relativamente à questão da competência da UE para agir, o único critério a adotar é, e bem, a *co-responsabilização*, sendo demandados no mesmo processo EM e UE (Moreira, 2014). Como se trata de um mecanismo de carácter facultativo, *ex vi* do artigo 3.º, n.º 3 do PAA, nos casos em “*an application is directed against the European Union*” (CdE, 2013, p. 7), na hipótese de os EM não se constituírem *co-respondentes*, não resta ao TEDH outra alternativa que não seja condenar a UE “por omissão de atos devidos, sem cuidar de saber se ela é competente para os praticar” (Moreira, 2014, p. 233).

Esta inovação, estabelecida em moldes específicos para a UE relativamente à atuação dos EM aquando da aplicação de direito primário, suscita duas observações pertinentes. A primeira relaciona-se com a possível incompatibilidade do direito primário da UE com o conteúdo normativo da CEDH. A segunda relaciona-se com o direito (processual) de queixa contra outras Partes Contratantes da CEDH.

Quanto à primeira, em caso de violação de um direito estabelecido na CEDH por qualquer Parte Contratante, esta condena tal prática. Assim, poderão ser formuladas queixas por alegada violação da Convenção pelas próprias normas de direito primário da UE.

No entanto “a “Constituição” da União consubstancia-se em tratados internacionais cujos “donos” são os próprios Estados-membros, não a União” (Moreira, 2014, p. 223). Assim, caso haja lugar a uma condenação da UE devido a uma norma dos Tratados violar a CEDH, a reparação inerente não pode ser levada a cabo pela própria UE, por força do artigo 5.º, n.º 2, do TUE. Nesta circunstância a opção perspectivada no PAA

prima pela oportunidade de os queixosos efetivarem a queixa contra a UE, dirigindo-se ao TEDH, admitindo que os EM se juntem ao processo (*co-respondentes* a título facultativo), ao invés da necessidade de demandarem coletiva e solidariamente os próprios EM (Moreira, 2014).

Quanto à segunda, dado que a UE passa a ser Parte Contratante, à partida terá direito de apresentar queixas contra outra Parte na Convenção, devendo o artigo 33.º da CEDH ser modificado no sentido de a abranger.

Em sentido oposto, também a UE será objeto de queixa por parte de outras Partes Contratantes da CEDH. Contudo os EM da UE, embora Partes Contratantes da CEDH, ficam excluídos de tal possibilidade, apesar de o PAA não afastar essa hipótese, por força dos Tratados da UE nomeadamente por força do artigo 259.º do TFUE onde se estabelece que “Qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados”.

Desta forma, assegura-se que “os actos adoptados por órgãos ou organismos criados pelas instituições da União no âmbito da prossecução das respectivas atribuições estão submetidos a escrutínio judicial nos mesmos termos em que estão os actos adoptados pelas instituições da União” (AA.VV., 2012, p. 947), sendo o TJUE competente para conhecer, entre outros, da “violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-Membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão”, conforme consagra o artigo 263.º do TFUE. Acresce que segundo o disposto no artigo 344.º do TFUE “através de uma obrigação de *non facere*” (AA.VV., 2012, p. 1208) o TJUE estabelece o seu monopólio jurisdicional por forma a interpretar e aplicar o Direito europeu (AA.VV., 2012), uma vez que “Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos” (artigo 344.º do TFUE), imposição também referida no artigo 3.º do Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados.

No que se refere ao disposto no artigo 36.º da CEDH, também este se deve estender à UE. Como denota Moreira, uma vez que os cidadãos da União são necessariamente nacionais de um dos EM, nesse caso, a UE “terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências” (artigo 36.º, n.º 1 da CEDH) “ao

lado do Estado-parte da nacionalidade do queixoso” (Moreira, 2014, p. 230), ou em caso de convite do presidente do TEDH mesmo que não seja parte no processo em causa, de acordo com o disposto no artigo 36.º, n.º 2 da CEDH.

No que respeita ao âmbito de jurisdição do TEDH relativamente à UE, a adesão da UE à CEDH não implica somente a proteção dos direitos elencados por esta, mas também a sujeição ao respetivo mecanismo de controlo jurisdicional, revelando-se esta uma das principais inovações constantes do PAA (Moreira, 2014).

Ressalva-se, todavia no artigo 3.º, n.º 6 do PAA que nos casos em que a UE seja demandada sob a veste de *co-respondente*,

“if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this article, sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment, and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court.”

Estabelece-se desta forma, tal como referiu Pais, o “*prior involvement*” (2014, p. 154) do TJUE, dando oportunidade (prévia) ao Tribunal de se pronunciar sobre a compatibilidade de direitos estabelecidos na CEDH ou em Protocolos com o direito interno antes de qualquer juízo aferido pelo TEDH. Esta previsão corresponde às aspirações das instituições da UE relativamente à admissibilidade de controlo externo dos atos ou omissões de qualquer instituição, órgão ou agente da UE (Mesquita, 2013). Como destaca Machado “A exaustão dos recursos ordinários serve o respeito pela (...) subsidiariedade da intervenção dos tribunais internacionais e a protecção da própria funcionalidade destes, evitando o seu sepultamento rápido em camadas de sedimentos de processos judiciais” (2010, p. 269).

Sendo condição de queixa ao TEDH respeitar o princípio do esgotamento das vias de recurso internas (artigo 35.º, n.º 1 da CEDH), em última instância, a queixa dirigida a

esse Tribunal recai, na maioria das vezes, sobre decisões judiciais internas. Na verdade, não se trata de um recurso *stricto sensu*, dado que o TEDH apenas se limita a verificar se a decisão da qual coube recurso se afigura ou não contrária às disposições da CEDH. Sendo que o objeto de queixa representa um dado de facto, o Tribunal de Estrasburgo não vai questionar a interpretação ou aplicação do Tribunal *a quo*, que se mantém como intérprete e aplicador supremo do Direito da UE (Moreira, 2014), atentando na recomendação do PE relativamente ao princípio da autonomia (PE, 2010).

Retirando do espectro recorrível os atos que a ordem interna comunitária não admite (atos relativos à Política Externa e de Segurança Comum (PESC), em geral, excepcionando as “medidas restritivas contra pessoas no âmbito de medidas sancionatórias (TFUE, art. 275)” (Moreira, 2014, p. 232)), questiona-se se o artigo 267.º do TFUE, uma vez que “institui um instrumento de cooperação direta entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais (...) com o objectivo de garantir a correcta aplicação e a interpretação uniforme do direito da União no conjunto dos EM” (AA.VV., 2012, p. 963) não deveria contar-se como um meio interno de exaustão de recursos até se aceder ao TEDH (De Schutter, 2010; Moreira, 2014). Todavia, Moreira atenta que “os interessados não têm direito de desencadear tal incidente, o qual ou depende de decisão do juiz da causa ou é obrigatório, quando suscitada uma questão de interpretação ou validade de direito da União aplicável à causa” (2014, p. 234), embora, reforce-se uma vez mais, o PAA seja muito claro em relação à possibilidade de o Tribunal do Luxemburgo se pronunciar caso não tenha tido possibilidade de o fazer no processo.

2.4.2.3. Participação da União Europeia em determinados procedimentos do Conselho da Europa

Apesar de aderir à CEDH a UE não adere ao suporte institucional que a legitima a si própria e ao adjacente órgão jurisdicional, ou seja, a UE não se torna membro do CdE através da adesão à CEDH.

Embora beneficiando de todos os direitos e ficando adstrita ao cumprimento de todas as obrigações tal como as demais Partes Contratantes, *ad exemplum* artigos 47.º ou 52.º da CEDH, salvo preceito contrário do projeto do acordo de adesão, à partida ficaria

excluída de qualquer procedimento no âmbito desta base institucional. Todavia, o PAA, nos seus artigos 6.º, 7.º e 8.º, prevê a participação da UE nos procedimentos do CdE que respeitem a matérias relativas à CEDH.

Segundo o disposto no artigo 22.º, n.º 1 da CEDH, os juízes do TEDH são eleitos pela Assembleia Parlamentar do CdE, tendo em consideração a indicação de três candidatos por cada Parte Contratante.

Uma vez que a UE não é membro do CdE, não participando da composição da respetiva Assembleia Parlamentar, veio dispor o artigo 6.º, n.º 1 do PAA que uma *“delegation of the European Parliament shall be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe”* (CdE, 2013, p. 8). Acrescenta ainda que tal delegação é composta pelo mesmo número de representantes que a maior delegação parlamentar nacional com participação na Assembleia Parlamentar do CdE (CdE, 2013).

No PAA da UE à CEDH também se estabelece a participação da UE nas reuniões do Comité de Ministros do CdE. Assim, segundo o disposto no artigo 7.º, n.º 2, a UE

“shall be entitled to participate in the meetings of the Committee of Ministers, with the right to vote, when the latter takes decisions under Articles 26 (paragraph 2), 39 (paragraph 4), 46 (paragraphs 2 to 5), 47 and 54 (paragraph 1) of the Convention.”

Por esta via, a UE passa também a velar pela execução das sentenças definitivas do TEDH (que só por si não têm força executiva), nos termos do artigo 46.º da CEDH, bem como dos acordos amigáveis entre as partes (artigo 39.º da CEDH).

No entanto, no n.º 4 deste preceito, esclarece-se que *“The exercise of the right to vote by the European Union and its member States shall not prejudice the effective exercise by the Committee of Ministers of its supervisory functions under Articles 39 and 46 of the Convention”* (CdE, 2013, p. 9). Assim, quando o Comité de Ministros, no exercício das suas funções, supervisiona a execução de decisões contra a UE, esta e os seus EM devem expressar as suas posições e intenção de voto de forma coordenada (CdE, 2013).

A UE será previamente consultada no âmbito do Comité de Ministros, o qual deve ter em devida conta a posição por ela manifestada, relativamente à adoção de qualquer outro instrumento ou texto, conforme dispõe o artigo 7.º, n.º 3 do PAA:

“relating to the Convention or to any protocol to the Convention to which the European Union is a party and addressed to the Court or to all High Contracting Parties to the Convention or to the protocol concerned; relating to decisions by the Committee of Ministers under the provisions referred to in paragraph 2 of this article; or relating to the selection of candidates for election of judges by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe under Article 22 of the Convention.”

No âmbito do artigo 8.º do PAA é estabelecida a participação da UE no financiamento do TEDH, até então somente financiado pelo CdE, *ex vi* do artigo 50.º da CEDH. Como destaca Moreira, embora a UE não faça parte do CdE nem contribua para o seu financiamento, nada justifica que goze das vantagens de pertencer ao sistema instituído por Estrasburgo sem que contribua para o seu sustento financeiro. Nessa medida, o n.º 1 do artigo 8.º do PAA estabelece que a contribuição anual da UE

“shall be in addition to contributions made by the other High Contracting Parties. Its amount shall be equal to 34% of the highest amount contributed in the previous year by any State to the Ordinary Budget of the Council of Europe.”

Capítulo III

Mar tenebroso: as dificuldades da adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Como deixa antever a epígrafe deste Capítulo, apesar de em Lisboa se ter estabelecido que a UE adere à CEDH, essa adesão não se tem revelado fácil.

Depois de conhecidas as diversas questões subjacentes à adesão, explicitadas em vários documentos, tanto do CdE, como do Conselho, e de conhecermos o PAA resultante das negociações entre a Comissão Europeia e o órgão ad hoc do CdE, nas linhas que se seguem iremos observar a posição do TJUE relativamente ao projeto alcançado, atentar nas (ambíguas) normas habilitadoras da adesão à CEDH, constantes dos Tratados e da própria CDFUE, bem como denotar os confrontos jurisprudenciais entre o TJUE e o TEDH, dos quais se infere um défice de justiciabilidade e de acesso ao Tribunal do Luxemburgo, fatores estes que contribuem para a diuturna adesão à CEDH.

3.1. Comissão Europeia *versus* Tribunal de Justiça da União Europeia

A adesão à CEDH e conseqüente submissão ao seu órgão jurisdicional – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos –, representando mecanismos de garantia superior de proteção dos direitos fundamentais, foi pensada por determinadas instituições da UE. Sem prejuízo de todas as modificações formais necessárias, o TJUE, desde cedo, não demonstrou abertura nesse sentido. Apesar dos argumentos válidos no sentido da adesão, esta “implicaria a admissão de um controlo externo dos actos comunitários, no que toca a esta vertente essencial da dimensão democrática das ordens jurídicas nacionais e comunitárias” (Gorjão-Henriques, 2001, p. 34). Por outro lado, a adesão à CEDH permitiria uma uniformização jurisprudencial quanto à “interpretação dos direitos fundamentais no espaço europeu, algo que a mera elaboração de um catálogo comunitário de direitos fundamentais” (Gorjão-Henriques, 2001, p. 34) não alcança só por si.

Como se viu anteriormente, há duas décadas as contínuas iniciativas da Comissão redundaram (num primeiro momento) num pedido de parecer dirigido ao TJCE movido pelo Conselho, dadas as dificuldades de apreciação relativamente à competência da

Comunidade bem como com a compatibilidade dessa adesão relativamente às normas que estabeleciam a jurisdição exclusiva do TJCE.

Em bom rigor, o parecer então emitido respondia a três questões distintas. Às duas dificuldades assinaladas pelo Conselho acrescia a “admissibilidade do próprio pedido de parecer” (Soares, 2002, p. 25). Esta indagação foi salvaguardada pelo próprio Conselho que “embora reconhecendo que não existe nenhum texto do acordo previsto, sustentou que o pedido é admissível” (Parecer 2/94, 1996, p. 1763), na medida em que “as questões jurídicas que a adesão suscita são suficientemente precisas para permitir ao Tribunal de Justiça emitir o seu parecer” (Parecer 2/94, 1996, pp. 1763-1764), o qual concordou, apoiado pela Comissão, pelo PE e pelos países Bélgica, Alemanha, França, Itália e Portugal, que sustentaram “a admissibilidade do pedido de parecer, por este incidir sobre um projecto de acordo na acepção do artigo 228.º, n.º 6, do Tratado” (Parecer 2/94, 1996, p. 1771), embora os Governos da Irlanda e do Reino Unido houvessem sustentado posição contrária, e os Governos da Dinamarca, Finlândia e Suécia, o caracterizassem como prematuro (Parecer 2/94, 1996).

No que toca à questão da competência da Comunidade para aderir à CEDH, segundo o entendimento da Comissão, do PE e dos EM Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Grécia, Itália, Suécia e Áustria, considerando “a protecção dos direitos fundamentais como um objectivo horizontal que atravessava toda a actividade da Comunidade Europeia” (Soares, 2002, p. 26) e encarando a falta de disposições específicas nesse âmbito, “o artigo 235.º do Tratado constitui o fundamento jurídico da adesão” (Parecer 2/94, 1996, p. 1773), uma vez que o TJCE já vinha protegendo os direitos fundamentais “através dos princípios gerais do direito comunitário, inspirando-se nas tradições constitucionais comuns e nos instrumentos internacionais, nomeadamente na Convenção” (Parecer 2/94, 1996, p. 1773). Aliás, na perspectiva destes Governos, a protecção dos particulares face ao desrespeito das instituições comunitárias pela CEDH, só seria salvaguardada mediante a adesão à CEDH e consequente fiscalização externa dos atos comunitários (Parecer 2/94, 1996). Como salientou Moreira (2003),

“era evidente a contradição em que caía o TJCE, pois era ele mesmo que desde há mais de uma década vinha afirmando a vinculação da CEE aos direitos

fundamentais, mesmo no silêncio do Tratado, e vinha enunciando (...), de forma pretoriana, um conjunto de direitos fundamentais da Comunidade.”

Por outro lado, refletindo uma análise mais restritiva das competências da Comunidade, os Governos francês, espanhol, português, irlandês e britânico, “alegam que nenhuma disposição do Tratado CE ou do Tratado da União Europeia fixa competências específicas à Comunidade em matéria de direitos do homem, suscetível de servir de fundamento jurídico à adesão prevista” (Parecer 2/94, 1996, p. 1775). Opondo-se à convocação do artigo 235.º do Tratado CE para justificar a adesão, negando que o respeito pelos direitos do homem figure entre os objetivos da Comunidade tal como consta nos artigos 2.º e 3.º, e, não obstante o TJCE ter integrado plenamente a Convenção na ordem jurídica comunitária por via de uma receção material (Parecer 2/94, 1996), estes EM “contestam que um vazio jurídico ou um défice na protecção dos direitos do homem imponham a adesão prevista” (Parecer 2/94, 1996, p. 1775).

Quanto à terceira questão – compatibilidade da adesão com os artigos 164.º e 219.º do Tratado CE –, tanto a Comissão, como o PE, como os EM Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Grécia, Itália, Áustria, Finlândia e Suécia, defendem que a subordinação ao sistema judicial instituído pela CEDH não se revela contrária ao conteúdo dos artigos 164.º e 219.º do Tratado CE (Parecer 2/94, 1996). Em oposição, os Governos francês, espanhol, irlandês, português e britânico sustentam que a adesão à CEDH é incompatível com os preceitos 164.º e 219.º do Tratado CE (Parecer 2/94, 1996).

Embora não menospreze o respeito pelos direitos fundamentais como princípios conformadores da atuação da UE, o TJCE declarou no Parecer 2/94 que a adesão das Comunidades à CEDH não seria possível, uma vez que a matéria dos direitos fundamentais não se inclui entre as atribuições comunitárias (Soares, 2002; Moreira, 2003). Para suprir essa incompatibilidade seria necessária uma profunda alteração dos Tratados (Toth, 1997), entrando a “Comunidade num distinto sistema institucional internacional, bem como a integração de todas as disposições da Convenção no ordenamento comunitário” (Soares, 2002, p. 27).

Segundo Gaja, o motivo que conduziu ao parecer dissidente foi “*the conservation by the Court of Justice of its present functions, although understandably the Court has not stressed this point in order not to emphasize its concern with its own prerogatives*” (1996,

p. 988). Argumento partilhado por Medeiros – “Provavelmente, por detrás deste entendimento, estava a autoafirmação do Tribunal do Luxemburgo como órgão jurisdicional supremo na ordem jurídica comunitária, não controlado externamente pelo TEDH” (2001, p. 234) – e por Moreira (2003)³¹ –

“independentemente da alegada barreira dos Tratados, a adesão da CE/UE à CEDH e ao TEDH não era aconselhável (...) por (...) implicar a sujeição do TJCE a esse tribunal, com a inerente perda da sua autonomia como tribunal comunitário de última instância”

–, dado que a adesão à CEDH pressupunha a sujeição ao controlo do TEDH, bem como a própria adesão ao Conselho da Europa, reduzindo a Comunidade ao mesmo patamar que os demais EM.

Ora, tais fundamentos não deveriam ser considerados para sustentar tal posição, dado que a adesão à CEDH não impunha obrigatoriamente a entrada da UE no Conselho da Europa, “dependendo do acordo a fazer entre ambas as organizações” (Moreira, 2003, p. 709); por outro lado, não se compreende o argumento da alegada vulnerabilidade a que o TJCE estaria exposto, quando olhamos para a posição dos tribunais constitucionais nacionais, sujeitos à jurisdição do TEDH (Moreira, 2003).

Longe de ser consensual e convincente, o certo é que a posição assumida em 1996 pelo TJCE, praticamente excluiu da agenda europeia a adesão à CEDH, sob pena das necessárias alterações a que estariam sujeitos os Tratados, bem como da própria “superação da desconfiança que essa adesão gera em alguns Estados-membros e no próprio” Tribunal (Moreira, 2003, p. 709). Nesse sentido, a CIG que preparou a revisão do TUE para *receber* Amesterdão decidiu manter inalterado o n.º 2 do artigo 6.º na redação de Maastricht, subscrevendo em surdina, sem qualquer margem para dúvida, a recusa (dos EM) em aderir à CEDH (Quadros, 2013; Moreira, 2014). Este preceito apenas representava a receção material da CEDH no ordenamento comunitário, ficando em falta a “recepção do respectivo “corpus normativo” como direito positivo comunitário, bem como (...) aderir

³¹ Em 2014 o Autor salientou que independentemente da questão da incompatibilidade com as normas do Tratado, “O Tribunal acrescentou uma razão substancial, que (...) não deixa de expressar de forma suficientemente clara as objeções dessa instituição comunitária em perder o monopólio da salvaguarda dos direitos fundamentais na UE” (p. 197).

aos respectivos mecanismos de protecção, nomeadamente ao escrutínio do TEDH” (Moreira, 2003, p. 710), para a formal realização deste instrumento internacional.

Também o comité de sábios, criado pela Comissão em outubro de 1995, presidido por Maria de Lourdes Pintasilgo, incumbido de elaborar propostas a submeter à CIG no sentido da adesão à CEDH, frustrou e afastou-se da posição oficial da Comissão, através da apresentação de um catálogo de motivos opostos à adesão, enfatizando a preocupação com a descaracterização do modelo comunitário mediante a adesão a esse sistema internacional (Duarte, 2013).

Até ao Tratado de Lisboa, as relações entre a UE e a CEDH limitaram-se a que esta considerasse, por meio da jurisprudência comunitária, os direitos elencados na CEDH como princípios gerais de direito comunitário (Quadros, 2013). A entrada em vigor deste novo Tratado veio “impor à União a adesão àquela Convenção” (Quadros, 2013, p. 178), não só pelo renovado conteúdo do n.º 2 do artigo 6.º do TUE, onde a “União adere à Convenção”, mas também por força do procedimento que se estabelece no artigo 218.º do TFUE.

Com esta possibilidade estabelecida no preceito do TFUE, por impulso da Comissão Europeia (17.03.2010), apoiada politicamente pelo PE (relatório de 10.05.2010) e autorizada pelo Conselho (04.06.2010), foi desencadeado o processo formal de adesão à CEDH. Designada a Comissão como órgão negociador, “Em 5 de abril de 2013, as negociações conduziram a um acordo ao nível dos negociadores sobre os projetos de instrumentos de adesão” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014). Nesse sentido, a Comissão dirigiu, em 4 de julho de 2013, nos termos do n.º 11, primeiro período, do artigo 218.º do TFUE (tal como tinha ressalvado o Representante da UE no PAA), um pedido de parecer ao TJUE a fim de obter o seu parecer sobre a compatibilidade do projeto de acordo com a ordem jurídica comunitária.

No seu Parecer 2/13, de 18 de dezembro de 2014, pronunciou-se o Tribunal, num primeiro momento, quanto à admissibilidade do pedido de parecer dirigido pela Comissão. Para tanto, esclareceu que o preceito no âmbito do qual foi encetado o pedido de parecer “tem por objetivo evitar as complicações que resultariam de impugnações judiciais relativas à compatibilidade com os Tratados de acordos internacionais que vinculam a União” (Parecer 2/13, 2014, p. 34). Esclarece ainda que a Comissão ao entregar ao Tribunal os Projetos de Instrumentos de Adesão que reúnem o consenso dos negociadores,

garantiu a presença de “um quadro suficientemente completo e preciso das modalidades segundo as quais a adesão projetada deve ser realizada e, por conseguinte, permitem ao Tribunal de Justiça apreciar a compatibilidade dos referidos projetos com os Tratados” (Parecer 2/13, 2014, p. 34). Tendo em conta o cenário apresentado, revela-se admissível o pedido de parecer.

Quanto ao mérito, o TJUE, começou por recordar que com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, deixou de se considerar o problema da falta de uma base jurídica para que a UE pudesse aderir à CEDH. Contudo, enfatiza que a União não é um Estado e, por isso, a adesão à CEDH deverá ter em consideração as características próprias da União, condição imposta, especificamente no n.º 2 do artigo 6.º do TUE, corroborada pelo Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados (Parecer 2/13, 2014; Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014).

Concretizando-se a adesão da UE à CEDH, esta vincularia as instituições da União e os EM, *ex vi* do artigo 216.º, n.º 2 do TFUE, passando consequentemente a fazer parte integrante do Direito comunitário. Assim, a UE ficaria adstrita a uma fiscalização externa levada a cabo pelo TEDH, tendo por objeto o respeito pelos direitos e liberdades consagrados na CEDH (Parecer 2/13, 2014; Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014). Como se esclareceu no Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, o Tribunal do Luxemburgo

“declara que é efetivamente inerente ao próprio conceito de fiscalização externa que, por um lado, a interpretação da CEDH fornecida pelo TEDH vincularia a União e todas as suas instituições e que, por outro lado, a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça acerca de um direito reconhecido pela CEDH não vincularia o TEDH.”

“Todavia, o mesmo não se pode aplicar relativamente à interpretação dada pelo Tribunal de Justiça ao direito da União, incluindo da Carta” (Parecer 2/13, 2014, p. 39).

Dado que a CEDH possibilita às Partes Contratantes que estabeleçam padrões mais elevados de proteção dos direitos por si salvaguardados, torna-se imperativo garantir uma coordenação entre este instrumento e a CDFUE. Contudo, o TJUE constatou que, além de o PAA não prever nenhuma disposição para assegurar tal coordenação, é de

recordar que nos casos em que os direitos reconhecidos na CDFUE correspondam a direitos garantidos pela CEDH, os EM, gozando da possibilidade consagrada pela CDFUE, devem limitar a sua atuação ao estritamente necessário, evitando comprometer o nível de proteção previsto pela CDFUE, tal como “o primado, a unidade e a efetividade do direito da União” (Parecer 2/13, 2014, p. 39).

O TJUE considera que o PAA “consiste em equiparar a União a um Estado-Membro” (Parecer 2/13, 2014, p. 40), uma vez que lhe reserva um papel em tudo semelhante ao de qualquer outra Parte Contratante, ignorando a sua natureza intrínseca, tal como demonstrado no Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13:

“a abordagem não toma em consideração a circunstância de os Estados-Membros, no que respeita às matérias que foram objeto da transferência de competências para a União, terem aceitado que as suas relações mútuas sejam reguladas pelo direito da União, com exclusão de qualquer outro direito.”

Efetuada a adesão à CEDH, impõe-se à UE e aos EM que sejam considerados Partes Contratantes não apenas nas relações que estabeleçam com as demais Partes Contratantes que não são EM da UE, mas também no âmbito das relações estabelecidas entre a própria UE e os seus EM (até quando essas relações são regidas pelo direito comunitário), por forma a aferir o respeito dos direitos fundamentais pelos EM de forma recíproca, não obstante o “direito da União impor a confiança mútua entre esses Estados-Membros” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 2). Nada constando do PAA para evitar esta evolução, acresce, ainda, o facto de a adesão ser passível de comprometer o equilíbrio em que a União se baseia, bem como a própria autonomia do direito comunitário (Parecer 2/13, 2014).

Uma vez que após a adesão à CEDH esta passaria a ser parte integrante do direito da União, o mecanismo instituído pelo Protocolo Adicional n.º 16 anexo à CEDH colocaria em causa a autonomia e a eficácia do processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE, uma vez que permitiu às “mais altas instâncias judiciais dos Estados-Membros (...) dirigirem ao TEDH pedidos de pareceres consultivos sobre questões de princípio relativas à interpretação ou à aplicação dos direitos e liberdades garantidos pela CEDH ou pelos seus protocolos” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13,

2014, p. 2), colocando em causa os direitos garantidos pela CDFUE correspondentes a direitos reconhecidos pela CEDH. Apesar de tal Protocolo ser extemporâneo ao PAA (Parecer 2/13, 2014), o TJUE considera que através deste mecanismo é criado o risco de se eludir o processo de reenvio prejudicial, concluindo em última análise que o PAA “nada prevê quanto à articulação entre estes dois mecanismos” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 3), sendo “susceptível de lesar a autonomia e a eficácia deste processo” (Parecer 2/13, 2014, p. 40).

Observadas as disposições do PAA relativamente às características específicas e à autonomia do direito da União, o TJUE declarou que os moldes definidos no PAA se revelam suscetíveis “de lesar as características específicas do direito da União e a autonomia deste direito” (Parecer 2/13, 2014, p. 40).

Relativamente à interpretação e aplicação do Direito europeu, o TJUE refere que, por força do artigo 344.º do TFUE, “um acordo internacional não pode pôr em causa a ordem das competências estabelecida pelos Tratados e, portanto, a autonomia do sistema jurídico da União, cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça” (Parecer 2/13, 2014, p. 41). Todavia o PAA prevê a “possibilidade de a União ou os Estados-Membros submeterem ao TEDH um pedido que tenha por objeto uma alegada violação da CEDH por um Estado-Membro ou pela União, em relação com o direito da União” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 3). Ora, tal previsão viola as exigências do TFUE, tanto mais dada a redação do artigo 3.º do Protocolo n.º 8, onde se “prevê expressamente que o Acordo de Adesão não deve afetar o artigo 344.º TFUE” (Parecer 2/13, 2014, p. 41).

Não obstante a limitação introduzida relativamente ao âmbito da organização prevista no artigo 55.º da CEDH pelo artigo 5.º do PAA, permanece a possibilidade, ao abrigo do artigo 33.º da CEDH, de a UE ou os EM submeterem ao TEDH “um pedido que tenha por objeto uma alegada violação desta Convenção cometida, respetivamente, por um Estado-Membro ou pela União, em relação com o direito da União”. A própria existência de tal possibilidade viola a exigência enunciada no artigo 344.º TFUE (Parecer 2/13, 2014, p. 41). Se “fosse expressamente excluída a competência do TEDH para os litígios que opõem os Estados-Membros entre si ou os Estados-Membros e a União, relativos à aplicação da CEDH no âmbito do direito da União” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 3) o PAA já seria compatível com tal preceito do TFUE.

No PAA estabelece-se o mecanismo da *corresponsabilização* com a finalidade de assegurar que os recursos interpostos no TEDH sejam corretamente dirigidos contra os EM e/ou contra a UE. Entendeu o TJUE que este mecanismo levaria o TEDH a imiscuir-se na apreciação das normas do direito comunitário que estabelecem a repartição de competências entre a UE e os seus EM, “bem como os critérios de imputação dos atos ou omissões destes” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 3). Tomando o TEDH uma decisão definitiva a este respeito, esta vincularia tanto os EM como a UE. Aliás, “Permitir ao TEDH adotar tal decisão poderia prejudicar a repartição de competências entre a União e os seus Estados-Membros” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 3).

Assim, as modalidades deste instrumento processual, de acordo do com o TJUE, “não garantem a preservação das características específicas da União e do seu direito” (Parecer 2/13, 2014, p. 44).

O processo de apreciação prévia pelo TJUE, previsto no artigo 3.º, n.º 6 do PAA, segundo a análise do Tribunal do Luxemburgo, não permite “preservar as características específicas da União e do seu direito” (Parecer 2/13, 2014, p. 45), uma vez que somente atribui competências ao TJUE relativamente à apreciação de questões de validade, sendo infringidas as competências da UE e as atribuições do Tribunal.

Apesar de este mecanismo pretender assegurar a preservação das competências da UE, bem como as atribuições das suas instituições, nomeadamente as correspondentes ao TJUE, *ex vi* do artigo 2.º do Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados (Parecer 2/13, 2014), todavia “a questão de saber se o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a mesma questão de direito que é objeto do processo no TEDH só pode ser resolvida pela instituição competente da União, cuja decisão deveria vincular o TEDH” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 3). Desta forma, seria conferida ao TEDH competência para interpretar a jurisprudência do TJUE. Assim, em qualquer processo pendente no TEDH, deveria ser prestada à UE informação completa e sistemática, permitindo estabelecer o contacto necessário para apreciar se o TJUE já tinha abordado o caso, e, em caso negativo, desencadear o correspondente processo de apreciação prévia (Parecer 2/13, 2014; Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 3).

Por outro lado, o TJUE destaca que este modelo processual estabelecido no PAA exclui a possibilidade de o Tribunal do Luxemburgo ser chamado a “pronunciar-se sobre

uma questão de interpretação do direito derivado” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 3) uma vez que “«examinar a compatibilidade da disposição» significa, em substância, decidir sobre a validade de uma disposição do direito derivado ou mesmo sobre a interpretação de uma disposição do direito primário” (Parecer 2/13, 2014, p. 45).

No que se refere à fiscalização jurisdicional em matéria de PESC, segundo o artigo 24.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE que “o Tribunal de Justiça só dispõe de competência para fiscalizar a observância do artigo 40.º TUE e a legalidade de determinadas decisões a que se refere o artigo 275.º, segundo parágrafo, TFUE” (Parecer 2/13, 2014, pp. 45-46).

Dado que o TJUE “ainda não teve oportunidade de precisar o alcance das restrições da sua competência em matéria de PESC resultantes das referidas disposições” (Parecer 2/13, 2014, p. 46), é, no entanto, possível declarar que “no estado atual do direito da União, alguns atos adotados no âmbito da PESC escapam à fiscalização jurisdicional do Tribunal de Justiça” (Parecer 2/13, 2014, p. 46).

Todavia, segundo o PAA, cabe ao TEDH “pronunciar-se sobre a conformidade com a CEDH de determinados atos, ações ou omissões no âmbito da PESC, designadamente, daqueles cuja legalidade em relação aos direitos fundamentais o Tribunal de Justiça não tem competência para fiscalizar” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 4), atribuindo a fiscalização jurisdicional exclusiva a um órgão externo à UE.

Segundo o TJUE esta faculdade concedida “exclusivamente a um órgão jurisdicional internacional que se situe fora do quadro institucional e jurisdicional da União” (Parecer 2/13, 2014, p. 46) corresponde a uma desconsideração pelas “características específicas do direito da União relativo à fiscalização jurisdicional dos atos, ações ou omissões no domínio da PESC” (Comunicado de Imprensa do TJUE sobre o Parecer 2/13, 2014, p. 4).

As apreciações formuladas pela Comissão relativas à conformidade do PAA com as exigências normativas constantes no artigo 6.º, n.º 2 do TUE e do Protocolo n.º 8 concluíram pela compatibilidade de tal acordo com os Tratados. A Comissão, invocou “também argumentos destinados a demonstrar que o acordo projetado respeita a autonomia

da ordem jurídica da União tendo em conta a prossecução dos objetivos que são próprios a esta” (Parecer 2/13, 2014, p. 18).

As observações dos Governos “belga, búlgaro, checo, dinamarquês, alemão, estónio, a Irlanda, os Governos helénico, espanhol, francês, italiano, cipriota, letão, lituano, húngaro, neerlandês, austríaco, polaco, português, romeno, eslovaco, finlandês, sueco e do Reino Unido, bem como o Parlamento e o Conselho” (Parecer 2/13, 2014, pp. 26-27), também “concluem, em substância, pela compatibilidade do Projeto de Acordo com os Tratados e, em grande medida, fazem suas as apreciações da Comissão” (Parecer 2/13, 2014, p. 27), embora as apreciações proferidas se distingam das da Comissão em vários aspetos.

Não obstante as considerações das instituições da UE e dos EM, o TJUE acabou por declarar que o PAA não se revela compatível com o artigo 6.º, n.º 2 do TUE, nem com o Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados (relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do TUE), uma vez que se revela suscetível de lesar as características específicas e a autonomia da UE; suscetível de afetar o disposto no artigo 344.º do TFUE; suscetível de não permitir a preservação das características específicas da UE e do seu direito; suscetível de colocar em causa as características específicas do direito da UE tendo em conta a matéria da PESC. Tal como explicitado pelo artigo 218.º, n.º 11, segundo período, do TFUE “Em caso de parecer negativo do Tribunal, o acordo projetado não pode entrar em vigor, salvo alteração deste ou revisão dos Tratados”.

Como destacou Soares, a preservação do estatuto jurisdicional do Tribunal do Luxemburgo – “aspecto nevrálgico” (2002, p. 29) da ordem jurídica comunitária – motivou o parecer dissidente. Assim, uma vez mais a tentativa de criar um quadro jurídico único, global e coerente para a proteção dos direitos humanos, com a adesão da UE à CEDH, ficou adiada.

3.2. As nuances normativas de Lisboa

Denegada a possibilidade de adesão por força do recente Parecer do TJUE, numa clara demonstração de resistência relativamente ao processo de evolução e enriquecimento do ordenamento comunitário dos direitos humanos, também no âmbito dos Tratados da UE

encontramos normas que contribuem para a manutenção do *status quo* da proteção dos direitos fundamentais.

Começamos por evidenciar que a *propriedade* dos Tratados pertence aos EM da UE, *ex vi* do artigo 5.º do TUE. Somente em Lisboa estes demonstraram abertura para aderir à CEDH, com a previsão expressa no artigo 6.º, n.º 2 do TUE, cumprindo a exigência proferida pelo TJUE no seu Parecer de 1996, deixando a UE de carecer de personalidade jurídica. Contudo, a leitura deste preceito não deve ser dissociada do Protocolo n.º 8 relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União Europeia à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Aliás, este conjunto normativo serviu de fundamento ao Juiz Comunitário na emissão do Parecer de 2014.

O primeiro período do “n.º 2 do artigo 6.º do TUE ocupa-se da adesão da União à CEDH” (AA.VV., 2012, p. 41). No segundo período concretiza-se que “essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados” (AA.VV., 2012, p. 39). Tais competências reportam-se ao âmbito de atuação da UE desenhado com Lisboa (artigo 5.º do TUE e 2.º do TFUE).

Assim, no seio da União existem competências exclusivas (artigo 3.º do TFUE); competências partilhadas (artigo 4.º do TFUE); e outras competências (artigos 5.º e 6.º do TFUE). Contudo, o Protocolo n.º 8, anexo ao TL, não trouxe esclarecimentos relativamente à extensão do referido preceito.

O Protocolo n.º 8 repete o artigo 6.º, n.º 2 do TUE - “O acordo a que se refere o artigo 1.º deve assegurar que a adesão da União não afecte as suas competências” (AA.VV., 2012, p. 1302) – e acrescenta – “nem as atribuições das suas instituições” (AA.VV., 2012, p. 1302). Acresce que, de acordo com o segundo período do n.º 2 do Protocolo n.º 8, o acordo de adesão

“Deve assegurar que nenhuma das suas disposições afecte a situação dos Estados-Membros em relação à Convenção Europeia, nomeadamente no que se refere aos seus Protocolos, às medidas tomadas pelos Estados-Membros em derrogação da Convenção Europeia, nos termos do seu artigo 15.º, e às reservas à Convenção Europeia emitidas pelos Estados-Membros, nos termos do seu artigo 57.º”

No n.º 3 prevê-se ainda que “Nenhuma disposição do acordo a que se refere o artigo 1.º afecta o artigo 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia” (AA.VV., 2012, p. 1302), que se refere ao princípio da competência do TJUE para a resolução de diferendos relativos “à interpretação ou aplicação dos Tratados” (AA.VV., 2012, p. 1207). Uma vez que a UE não é parte na CEDH, os seus atos, praticados pelos seus órgãos (ao contrário da dupla vinculação a que estão sujeitos os seus EM³²), estão fora da jurisdição do TEDH. Só podem ser controlados sob o desígnio de direitos fundamentais, pelo próprio TJUE (Clapham, 1991; Moreira, 2014), de acordo com o Direito da União, do qual fazem parte “enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros” (AA.VV., 2012, p. 39). Destarte, deste preceito podem resultar situações de conflito com a jurisdição de outros tribunais internacionais, como é o caso do TEDH, ex vi caso *Bosphorus*³³.

Por fim, estabelece o n.º 1 do Protocolo n.º 8 que o acordo de adesão deve conter

“cláusulas que preservem as características próprias da União e do direito da União, nomeadamente no que se refere: a) Às regras específicas da eventual participação da União nas instâncias de controlo da Convenção Europeia; b) Aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos correctamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso.”

Na Declaração *ad* n.º 2 do artigo 6.º do TUE reforça que o PAA deverá ser realizado “segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União” (AA.VV., 2012, p. 1341). Para tanto, deverá existir um “diálogo regular entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, diálogo esse que poderá ser reforçado quando a União aderir àquela Convenção” (AA.VV., 2012, p. 1341).

³² Todos os atos ou omissões podem ser impugnados junto do TEDH, dada a adesão ao mecanismo de queixa individual dos seus nacionais junto de tal Tribunal, no que diga respeito aos planos legislativo, administrativo ou judicial. Tratando-se de atividades no âmbito do Direito Comunitário (praticadas por EM da UE), tal faculdade também se revela possível (Moreira, 2014).

³³ *Supra*, 2.2.

3.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A proclamação solene da CDFUE, representando o primeiro texto escrito de direitos fundamentais no seio da UE, ao qual se atribuiu força jurídica vinculativa com o Tratado de Lisboa, comporta duas fragilidades que importa considerar, dada a frustração da adesão da UE à CEDH: as disposições gerais que regem a interpretação e a aplicação da Carta, nomeadamente os artigos 51.º, 52.º e 53.º relativos ao âmbito de aplicação da Carta, ao âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios e quanto ao nível de proteção, respetivamente, por um lado, e as relações com a CEDH, por outro lado.

3.3.1. Normas sensíveis

A CDFUE apresenta-se “*as a codified or supplemented form of what already exists under the jurisprudence of the Court of Justice*” (Búrca, 2001), argumento também explicitado por Ramos (2001), tanto mais que no seu preâmbulo pode ler-se que o objetivo da Carta é “reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica” (AA.VV., 2012, p. 1384), tornando esses direitos visíveis.

Heringa & Verhey (2001) destacam o carácter “esquizofrénico” da CDFUE. Por um lado, este documento tem como objetivo reforçar a proteção dos direitos fundamentais, reconhecendo, portanto, os direitos, liberdades e princípios apresentados no corpo da Carta. Por outro, o reforço desses direitos pretende conferir-lhes maior visibilidade. “*If it is simply a question of visibility, which by itself might contribute to strengthening the rights, the question may be asked as to exactly which rights have been selected*” (Heringa & Verhey, 2001, p. 11).

Dada a seleção de determinados direitos, liberdades e princípios, parecem existir mais objetivos do que a atribuição de mera visibilidade. Independentemente da sua visibilidade, Medeiros refere que ela apresenta “um âmbito de aplicação aparentemente limitado” (2001, p. 244).

Decorre do artigo 51.º, n.º 1 da CDFUE que:

“As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.”

Assim, Medeiros (2001) salienta que, não obstante o teor deste n.º 1, a CDFUE reconhece a relevância dos direitos fundamentais sob três pontos de vista distintos. Desde logo, pelo controlo da atuação das instituições e órgãos da UE, bem como dos atos dos EM quando apliquem direito da UE. Acresce, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, constituindo os próprios fundamentos da ordem jurídica comunitária.

Por fim, os direitos fundamentais enunciados na Carta assumem relevância no contexto da política externa em matéria de direitos fundamentais da UE. Contudo, como destacam Moreira (2003) e Quadros (2013), o facto de a CDFUE só se aplicar aos EM quando eles aplicam Direito da União (fora deste âmbito não estão obrigados pela Carta), demonstra que este instrumento “ainda está longe de ser a *Bill of Rights* da União” (2013, p. 212).

Para alcançar esse título, “os seus direitos deveriam ser invocáveis na União por todos os cidadãos da União contra qualquer ofensa que contra eles fosse dirigida por qualquer autoridade da União ou dos Estados-membros” (Quadros, 2013, p. 212). Deste modo, a CDFUE “*sembra destinata ad esplicare soltanto una efficacia verticale, nei rapporti tra soggetti pubblici ed individui, mentre pare da escludersi la sua applicabilità nei rapporti tra privati, siano individui, persone giuridiche, gruppi e formazioni sociali, e così via*” (AA.VV., 2001, p. 345).

Da leitura do segundo período deste n.º 1, não se revela clara a distinção terminológica entre *observar* e *respeitar*. Aliás, como destacam Heringa & Verhey, “*The obligation to respect seems to be more restrictive. Probably the notion of respect expresses a clear and precise obligation to abstain from interference with a right*” (2001, p. 14).

Também se geram dúvidas em torno da distinção entre *direitos* e *princípios*. Embora a diferenciação entre ambos se apresente muito fluida, algumas considerações

podem ser feitas (Heringa & Verhey, 2001). A distinção entre *direitos* e *princípios* consta do preâmbulo da CDFUE e do artigo 51.º, embora não seja esclarecido o fundamento para tal distinção. Assim, nem sempre se revelam claras as obrigações de um artigo específico da CDFUE impostas a um EM. Por outro lado, inicia alguns capítulos com uma disposição geral que pode ser considerada como um princípio orientador para todos os artigos desse capítulo, ao passo que, em outros capítulos, tal disposição geral não se verifica. Por fim, no artigo 1.º da CDFUE – “Dignidade Humana” – é apresentado o que parece ser o princípio fundamental da Carta como um todo, dada a sua aplicabilidade a todas as outras partes da Carta (Heringa & Verhey, 2001).

O n.º 2 do artigo 51.º da CDFUE refere-se ao problema da proteção dos direitos fundamentais e aos limites das competências da UE (AA.VV., 2001). A proclamação de direitos fundamentais pela presente Carta “não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados” (AA.VV., 2012, p. 1394).

O facto de este preceito permanecer incerto e vago, não revelando o âmbito ativo (quem deve ser protegido?) e o âmbito passivo (contra que atos deve a Carta conceder proteção?) da sua aplicação, segundo Curtin & Ooik, significa que não foi intenção “*of the Member States to adopt a legally binding document*” (2001, p. 113), daí a delonga no processo de atribuição de força jurídica.

Ademais, o facto de a UE e os EM deverem respeitar os direitos, observar os princípios e promoverem a aplicação dos direitos e princípios apenas em conformidade com os “limites das competências conferidas à União pelos Tratados” (AA.VV., 2012, p. 1394) , bem como o facto de a Carta não criar “quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados” (AA.VV., 2012, p. 1394), “*reduces to a great extent the consequences which might otherwise flow from fully accepting the meaning and scope of the ECHR*” (Heringa & Verhey, 2001, p. 19).

“A Carta procura dar resposta ao problema da sua articulação com a CEDH e com as Constituições dos Estados-Membros em dois preceitos” (Medeiros, 2001, p. 264), a saber, artigo 52.º, n.º 3 e 53.º da CDFUE.

Feita uma primeira leitura de tais preceitos, as questões atinentes à articulação dos dois textos consagradores de proteção dos direitos fundamentais com os textos constitucionais dos EM parecem esclarecidas. Todavia, a existência na Carta de “direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” (AA.VV., 2012, p. 1394) desencadeiam algumas dúvidas.

O artigo 52.º, n.º 3 (1.ª parte), da CDFUE refere que:

“Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção.”

Neste primeiro período do preceito, é possível reconhecer os traços de um sistema de precedentes: a interpretação prévia adotada pelo TEDH “difícilmente pode excluir a admissibilidade da *distinguishing* ou mesmo do *overruling* pelo Tribunal do Luxemburgo” (Medeiros, 2001, p. 275). No entanto, não se percebe como poderá o TJUE “ser proibido de proceder às adaptações, aos desenvolvimentos ou às correcções da jurisprudência anterior do TEDH exigidos pelo concreto caso decidendo, na sua individualizada relevância” (Medeiros, 2001, p. 275). Tal como consta das Anotações Relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (2007):

“ao impor restrições a esses direitos, o legislador deve respeitar exactamente as normas estabelecidas pelo regime de restrições previsto pela CEDH, que passam assim a ser aplicáveis aos direitos a que este número diz respeito, sem que tal atente contra a autonomia do direito da União e do Tribunal de Justiça da União Europeia.”

Esta necessidade de “garantir a coerência entre os respetivos regimes de restrição advém do facto de a CDFUE não [ter adotado] adotou a técnica de restrição dos direitos prevista na CEDH (...) que prevêem restrições específicas para cada direito” (AA.VV., 2013, p. 592).

O segundo período deste preceito deve ser lido em conjunto com o artigo 53.º da CDFUE. Neles estabelece-se o princípio do tratamento mais favorável à proteção dos direitos fundamentais e o padrão mínimo de proteção dos Direitos do Homem, respetivamente (Lenaerts & Smijter, 2001; Toth, 2002; Duarte, 2004; Pais, 2014): “O último período deste número [artigo 52.º, n.º 3, 2.ª parte, da CDFUE] visa permitir à União que esta garanta uma protecção mais ampla. Em todo o caso, o nível de protecção conferido pela Carta nunca poderá ser inferior ao nível garantido pela CEDH” (Anotações CDFUE, 2007, p. 33).

Como destacam Heringa & Verhey, *“This provision is intended to ensure the necessary consistency between the Charter and the Convention”* (2001, p. 24). Aliás, *“The Charter itself must indeed always be read in such a way as to offer at least the same scope of protection as the Convention, which excludes the possibility of the Convention ever offering a higher level of protection”* (Lemmens, 2001, p. 54). Desta forma, como atenta Toth, a Carta acaba por contradizer o seu próprio preâmbulo, *“which speaks of «common values» shared by the «peoples of Europe» (not only those of the European Union), and which emphasizes the «indivisible, universal» nature of human rights”* (2002, p. 179).

3.3.2. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reflexo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ou documento próprio da União Europeia?

A CDFUE foi sem dúvida um instrumento inovador na proteção dos direitos fundamentais. O seu método de elaboração, a sua organização e conteúdo primam pela originalidade. Contudo, não podemos olvidar que a CEDH “influenciou de forma determinante a tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu, estendendo a sua influência aos órgãos comunitários, após ter influenciado, de modo essencial, o ordenamento jurídico dos Estados membros da Comunidade Europeia” (Gorjão-Henriques, 2001, p. 18).

Apresenta-se como uma das suas principais fontes (Lemmens, 2001; Toth, 2002), sendo “quase inteiramente reproduzida na Carta, embora com muitas *nuances* e atualizações” (Moreira, 2014, p. 179): *“There are no less than 16 Articles in the Charter which are based on corresponding Articles of the ECHR and its Protocols. This makes up*

almost one third of all the substantive Articles of the Charter” (Toth, 2002, p. 176). Em determinados casos, a CDFUE adotou as normas da CEDH palavra por palavra; noutros casos, existem algumas variações ao nível da redação. Contudo, na maioria dos casos (11 artigos) o alcance dos direitos e liberdades atribuído pela Carta, são os mesmos que a Convenção atribui; em cinco artigos, o significado dos direitos contidos na CDFUE é igual ao atribuído pela CEDH (Toth, 2002).

Contudo, a CDFUE não se limitou a consagrar somente direitos de primeira geração (direito civis e políticos). Consagrando também direitos de segunda geração (direitos económicos, sociais e culturais: educação, saúde, cultura, etc.) e de terceira geração, “muitos deles já implicados nas competências comunitárias (v.g. emprego, política social, defesa dos consumidores, ambiente)” (Moreira, 2014, p. 152), a Carta contempla um *âmbito material muito mais amplo do que o da CEDH* (Toth, 2002; Moreira, 2003).

No campo das inovações, destacam-se os “direitos de cidadania europeia e outros estabelecidos nos Tratados, mas também os direitos sociais, oriundos da Carta Social Europeia (...), que não têm nenhuma correspondência na CEDH” (Moreira, 2003, p. 715), bem como os direitos de outros instrumentos internacionais de direitos fundamentais, do fundo comum das constituições dos EM, e preceitos *ex novo*, como é o caso da proibição do tráfico de seres humanos (Moreira, 2014).

Relativamente às regras de delimitação do âmbito e das restrições dos direitos fundamentais, a CDFUE revela-se “muito deficitária quando comparada com a CEDH” (Moreira, 2003, p. 715).

O facto de se referir aos direitos correspondentes da CEDH (elencando-os expressamente junto das Anotações à CDFUE de 2007), reflete que a “*Convention would be 'the' standard of interpretation: unless the Charter provided otherwise, its provisions were to be interpreted in the same way as the corresponding provisions of the Convention*” (Lemmens, 2001, p. 52). Na verdade, o artigo 52.º da CDFUE estabelece que em caso de correspondência entre os direitos garantidos na Carta e na Convenção, os preceitos estabelecidos no texto comunitário devem ter o mesmo entendimento e interpretação que as normas que integram o Tratado internacional. Assim, como evidencia Moreira “a Carta não é auto-suficiente como a Convenção o é, só podendo ser lida em conjunto com esta” (Moreira, 2003, p. 176).

Dadas as reflexões que antecedem, a resposta à questão deixada em epígrafe revela-se complexa. Por um lado, a Carta deve ser vista como reflexo da CEDH, uma vez que é amplamente inspirada nela (como consta do próprio preâmbulo da Carta), mas também porque a adota como padrão mínimo de proteção dos direitos reconhecidos na CDFUE. Por outro lado, a Carta deve ser entendida como documento próprio da UE, uma vez que a sua extensão é mais ampla do que a prevista pela CEDH e, sendo o primeiro texto comunitário de declaração de direitos fundamentais, apresenta-se como reforço da legitimidade política europeia.

3.4. A jurisprudência do Luxemburgo e a jurisprudência de Estrasburgo

No teor da CDFUE estabelece-se que os seus direitos têm o mesmo sentido e alcance que os direitos consagrados na CEDH³⁴. Contudo, na versão final da Carta foi excluída a referência ao papel da jurisprudência do TEDH na interpretação da CEDH. Assim, o TJUE vem interpretando “de modo próprio as disposições da CEDH, bem como a jurisprudência proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (Soares, 2002, p. 56), podendo originar situações de diferente interpretação das disposições da CEDH.

Ademais, o Tribunal de Justiça não utiliza apenas a Carta como único critério de decisão. Ele procura assegurar “a sua compatibilidade com as especificidades institucionais da União Europeia e com as exigências próprias do processo de integração europeia” (Medeiros, 2001, p. 279).

Assim, a atuação de cada EM, ainda que no âmbito do Direito da União, deve ser compatível com a CEDH (Toth, 2002). Como a UE não é parte na CEDH, as suas instituições não podem ser processadas pelo TEDH (Lenaerts & Smijter, 2001). Parece existir um padrão, para três tribunais distintos: “*the national court, the Court of Justice and the European Court of Human Rights*” (Lenaerts & Smijter, 2001, p. 92).

Nos casos em que a interpretação dos tribunais nacionais diverge da jurisprudência constante de um dos tribunais europeus, embora não haja qualquer relação de hierarquia entre o TJUE e o TEDH, a decisão deste último tem precedência sobre o outro (Lenaerts & Smijter, 2001). Nos casos de divergência de interpretação do TJUE e do TEDH os EM veem a sua decisão limitada (Lenaerts & Smijter, 2001) devido ao duplo

³⁴ *Supra*, 3.3.1.

grau de vinculação (Machado, 2010): por um lado, vinculados à UE e, por tanto, ao princípio do primado do Direito Comunitário; por outro, vinculados à CEDH, devendo “assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos nela enunciados” (Alves, 2008, p. 16).

Efetivamente, o TJUE goza de competência exclusiva, a qual exerce em última instância, vinculando os Estados soberanos (Clapham, 1991; Machado, 2010; Moreira, 2014): “das suas decisões não cabe recurso, ainda que proferidas sobre direitos fundamentais previstos na Convenção e mesmo que a solução gizada pelo tribunal comunitário seja contraditória com a interpretação seguida pelo tribunal europeu” (Duarte, 2002, p. 753). Aliás, o TEDH “*cannot provide equivalent protection is when it lacks jurisdiction to review the legality of acts of institutions of the Union*” (Lenaerts & Smijter, 2001, p. 93).

Todavia, ele controla as ações dos EM da UE enquanto Partes Contratantes da CEDH, à qual a UE não pretende aderir, por (possivelmente) temer que os seus actos sejam constantemente submetidos a um escrutínio externo “*which might differ from review by the Court of Justice as regards the balance to be struck between protection of individual rights and protection of the general interest as conceived at the level of the Union*” (Lenaerts & Smijter, 2001, p. 94).

Além da possibilidade de eventos divergentes entre a jurisprudência dos dois Tribunais, esta situação, tal como constata Duarte, enfraquece a posição ativa dos particulares e dificulta a sua proteção,

“uma vez que estes não podem recorrer para o Tribunal Europeu de um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça que se recuse a admitir a violação da Convenção por um acto comunitário quando, em princípio, o poderiam fazer se o acto alegadamente violador tivesse sido adoptado pelas autoridades nacionais. Tendo em conta que os particulares não podem recorrer de actos comunitários de alcance geral e abstracto, este défice de protecção é ainda mais grave.”

Aliás, este défice de justiciabilidade no seio da UE revela-se contrário ao artigo 2.º do TUE, onde se estabelece que a UE se funda “nos valores do respeito pela dignidade

humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do *Estado de direito* e do respeito pelos direitos do Homem (...)”³⁵, e ao artigo 47.º da CDFUE, onde se prevê que “Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal”. “A UE não satisfaz inteiramente as regras do Estado de direito nas duas dimensões assinaladas” (Moreira, 2014, p. 237): reger a sua atuação pelo princípio do Estado de direito e garantir o direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

As matérias no âmbito das PESC, segundo os artigos 24.º, 1.º parágrafo do TUE e 275.º do TFUE, não são apreciadas pelo TJUE, com a exceção prevista no artigo 275.º, 2.º parágrafo do TFUE relativo à competência do Tribunal para

“controlar a observância do artigo 40.º do Tratado da União Europeia e para se pronunciar sobre os recursos interpostos nas condições do quarto parágrafo do artigo 263.º do presente Tratado, relativos à fiscalização da legalidade das decisões que estabeleçam *medidas restritivas contra pessoas singulares ou colectivas*, adoptadas pelo Conselho com base no Capítulo 2 do Título V do Tratado da União Europeia.”³⁶

Desta forma, os particulares, lesados pela prática de tais atos, veem vedada a hipótese de os impugnar junto do TJUE por violação dos seus direitos.

No âmbito de aplicação destas medidas através da atuação de um EM, poderão esses atos, uma vez que praticados pelo EM, ser submetidos a escrutínio judicial, junto de um tribunal nacional. Ainda assim, sempre se contam os casos de “medidas tomadas e executadas pela própria União através das suas instituições, órgãos ou agentes” (Moreira, 2014, p. 238).

Nas restantes matérias suscetíveis, de apreciação judicial no que se refere à sua validade, a legitimidade ativa dos particulares fica aquém das expectativas. Tanto nos recursos de impugnação da validade de atos normativos (artigo 263.º do TFUE), nas ações de impugnação de omissão de atos legalmente devidos (artigo 265.º do TFUE), bem como nas ações de indemnização por responsabilidade extracontratual da UE (artigo 340.º do TFUE), está patente o défice de proteção judicial (Duarte, 2004; Duarte, 2006; Moreira,

³⁵ Destaque nosso.

³⁶ Destaque nosso.

2014). Como destaca Moreira, “não é difícil antecipar que a União pode vir a ser objeto de queixas por incompatibilidade dos próprios Tratados, na matéria indicada, com o direito à garantia judicial efetiva à luz da Convenção” (Moreira, 2014, p. 239).

Apesar de não se contarem situações de conflito de competência ou de julgados entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Duarte, 2006) a prevenção de possíveis divergências, significando o prolongamento de uma harmoniosa convivência, bem como o incremento de casos submetidos a juízo, resolver-se-á com uma “intensificação da cooperação *transjudicialista* entre o TJUE e o TEDH” (Machado, 2010, p. 262), para a qual a, “sucessivamente adiada” (Duarte, 2006, p. 418), adesão formal da UE à CEDH contribuirá (Duarte, 2002; Duarte, 2006; Machado, 2010).

Conclusão

As conclusões a que agora chegamos refletem a dificuldade da União Europeia em aderir à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Tal como referimos na Introdução, o Homem faz escolhas certas e erradas ao longo da sua vida. No caso, as escolhas revelaram-se bem pouco corretas. Entre as opções de aderir a um texto internacional de proteção dos direitos humanos com a inerente jurisdição a um tribunal especializado, a União Europeia preferiu dotar-se do seu próprio documento de proteção de direitos fundamentais.

No atual estágio de evolução do Direito da União Europeia, sobretudo preocupado com matérias económicas e financeiras, torna-se cada vez mais urgente pensar no papel desempenhado pelos cidadãos europeus, sobretudo no que se refere à legitimidade ativa dos particulares relativamente aos atos dos órgãos da União.

No que respeita à proteção dos direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça da União Europeia (dentro dos limites da competência *rationae materiae*) desempenha de modo satisfatório as suas funções de tutela. Neste âmbito começamos por destacar que quando submetidos a juízo atos individuais e concretos (decisões) dirigidos aos particulares, tal legitimidade não é posta em causa. Todavia, no caso de atos normativos gerais e abstratos, suscetíveis de lesar os particulares nos seus direitos fundamentais, a proteção é colocada em causa uma vez que se revela difícil, ou mesmo impossível, demonstrar o carácter individual lesivo de direitos fundamentais resultante da execução de tal ato.

Dado que com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa este estabeleceu que somente o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para verificar os casos de violação de direitos fundamentais cometidos pelos Estados-Membros quando apliquem Direito da União, os particulares também se veem particularmente lesados – veem-se desprovidos de qualquer mecanismo destinado a colocar em causa as condutas estaduais –, uma vez que não dispõem de legitimidade ativa relativamente aos processos por incumprimento nem nos processos relativos a questões prejudiciais.

Assim, a legitimidade ativa dos cidadãos europeus redonda enfraquecida dado o défice de justiciabilidade do Tribunal de Justiça da União Europeia, nomeadamente, a falta de acesso aos tribunais da União no âmbito dos meios contenciosos existentes relativamente à atuação dos Estados, bem como a restrição de acesso (aos tribunais comunitários) para aferir de condutas dos órgãos da União Europeia.

Embora o sistema jurisdicional instituído no seio da União Europeia no âmbito da proteção dos direitos fundamentais faça denotar algumas vantagens, o Tribunal de Justiça da União Europeia continua a caucionar que pode assegurar uma proteção equivalente relativamente aos direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos sem prescindir do seu carácter autónomo, nomeadamente, no que se refere à receção material dos direitos consagrados na Convenção, ainda que diferentemente interpretados daquela configurada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, bem como por acreditar que se encontra investido de competência máxima relativamente ao controlo do Direito da União Europeia à luz dos direitos fundamentais, jamais submetida a posterior controlo por parte do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, revelando-se um verdadeiro *Cabo das Tormentas* aderir à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

De acordo com as anteriores considerações, não esquecendo as falhas apontadas ao projeto de acordo de adesão, bem como ao sistema instituído pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, constata-mos que a adesão formal da União Europeia a este Tratado Internacional, acrescendo ao sistema instituído pela Carta dos Direitos Fundamentais, redundará, além de congruente (dada a posição dos Estados-Membros em relação à UE) e de respeitar as próprias normas constantes dos Tratados, numa melhoria da legitimidade ativa dos particulares relativamente à conduta da União Europeia e dos seus órgãos, dada a possibilidade de, por via da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ver declarada a violação de um direito

nela consagrado ou nos seus Protocolos, submetido à apreciação de um Tribunal especializado em direitos fundamentais.

“Roma e Pavia não se fizeram num dia.”

(Provérbio Popular Português)

Referências

I - Bibliografia

AA.VV. (2001). *L'Europa dei Diritti : Commento alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*. (R. Bifulco, M. Cartabia, & A. Celotto, Edits.) Bologna: Il Mulino.

_____. (2006). *Organizações Internacionais*. (J. M. Campos, M. Porto, M. Calvete, A. J. Fernandes, E. R. Medeiros, M. A. Ribeiro, . . . J. L. Campos, Edits.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

_____. (2012). *Tratado de Lisboa : anotado e comentado*. (M. L. Porto, & G. Anastácio, Edits.) Coimbra: Almedina.

_____. (2013). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. (A. Silveira, & M. Canotilho, Edits.) Coimbra: Almedina.

Alves, J. d. (2008). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados: Doutrina e Jurisprudência*. Porto: Legis.

Barreto, I. C. (2001). O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Em AA.VV., J. d. Dias, I. C. Barreto, & E. P. Ferreira (Edits.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues* (Vol. 1, pp. 105-137). Coimbra: Coimbra Editora.

- _____. (2010). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada* (4.^a ed.). Coimbra: Wolters Kluwer - Coimbra Editora.
- Benoît-Rohmer, F. (2000). L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme. Em AA.VV., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, numéro monographique de la Revue Universelle des Droits de L'Homme, vol. 12, n.º 1-2* (pp. 57-61). Kehl: N. P. Engel.
- Binder, D. S. (1995). The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action. *Harvard Jean Monnet Working Papers, No. 4/95*. Obtido de <http://jeanmonnetprogram.org/1995-jean-monnet-working-papers/>
- Bomberg, E., Peterson, J., & Stubb, A. (2008). *The European Union : how does it work?* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Botelho, C. S. (2013). O Tribunal de Estrasburgo, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais Constitucionais nacionais: perigo de um "Triângulo das Bermudas"? - A complexa Interacção Multinível entre as Instâncias Jurisdicionais de Protecção dos Direitos Fundamentais. Em AA.VV., E. P. Ferreira, H. T. Torres, & C. C. Palma (Edits.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier* (Vol. III, pp. 119-148). Coimbra: Almedina.
- Búrca, G. d. (2001). Human Rights: The Charter and Beyond. *Jean Monnet Working Paper No.10/01*. Obtido de <http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/013601.html>
- Clapham, A. (1991). *Human rights and the European Community : a critical overview*. Baden-Baden: Nomos.
- Curtin, D., & Ooik, R. v. (2001). The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights. Em AA.VV., *Maastricht Journal of European and Comparative Law, n.º 8* (pp. 102-114). Antwerp (Maklu): Baden-Baden : Nomos. Obtido de <http://heinonline.org>
- De Schutter, O. (2010). *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation*. Obtido de

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100427ATT73610/20100427ATT73610FR.pdf>

- Duarte, M. L. (2000). *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- _____. (2002). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Natureza e Meios de Tutela. Em AA.VV., & R. M. Ramos (Ed.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço* (pp. 723-755). Coimbra: Almedina.
- _____. (2004). O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem - Uma Defesa do "Triângulo Judicial Europeu". Em AA.VV., & J. Miranda (Ed.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Manuel Marques Guedes* (pp. 735-760). Lisboa/Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora.
- _____. (2006). *União Europeia e Direitos Fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL.
- _____. (2013). O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais. Em AA.VV., N. Piçarra, A. M. Martins, A. M. Rodrigues, A. G. Soares, A. Vitorino, C. A. Gomes, . . . T. Antunes (Edits.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa: aspectos centrais* (pp. 81-98). Coimbra: Almedina.
- Fischbach, M. (2000). Le Conseil de l'Europe et la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne. Em AA.VV., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, numéro monographique de la Revue Universelle des Droits de L'Homme, vol. 12, n.º 1-2* (pp. 7-9). Kehl: N. P. Engel.
- Gaja, G. (1996). Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Em AA.VV., *Common Market Law Review, n.º 37* (pp. 973-989). Dordrecht: Kluwer Law International.
- _____. (1999). New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe? Em AA.VV., P. Alston, M. Bustelo, & H. James (Edits.), *The*

EU and Human Rights (pp. 781-800). Oxford: Oxford University Press Florence (Academy of European Law, European University Institute).

Gorjão-Henriques, M. (2001). A Evolução da Protecção dos Direitos Fundamentais no Espaço Comunitário. Em AA.VV., A. L. Riquito, C. S. Ventura, J. C. Andrade, J. J. Canotilho, M. Gorjão-Henriques, R. M. Ramos, & V. Moreira (Edits.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia* (pp. 17-38). Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (2008). *Direito Comunitário* (5.^a ed.). Coimbra: Almedina.

_____. (2012). Compreensões e pré-compreensões sobre o primado na aplicação do Direito da União: Breves Notas jurídico-constitucionais relativamente ao Tratado de Lisboa. Em AA.VV., F. A. Correia, J. E. Machado, & J. C. Loureiro (Edits.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (Vol. III, pp. 317-371). Coimbra: Coimbra Editora.

Heringa, A., & Verhey, L. (2001). The EU Charter: Text and Structure. Em AA.VV., *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 8 (pp. 11-32). Antwerp (Maklu): Baden-Baden: Nomos. Obtido de <http://heinonline.org>

Jacque, J.-P. (2000). La Démarche Initiée par le Conseil Européen de Cologne. Em AA.VV., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, numéro monographique de la Revue Universelle des Droits de L'Homme*, vol. 12, n.º 1-2 (pp. 3-6). Kehl: N. P. Engel.

Lemmens, P. (2001). The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights - Substantive Aspects. Em AA.VV., *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 8 (pp. 49-57). Antwerp (Maklu); Baden-Baden: Nomos. Obtido de <http://heinonline.org>

Lenaerts, K., & Smijter, E. d. (2001). The Charter and the Role of the European Courts. Em AA.VV., *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 8 (pp. 90-101). Antwerp (Maklu): Baden-Baden : Nomos. Obtido de <http://heinonline.org>

Machado, J. E. (2010). *Direito da União Europeia* (1^a ed.). Coimbra: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora.

- Maduro, M. P. (2003). The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Em T. Hervey, & K. Jeff, *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights : A Legal Perspective* (pp. 269-299). Oxford: Hart Publishing.
- Martins, A. M. (2004). O Tribunal de Justiça como Garante da Constiuição Europeia. Em AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes* (pp. 761-792). Coimbra: Coimbra Editora.
- _____. (2013). Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2.º do TUE. Em AA.VV., N. Piçarra, A. M. Martins, A. M. Rodrigues, A. G. Soares, A. Vitorino, C. A. Gomes, . . . T. Antunes (Edits.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa: aspectos centrais* (pp. 47-79). Coimbra: Almedina.
- Medeiros, R. (2001). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português. Em AA.VV., *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976* (pp. 227-293). Lisboa: AAFDL.
- Mesquita, M. J. (2008). Sobre o Mandato da Conferência Intergovernamental definido pelo Conselho Europeu de Bruxelas: é o Tratado de Lisboa um novo Tratado? Em AA.VV., A. M. Cordeiro, P. P. Vasconcelos, & P. C. Silva (Edits.), *Estudos em honra do professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (Vol. I, pp. 551-575). Coimbra: Almedina.
- _____. (2013). *Introdução ao Contencioso da União Europeia: lições*. Coimbra: Almedina.
- Miranda, J. (2000). Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Parecer Breve. Em AA.VV., & FDUL (Ed.), *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (pp. 17-21). Lisboa: Coimbra Editora.
- Moreira, V. (2001a). A Carta e a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem. Em AA.VV., A. L. Riquito, C. S. Ventura, J. C. Andrade, J. J. Canotilho, M. Gorjão-Henriques, R. M. Ramos, & V. Moreira (Edits.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia* (pp. 89-99). Coimbra: Coimbra Editora.

- _____. (2001b). A Tutela dos Direitos Fundamentais na União Europeia. Em AA.VV., A. L. Riquito, C. S. Ventura, J. C. Andrade, J. J. Canotilho, M. Gorjão-Henriques, R. M. Ramos, & V. Moreira (Edits.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia* (pp. 75-82). Coimbra: Coimbra Editora.
- _____. (2003). A "Constitucionalização" dos Direitos Fundamentais na União Europeia (UE). Em AA.VV., & L. N. Almeida (Ed.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa* (pp. 697-735). Coimbra: Coimbra Editora.
- _____. (2014). *"Respublica" europeia : estudos de direito constitucional da União Europeia* (1ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Pais, S. O. (2014). *Estudos de Direito da União Europeia* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Piçarra, N. (2013). O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma Apresentação à Luz de 20 Meses de Vigência. Em AA.VV., N. Piçarra, A. M. Martins, A. M. Rodrigues, A. G. Soares, A. Vitorino, C. A. Gomes, . . . T. Antunes (Edits.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa: aspectos centrais* (pp. 15-37). Coimbra: Almedina.
- Quadros, F. d. (2008). *Droit de l'Union Européenne : droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*. Bruxelles : Bruylant.
- _____. (2013). *Direito da União Europeia. Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Ramos, R. M. (1994). *Das Comunidades à União Europeia : estudos de direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora.
- _____. (1999). *Das Comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário* (2.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- _____. (2001). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais. Em U. d. Instituto de Estudios Europeos, *Cuadernos Europeos de Deusto* (pp. 161-185). Bilbao: I.E.E.,U.D.

- _____. (2001a). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Alguns Aspectos. Em AA.VV., A. L. Riquito, C. S. Ventura, J. C. Andrade, J. J. Canotilho, M. Gorjão-Henriques, R. M. Ramos, & V. Moreira (Edits.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia* (pp. 53-57). Coimbra: Coimbra Editora.
- Rocha, A. (2010). *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu: o Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica.
- Salcedo, J. A. (2001). Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Em AA.VV., *Revista de Derecho Comunitario Europeo, Anno 5 (enero/junio)* (pp. 7-26).
- Silva, A. M. (2010). *História da unificação europeia : a integração comunitária : 1945-2010*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Soares, A. G. (2002). *A Carta dos Direitos Fundamentais da união Europeia: A Protecção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Spielmann, D. (1999). Human Rights case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities. Em P. Alston, M. Bustelo, & J. Heenan, *The EU and Human Rights* (pp. 757-780). Oxford: Oxford University Press Florence (Academy of European Law, European University Institute).
- Toth, A. G. (1997). The European Union and human rights: The way forward. Em AA.VV., *Common Market Law Review, n.º 34* (pp. 491-529). Dordrecht: Kluwer Law International.
- _____. (2002). The Charter of Fundamental Rights of the European Union. Em G. M. Silva, *Direito e Justiça* (Vols. XVI, Tomo 1, pp. 171-189). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Ventura, C. S. (2001). Contexto e Justificação da Carta. Em AA. VV., A. L. Riquito, C. S. Ventura, J. C. Andrade, J. J. Canotilho, M. Gorjão-Henriques, R. M. Ramos, & V. Moreira (Edits.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia* (pp. 39-51). Coimbra: Coimbra Editora.

- Vitorino, A. (2013). A “Casa Europeia” de Lisboa. Em AA.VV., N. Piçarra, A. M. Martins, A. M. Rodrigues, A. G. Soares, A. Vitorino, C. A. Gomes, . . . T. Antunes (Edits.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa: aspectos centrais* (pp. 39-45). Coimbra: Almedina.
- Weiler, J. H. (1999). *The Constitution of Europe: Do the new clothes have an emperor?: do ther essays on European integration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Witte, B. (1999). The Past and Future Role of European Court of Justice in the Protection of Human Rights. Em P. Alston, M. Bustelo, & J. Heenan, *The EU and Human Rights* (pp. 859-897). Oxford: Oxford University Press Florence (Academy of European Law, European University Institute).
- _____. (2001). The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue? Em M. I. Maastricht University, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 8 (pp. 81-89). Antwerp (Maklu): Baden-Baden : Nomos. Obtido de <http://heinonline.org>

II - Jurisprudência

- Baustahlgewebe GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias*, Proc. C-185/95 P (Tribunal de Justiça, 17 de dezembro de 1998). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&lg=&dates=&language=pt&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-185%252F95&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&etat>
- Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi contra Irlanda*, Pedido n.º 45036/98 (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 30 de junho de 2005). Obtido de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69564>

Empresa Friedrich Stork & Co. contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, Proc. 1/58 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 4 de fevereiro de 1959).

Erich Stauder contra Cidade de Ulm - Sozialamt, Proc. 29/69 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 12 de novembro de 1969). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgreg=pt&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=29%252F69&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page>

Flaminio Costa contra E.N.E.L., Proc. 6/64 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 15 de julho de 1964). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgreg=pt&nat=or&oqp=&lg=&dates=&language=pt&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=6%252F64&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or>

Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost, Proc. 314/85 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 22 de outubro de 1987). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=94312&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=88480>

Hoechst AG contra Comissão das Comunidades Europeias, Proc. apensos 46/87 e 227/88 (Acórdão do Tribunal de Justiça, 21 de setembro de 1989). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgreg=pt&nat=or&oqp=&lg=&dates=&language=pt&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=46%252F87&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=o>

Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Proc. 11/70 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 17 de dezembro de 1970). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgreg=pt&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008>

E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=11%252F70&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page

J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung contra Comissão das Comunidades Europeias, Proc. 4/73 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 14 de maio de 1974). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgreg=pt&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=4%252F73&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=>

Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz, Proc. 44/79 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 13 de dezembro de 1979). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=%2524type%253Dpro%2524mode%253Don%2524on%253D1979.12.13&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cf>

Mathews contra Reino Unido, Pedido n.º 24833/94 (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 18 de fevereiro de 1999). Obtido de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58910>

max.mobil Telekommunikation Service GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias, Proc. T-54/99 (Tribunal de Justiça da União Europeia, 30 de janeiro de 2002). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46671&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1544674>

NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa, Proc. 26/62 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 05 de fevereiro de 1963). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgreg=pt&nat=or&oqp=&lg=&dates=&language=pt&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=26%252F62&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=o>

Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia, Proc. C-540/03 (Tribunal de justiça da União Europeia, 27 de junho de 2006). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=55770&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1544674>

Pecastaing contra Estado belga, Proc. 98/79 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 05 de março de 1980). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=%2524type%253Dpro%2524mode%253Don%2524on%253D1980.03.05&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cf>

Roland Rutili contra Ministro do Interior, Proc. 36/75 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 28 de outubro de 1975). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=pt&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=36%252F75&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page>

Vivien Prais contra Conselho das Comunidades Europeias, Proc. 130/75 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 27 de outubro de 1976). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=pt&nat=or&oqp=&dates=%2524type%253Dpro%2524mode%253Don%2524on%253D1976.10.27&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfa>

III - Outras referências

Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights. Commission Memorandum. (2 de may de 1979). *Bulletin of the European Communities - Supplement 2/79*. Obtido de <http://aei.pitt.edu/6356/4/6356.pdf>

Ato Único Europeu. (17 de fevereiro de 1986). Obtido de http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties_establishing_the_european_communities_single_euro

pean_act/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act_pt.pdf

CdE. (28 de junho de 2002). Étude des questions juridiques et techniques d'une adhésion des CE/de l'UE a la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Obtido de http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/Study_accession_UE_2002_fr.pdf

CdE. (5 de abril de 2013). Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights - Final report to the CDDH. Obtido de [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf)

Community, S. o. (1961). Statement issued by the heads of State or Government (Meeting in Bonn on 18 July 1961). *Bulletin of the European Economic Community No. 7-8, July/August 1961*, 35-38. Obtido de <http://aei.pitt.edu/id/eprint/54242>

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, Proc. C-540/03 (Tribunal de Justiça da União Europeia, 8 de setembro de 2005). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59709&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1544674>

Conclusões do Advogado-Geral Alberto Trabucchi, Proc. 4/73 (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 28 de março de 1974). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88476&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1539577>

Conclusões do Advogado-Geral Antonio Tizzano, Proc. C-173/99 (Tribunal de Justiça da União Europeia, 8 de fevereiro de 2001). Obtido de

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46070&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1457818>

Conclusões do Advogado-Geral F.G. Jacobs, Proc. C-270/99 P (Tribunal de Justiça da União Europeia, 22 de março de 2001). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45920&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1539577>

Conselho Europeu de Bruxelas: Conclusões da Presidência. (21 e 22 de junho de 2007). Obtido de http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/pt/ec/94941.pdf

Conselho Europeu de Colónia: Conclusões da Presidência (Anexo IV). (3 e 4 de junho de 1999). Obtido de http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_pt.htm

Conselho Europeu de Colónia: Conclusões da Presidência. (3 e 4 de junho de 1999). Obtido de http://www.europarl.europa.eu/summits/kol1_pt.htm

Conselho Europeu de Nice: Conclusões da Presidência. (7 a 10 de dezembro de 2000). Obtido de http://www.europarl.europa.eu/summits/nice1_pt.htm

Conselho Europeu de Tampere: Conclusões da Presidência. (15 e 16 de outubro de 1999). Obtido de http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

Declaration Commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission. (27 de abril de 1977). *Journal Officiel des Communautés Européennes: C 103*. Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1977:103:FULL&from=EN>

Jornal Oficial da União Europeia 2007/C 303/02. (14 de dezembro de 2007). *Anotações Relativas à Carta dos Direitos Fundamentais*. Obtido de

<https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000040001-000041000/000040181.pdf>

O Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. (18 de dezembro de 2014). *Comunicado de Imprensa n.º 180/14 do Tribunal de Justiça da União Europeia*. Obtido de <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>

Parecer proferido nos termos do artigo 218.º, n.º 11, TFUE - Projeto de acordo internacional - Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - Compatibilidade com os Tratados UE e FUE (Tribunal de Justiça da União Europeia, 18 de dezembro de 2014). Obtido de http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd2da9bfa292db4da988afb961242593f9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQchz0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=160882&cid=668013

Parecer proferido nos termos do artigo 228.º, n.º 6, do Tratado CE: Adesão da Comunidade à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. (Tribunal de Justiça da União Europeia, 28 de março de 1996). Obtido de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d0f130dedcad9fbe5a324c3c8e85a5451ed3ceff.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4NchyKe0?text=&docid=99501&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1388109>

PE. (19 de maio de 2010). Relatório sobre os aspectos institucionais da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Obtido de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0144+0+DOC+XML+V0//PT>

TJUE. (5 de maio de 2010). Documento de reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre determinados aspectos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Obtido de http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_pt_2010-05-21_08-58-24_524.pdf

Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. (18 de abril de 1951). Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>

Tratado da União Europeia - Tratado de Maastricht. (7 de fevereiro de 1992). Obtido de http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf

Tratado de Amesterdão. (2 de outubro de 1997). Obtido de http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf

Tratado de Fusão - Tratado de Bruxelas. (8 de abril de 1965). Obtido de http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:89b3b5b7-e861-4de6-b92c-7c280ca6d6fb.0003.01/DOC_1&format=PDF

Tratado de Nice. (26 de fevereiro de 2001). Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12001C/TXT&from=PT>

Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. (2004). Obtido de http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf

Tratados de Roma : Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia. (25 de março de 1957). Obtido de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>

Tratados de Roma : Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica. (25 de março de 1957). Obtido de http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf