

O SISTEMA DE PROTECÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA — ENTRE A AUTONOMIA E O COMPROMISSO

MARIA DE FÁTIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO

A autora analisa, numa perspectiva dinâmica e evolutiva, o modo como a construção europeia implicou a construção da tutela dos direitos fundamentais, desde as Comunidades até à União. Com indicação da jurisprudência mais marcante, acompanha o caminho aberto pelo Tribunal de Justiça das (então) Comunidades Europeias, inicialmente através da referência aos princípios gerais de direito, que progressivamente foram servindo de instrumento para o reconhecimento de um catálogo de direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, depois abrindo-se a instrumentos internacionais, designadamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e a direitos oriundos dos ordenamentos constitucionais dos Estados-Membros, com a preocupação de essa abertura não prejudicar o carácter autónomo do direito comunitário. Salienta ainda a relação da Comunidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que nem sempre foi linear.

Acompanhando a instituição e crescimento da União, trata o tema dos direitos fundamentais desde Maastricht a Lisboa e o sentido da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, para em seguida retomar a função do Tribunal de Justiça da União Europeia na tutela e aplicação desta camada de normatividade, bem como a delicada relação entre aquele e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em semelhante tarefa.

Por fim, alinhama-se algumas questões e dificuldades suscitadas por uma adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, designadamente se aquele passo implicará ou não uma tutela acrescida dos direitos fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

Ao tempo da institucionalização dos tratados iniciais não parecia que a Europa comunitária, optando pela via da integração económica, necessitasse de um catálogo de direitos fundamentais ou de um qualquer sistema de vias processuais específico à sua tutela. Contudo, o caminho aglutinador da construção europeia viria a implicar o compromisso com aqueles direitos.

O encontro da União com os direitos fundamentais haveria de resultar da necessidade de uma postura consentânea a uma União de Direito: criava e aplicava Direito, logo, por ele teria de se vincular. A especialidade da nova ordem jurídica que então surgia passava pela forma como se sobreponha aos ordenamentos internos, como exigia a sua aplicação preferencial, e também pela forma como implicava os indivíduos no processo integrativo.

Caberia essencialmente ao Tribunal de Justiça¹ a construção de uma metodologia para a sua protecção que resultaria na paulatina elaboração de um catálogo não escrito, que as sucessivas revisões aos tratados constitucionalizariam na sua letra. Com efeito, a par do activismo jurisdicional, tanto as instituições como os próprios Estados-membros, foram afirmando, progressivamente, a sua existência por via da proclamação de várias declarações políticas. O respeito por aqueles direitos mais do que condição de legalidade dos actos típicos passaria a parâmetro de vinculação dos Estados-membros, no quadro de aplicação do Direito da União.

O momento mais expressivo dessa progressiva afirmação dos direitos fundamentais viria a ser a elaboração da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia² e sua posterior integração no Tratado de Lisboa³, apesar de remetida para um texto avulso ao mesmo. Tal como os Estados também a União ficaria, doravante, munida de uma declaração de direitos. Contudo, no que contendia aos mecanismos de garantia jurisdicional, o novo tratado nada acrescentaria ao seu acervo.

O novo tratado retomou a questão da adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴, prevendo no n.º 2 do art. 6.º do TUE — Lisboa, que «*A União adere à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*». Este compromisso encerra motivações de índole política e levanta complexas questões jurídicas que não foram esclarecidas. Bem como coloca problemas de aplicabilidade relativamente a ambas as declarações de direitos (CEDH e CDFUE) que as disposições horizontais da Carta visam resolver, na via da salvaguarda do mais alto nível de protecção dos seus titulares.

A protecção dos direitos fundamentais na União coexiste com a sua protecção a nível interno, e com ela se articula. O seu funcionamento contende com a repartição de competências, e com a sua interligação ao sistema de protecção europeia que decorre da CEDH. Esta articulação trilateral permite-nos constatar que o sistema de protecção de direitos fundamentais da UE se inspirou numa amalgama de fontes (internormatividade) e de mecanismos de garantia: da UE, nacional, e internacional regional.

É nossa convicção que — não obstante a entrada em vigor do TL e a integração da CDFUE no seu seio — a protecção dos direitos fundamentais e o acesso dos indivíduos às vias de direito aptas à sua salvaguarda conti-

¹ A partir daqui utilizaremos a abreviatura TJ, ou a palavra “Tribunal”, quando nos referimos ao Tribunal de Justiça da União Europeia que, nos termos do art. 19.º do TUE — Lisboa «*inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e os tribunais especializados*».

² A partir daqui utilizaremos a abreviatura CDFUE, ou a palavra “Carta”, para nos referirmos à Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia.

³ A partir daqui utilizaremos a abreviatura TL, para nos referirmos ao Tratado de Lisboa.

⁴ A partir daqui utilizaremos a abreviatura CEDH, para designar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

nuarão a preencher as características de um modelo essencialmente jurisprudencial. É o que iremos verificar.

2. O PAPEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Por via da jurisprudência do TJ a ordem jurídica comunitária afirmar-se-ia autónoma⁵ da dos Estados-membros e da própria ordem de Direito Internacional, devendo aqueles assegurar a supremacia da sua aplicação⁶. Do mesmo modo, seria também reconhecido efeito directo⁷ a algumas normas constantes dos tratados, a outras fontes de direito derivado, e ainda a alguns acordos internacionais concluídos pela Comunidade, assim permitindo aos particulares a sua invocação nas jurisdições nacionais. A não ser assim, o efeito útil de alguns dispositivos não lograria concreção junto à sua esfera jurídica.

Foi inegável, por isso, o papel determinante do TJ enquanto órgão de aplicação da justiça comunitária em todas as matérias decorrentes da institucionalização dos tratados. A ele lhe coube a revelação dos direitos a tutelar e a efectivação da sua garantia.

2.1. A elaboração jurisdicional do sistema: na via dos princípios gerais de direito

Inicialmente, o Tribunal recusar-se-ia⁸ a reportar-se a princípios constitucionais dos Estados para identificar um corpo de direitos fundamentais. Esta situação — que a Professora Ana Maria Guerra MARTINS, designaria de «fase

⁵ Na jurisprudência Costa *c. E.n.e.l.*, proc. 6/64, Col. 1964, p. 549.

⁶ Proc. *op. cit.* O mesmo parágrafo enunciaria a dogmática do primado, baseando-se numa interpretação global do Tratado: «as disposições provenientes de fontes comunitárias (...) têm como corolário a impossibilidade de os Estados fazerem prevalecer, contra uma ordem jurídica aceite por eles numa base de reciprocidade, qualquer medida unilateral ulterior que não poderá ser-lhe por isso oponível; o direito nascido do Tratado resulta de fonte autónoma não podendo, em razão da sua natureza específica original ver-se judicialmente contrariado por texto interno, qualquer seja, sem perder o carácter comunitário e sem que seja posta em causa a base jurídica da própria Comunidade.». Outros se seguiriam: o *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11/70, Col. 1970, p. 625 sobre o carácter absoluto do primado, mesmo sobre o direito constitucional; o *Simmenthal*, proc. 106/77, Col. 1978, p. 243; o *Factortame*, proc. C-213/89, Col. 1990, p. i-2433. O primado deve ser equacionada como solução de um conflito de aplicação de normas igualmente competentes para a solução de caso concreto, no âmbito de aplicação do Direito da União. Pelo que, as relações entre ambos os ordenamentos devem-se estabelecer pelo princípio da repartição de competências e não pelo princípio da hierarquia. Trata-se, pois, de aplicação preferente da norma comunitária e não de proeminência quanto à sua validade intrínseca.

⁷ Acórdão *Van Gend en Loos*, proc. 26/62, Col. 1962-1964, p. 205.

⁸ Acórdão *Stork c. Alta Autoridade*, proc. 1/58, Rec. 1959, p. 17; e *Sgarlata c. Comissão*, proc. 40/64, Rec. 1965, p. 279

da recusa»⁹, a Professora Maria Luísa DUARTE de «agnosticismo valorativo», e que Cristina HERMIDA DEL LLANO denominaria de «activismo inactivo»¹⁰ — levaria a uma espécie de insubmissão de alguns tribunais constitucionais. Logo em 1967¹¹, o Tribunal de Karlsruhe avisaria que a transferência de atribuições a favor da Comunidade não poderia implicar que os cidadãos alemães ficassem privados da protecção que a sua lei fundamental lhes havia concedido. Como uma espada de Dâmocles, a atitude dos tribunais constitucionais¹² viria a constituir um estímulo para o Tribunal passar a proteger os direitos fundamentais.

Nesse caminho, o juiz comunitário confrontou-se com um deserto de normatividade. As lacunas evidenciadas levaram a que encontrasse no recurso aos princípios gerais de direito o expediente para evitar situações de denegação de justiça. Os princípios representam uma “ideia de direito” superior à decisão legislativa, assumindo uma função normogenética. A sua adopção seria a resposta às lacunas dos tratados, inclusive permitindo derrogações às suas próprias regras¹³.

A questão dos princípios assumiu expressões variadas na doutrina. Em tese geral, os princípios gerais de direito são comuns aos vários sistemas jurídicos representados na União. Já os princípios gerais de direito comunitá-

⁹ MARTINS, Ana Maria, «A Protecção dos Direitos Fundamentais em Portugal e a Constituição Europeia», in *Revista de Estudos Europeus — A Constituição Europeia e Portugal*, ano I, n.º 2, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, p. 122.

¹⁰ HERMIDA DEL LLANO, Cristina *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 130.

¹¹ Segundo a «teoria da congruência ou equivalência estrutural», a transferência de soberania para organizações internacionais, (art. 24.º da Lei Fundamental Alemã), só seria constitucionalmente válida se a organização que as recebesse fosse congruente com o modelo estatal por ela definido, ou seja: separasse os poderes, garantisse o respeito pelo Direito e pelo carácter democrático do processo legislativo, e garantisse a existência de controlo jurisdicional. Sobre este assunto v. SALINAS DE FRIAS, Ana, *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 13 e ss.; HERMIDA DEL LLANO, (nota 10) p. 166 e ss.

¹² Em 1974, o Tribunal Constitucional Alemão na sua «incisiva» jurisprudência *Solange I*, BverfGe 271, afirmaria que “enquanto” o processo de integração não atingisse um estádio que garantisse a protecção dos direitos em termos equivalentes aos constitucionais, controlaria os actos comunitários. Em 1986, inverteria a sua posição na decisão *Solange II*, BverfGe 339, afirmando que o TJCE já assegurava uma protecção suficiente. Pelo que, “enquanto” tal protecção se mostrasse equiparável ou equivalente à exigida pela lei fundamental renunciaria ao seu direito de fiscalizar os actos normativos que serviriam de base aos actos internos necessários à sua execução. Também a Corte Constitucional, na sentença *Frontini*, (1974) afirmou sua competência, o que as sentenças *Granital* (1984), e *Fragd* (1989), viriam a reiterar. Menos agressivo que o tribunal alemão diria que, muito embora os tratados consentissem a limitação à soberania, não se poderia conferir à CEE um poder que lhe permitisse violar os direitos inalienáveis da pessoa humana. Sobre o problema, v. MOREIRA, Vital «A “Constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Europeia», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra-Almedina, 2003, p. 697-735, e SALINAS DE FRIAS (nota 11) p. 18-30 e 43-57.

¹³ No caso *Os Verdes c. Parlamento Europeu*, proc. 294/83, Col. 1986. p. 1339, O Tribunal afirma o tratado como «Carta Constitucional». Trava-se de uma associação francesa, que interpôs recurso de anulação de uma decisão do PE. O TJ considerou-a individualmente atingida pelo acto impugnado e conclui pela admissibilidade do recurso, ultrapassando a letra do art. 230.º do TCE.

rio são aqueles que o TJ foi revelando em virtude da natureza específica daquele ordenamento. Alguns teriam sido retirados da própria letra dos tratados — não discriminação, liberdades fundamentais, igualdade de remuneração entre sexos — outros nela se viriam a integrar. Se a protecção dos direitos fundamentais, o respeito pela democracia, e pelo Estado de Direito, se situou dentro do primeiro grupo, o primado e o efeito directo fazem parte do segundo.

Seria a partir de 1969, no caso *Stauder*¹⁴, que o TJ se referiria aos princípios como base normativa para a protecção dos direitos fundamentais enquanto parâmetros de apreciação de legalidade de actos de direito derivado, não obstante asseverar que nenhuma violação existia no caso. O acórdão *Handelsgesellschaft*¹⁵ experimentaria ainda maior determinação, afirmando que os direitos fundamentais integravam os princípios gerais de Direito que lhe incumbia salvaguardar, no «*quadro da estrutura e dos objectivos comunitários*», afirmando a sua competência para verificar a conformidade de actos comunitários impugnados junto às jurisdições nacionais.

O TJ recorreria a um método comparativo¹⁶ para revelar os direitos fundamentais que integravam a ordem jurídica comunitária, identificando as tradições constitucionais como sua fonte e aferindo do seu carácter comum aos Estados-membros. Nesse exercício, o recurso ao art. 288.º do TCE permitiu-lhe a utilização de uma metódica que sedimentou um acervo axiológico comum às tradições constitucionais.

Atente-se que, ao identificar o seu carácter comum, o Tribunal não se vinculou ao reconhecimento dos direitos de cada uma das tradições. Citando Ana SALINAS DE FRIAS: «No es necesario una convergencia o coincidencia absoluta de todas y cada una de las constituciones comunitarias, bastaría con que el principio constitucional, tradiciones constitucional o derecho constitucionalmente consagrado, se adecue a las particularidades de las Comunidades y sea lo suficientemente representativo o goce del peso necesario a nível comunitario».¹⁷ O acórdão *Nold II*¹⁸ evidenciaria que o critério utilizado seria a «adequação funcional»¹⁹ ao âmbito de competências atribuídas.

¹⁴ Acórdão *Stauder c. Cidade de Ulm*, proc. 29/69, Col. 1969. p. 419.

¹⁵ Proc. 11/70, *op. cit.* Tratava-se de um pedido de decisão prejudicial a propósito da conformidade de regulamentos agrícolas comunitários com direitos fundamentais previstos na Constituição de Bona, em concreto: princípio da proporcionalidade e da liberdade económica. Sublinhando a jurisprudência *Costa Enel*, que consagrava o primado e a limitação definitiva de soberania, o TJ afirmou que o recurso às regras de direito nacional, enquanto referência de validade poderia por em causa a base jurídica do Direito Comunitário.

¹⁶ O TJ ponderaria entre os direitos individuais invocados e o interesse público comunitário a prosseguir. Sobre o tema, v. WEILER, Joseph «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights», in Nannette A. NEUWAHL e. a., *The European Union and Human Rights*, Haia, 1995, p. 51 e ss.

¹⁷ SALINAS DE FRIAS (nota 11), p. 75.

¹⁸ Acórdão de 14 de Maio de 1974, proc. 4/73, Rec. 1974, p. 491.

¹⁹ A expressão é da autoria da Professora M. L. Duarte, v. DUARTE, Maria Luísa «O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem», in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 214.

O caso *Hauer*²⁰, a propósito de um regulamento que proibia o plantio de vinhas, ilustra o método de comparação das regras constitucionais para a conceptualização do direito de propriedade com vista à definição de um princípio comum, sob a forma de princípio geral de Direito. Afirmaria que «un principio que este acogido en una o más normas constitucionales puede considerarse parte del Derecho comunitário, si no es contradicho por normas de los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros»,²¹ declarando que a restrição ao seu exercício se justificava por «objectivos de interesse geral da Comunidade», não se configurando como uma «intervenção excessiva e intolerável» no conteúdo essencial do direito, tal como reconhecido e garantido pelo ordenamento comunitário e pelas práticas constitucionais.

Partindo assim de um *standard* comum, o Tribunal determinaria o nível de protecção concreto a disponibilizar, escolhendo o «parâmetro de protecção mais adequado à identidade e à sensibilidade constitucional próprias da Comunidade, distintas das de cada Estado-Membro.».²² De resto, embora a base jurídica para a protecção dos direitos fundamentais continuasse inexistente, o artífice deste sistema logrou assim amenizar os conflitos com os tribunais constitucionais.

Posteriormente, os instrumentos internacionais de direitos do homem relativamente aos quais os seus Estados-membros tinham aderido ou cooperado, ampliaram a base de revelação de direitos. Esta abertura do TJ teria sido precedida de várias iniciativas institucionais, tais como: a Declaração sobre a identidade europeia, de Dezembro de 1973²³, e o Relatório Tindemenns sobre a União Europeia de 1975. Este, já defendia a criação de um meio processual para os particulares impugnarem actos comunitários violadores de direitos fundamentais. Outras manifestações políticas revelavam a intenção de prosseguir a construção europeia no respeito pelos direitos do homem: a Declaração Comum do Parlamento, Conselho e Comissão de 5 de Abril de 1977²⁴, e a Declaração sobre a Democracia de 8 de Abril de 1978²⁵.

No Acórdão *Nold*²⁶ o TJ já afirmava que os instrumentos internacionais

²⁰ Proc. 44/79, Col. 1979, p. 3727.

²¹ HERMIDA DEL LLANO (nota 10) p. 141

²² PIÇARRA, Nuno, «A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem — um estudo de Direito Constitucional», in AB VNO AD OMNES — 75 anos da Coimbra Editora, p. 1400.

²³ Resolução do PE, de 30-4-1973, publicada no JOCE C n.º 26, p. 7.

²⁴ Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 1997, C, 103, p. 1.

²⁵ JOCE C, n.º 127, de 21-5-1979, p. 69.

²⁶ Proc. 4/73, *op. cit.* O Sr. Nold invocava a invalidade de uma Decisão face ao direito de propriedade e ao livre exercício de actividades profissionais garantido pela sua constituição, pelas constituições de outros Estados-membros, e por diferentes convenções internacionais, nomeadamente a CEDH. O TJ afirmaria que aqueles direitos não constituíam prerrogativas absolutas, podendo ser limitados por interferências legislativas em nome do interesse geral e da função especial que visavam garantir. No acórdão *Rutili*, proc. 36/75, Rec. 1975, p. 1219, a propósito de um pedido a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 48.º do TCEE, o TJ apreciou actos estaduais restritivos de liberdades fundamentais por razões de ordem pública. Referindo-se

poderiam fornecer elementos a considerar. A importância da CEDH, não poderia vir a ser obnubilada pela jurisprudência comunitária de quem se esperava que assegurasse um nível de protecção pelo menos a ela equivalente. Contudo, para Maria Luísa DUARTE²⁷, se de algum modo se convergiu no plano da enunciação normativa dos direitos, outro tanto não teria acontecido na sua interpretação e aplicação concreta. O cunho pretoriano desta técnica, designada pela Professora como de «recepção material», permitiu que o TJ seleccionasse o acervo de direitos fundamentais da União.

Coube assim à jurisprudência fazer a recepção da fonte de origem nacional (tradições constitucionais) ou internacional (CEDH). Contudo, como já fomos dizendo, esta selecção vir-se-ia a efectuar sob a peneira dos objectivos comunitários, pela via da livre apreciação e interpretação do TJ²⁸. A UE passaria a estar vinculada aos direitos fundamentais, é certo, mas a identificação e conteúdo dos direitos a proteger revelar-se-ia incerto.

2.2. A questão da adesão da comunidade à CEDH: orgulho ou preconceito?

A adesão à CEDH era uma solução que muitos aventavam²⁹ para resolver aquela imprevisibilidade. Com efeito, a CEDH envolvia um mecanismo de controlo dos actos estaduais que possibilitava aos indivíduos, vítimas de violação dos direitos nela consignados, recorrerem para o TEDH. Por via da

aos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da CEDH, conclui que as limitações não poderiam «ultrapassar o quadro do necessário à salvaguarda dessas necessidades *“numa sociedade democrática”*». Os limites impostos aos Estados-membros relativamente aos direitos dos estrangeiros viriam a ser uma manifestação dos princípios gerais consagrados naqueles dispositivos. A referência à CEDH, seria fonte de inspiração dos princípios gerais de direito que o TJ dizia salvaguardar. Também o acórdão *Johnston*, proc. 222/84, p. 1651 nos permite concluir que o conteúdo dos direitos da CEDH contribui para a determinação do alcance das restrições estaduais às liberdades de circulação; v. *Heylens*, proc. 22/86, Rec. 1987, p. 4097; *Pecasting*, proc. 98/79, Rec. 1980, p. 689.

²⁷ DUARTE, Maria Luísa «O modelo europeu de protecção de direitos fundamentais», *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias — II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 199.

²⁸ V. MOREIRA, Marco Aurélio Madureira, «Os direitos fundamentais na União Europeia», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 541 onde o Autor refere existir uma «espécie de “incorporação selectiva” em função do interesse comunitário.»

²⁹ Sobre a problemática da adesão, v. ALSTON, Philip (ed), *The E.U. and Human Rights*, Oxford: OUP, 1999; CLAPHAM, Andrew, *Human Rights and the European Community: A Critical overview*, Baden-Baden: Nomos, 1992; CHUECA SANCHO, Ángel *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, 2.ª edição, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, p. 266-271; SALINAS DE FRIAS (nota 11) 105-150; HERMIDA DEL LLANO (nota 10) p. 185-225; CHUECA SANCHO, Ángel *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, 2.ª edição, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, p. 266-271; MOREIRA, Vital «A Carta e a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 89-99; MOREIRA, Vital «A Carta e a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem», in *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, p. 89-99; MORTE GÓMEZ, Carmem, «El papel del Convénio Europeo de Derechos humanos en el sistema de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, in *Comentarios à la Constitución Europea*, I. II, Valência, Tirant lo Blanche, 2004, p. 1624.

adesão, o acervo de direitos e liberdades reconhecido e a sua jurisprudência, passaria a ser imediatamente invocável nos tribunais da ordem jurídica comunitária, deixando de ser aplicável apenas pela via da sua incorporação nos princípios. Contudo, quando consultado especialmente para o efeito, o TJ — cautelosamente — proferiria um parecer (Parecer n.º 2/94)³⁰, afirmando que a Comunidade naquele estádio de evolução não teria competência para poder aderir, devido às matérias de direitos fundamentais não se incluírem no âmbito das competências, explicita ou implicitamente, a ela atribuídas³¹. A adesão acarretaria consequências a nível constitucional apenas realizáveis mediante modificação formal dos tratados comunitários.

A adesão harmonizaria as jurisprudências, e submeteria a CEE ao mesmo controlo dos Estados. De resto, resultava incongruente que o requisito *ratione personae* fosse ultrapassado quando se apreciava a conformidade dos actos estaduais de aplicação do Direito Comunitário, e já não quanto aos actos estritamente comunitários.

Não obstante o Parecer, a CEDH foi-se transformando «no instrumento de convergência entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem jurídica da União Europeia».³² Ainda que alumiado pela compatibilidade funcional, o TJ ao incorporar os seus direitos e jurisprudência, delimitou um espaço europeu de articulação entre o sistema regional europeu e o comunitário, no quadro da protecção dos direitos fundamentais. Contudo, enquanto não ocorrer a adesão efectiva à CEDH, será possível, naquele espaço de inter-normatividade, a existência de riscos de divergência jurisprudencial na aplicação concreta do direito. Contudo, pensamos que apenas os direitos simultaneamente contemplados na CEDH e na ordem jurídica da União é que podem dar origem às referidas divergências. Na verdade, a autonomia do ordenamento da União implica que os direitos previstos na CDFUE, e não previstos na CEDH, mereçam uma hermenêutica e modo de aplicação diferenciada.

3. A CONSAGRAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA: DO ART. 6.º À ELABORAÇÃO DE UM CATÁLOGO

Em sintonia com a evolução jurisprudencial os tratados foram constitucionalizando os direitos fundamentais³³ que o Tribunal ia reconhecendo.

³⁰ Col. 1996, P. I-1759.

³¹ Muitos autores viriam a declarar-se contra esta posição, v. HERMIDA DEL LLANO (nota 10), p. 211: «(...) la protección de los derechos humanos es un objetivo comunitario, y además que es necesario para el funcionamiento del mercado común. Del mismo modo, también se debe constatar que la adhesión de la Comunidad al CEDH es imprescindible para llevar a cabo este objetivo de la protección de los derechos humanos.»

³² DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais — no espaço da internormatividade*, Lisboa, aafdl, 2006, p. 111.

³³ Criticando a recepção global e defendendo a necessidade do reconhecimento nominativo de cada um dos direitos fundamentais a consagrar mediante a elaboração de um *Bill of Rights*

O TUE viria a declará-los integrados nos «valores» em que assentava a União³⁴. Com efeito, o seu art. F revelava o compromisso com um catálogo material de direitos fundamentais³⁵, fixando as fontes (constitucionais e internacionais) a que o TJ poderia recorrer. O art. L excluía das suas competências a sua garantia, paradoxo que o art. M das disposições finais esclareceria, afirmando que nada poderia colidir com o acervo em sede de protecção de direitos. Não obstante, estando as disposições do II e do III pilar (PESC e JAI) vedadas à sua jurisdição, aquele compromisso surgia desacompanhado de tutela judicial em todas as suas vertentes³⁶.

O Tratado de Amesterdão, de Maio de 1999, frisaria o vínculo aos direitos fundamentais. Sob o ponto de vista normativo o sistema basear-se-ia na articulação do art. 6.º, n.º 2 (que manteria inalterada a sua letra), com o art. 46.º, al. d), do TUE³⁷, e art. 220.º do TCE, no que concernia à «acção das instituições». Não assim para decidir se os Estados poderiam violar os princípios fundamentais da UE previstos no n.º 1 do art. 6.º do TUE, competência que —

e de uma garantia jurisdicional desses direitos sem pilares excluídos, v. Lorenzo MARTIN-RETORTILLO BAQUER, «Los derechos fundamentales y la Constitución — y otros estudios sobre derechos humanos», *Justicia — Ley Suprema Colección*, Aragón, El Justicia de Aragon, 2000, p. 381-421; José Melo de ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. I — Raízes e Contexto, Coimbra, Almedina, 2006, p. 136, para quem os princípios gerais não teriam sido constitucionalizados pelos Tratados por via de qualquer processo de recepção formal.

³⁴ A expressão é de MARTINS, Ana Maria Guerra «Os valores da União na Constituição Europeia», in *Stvdia Ividica, Colóquio Ibérico: Constituição Europeia em homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 497-535, cit., p. 500. Sobre os valores da União v. da Autora, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Livraria Almedina, 2004, p. 210-247. Conforme refere Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, *Identidade Constitucional*, Coimbra, Coimbra Almedina, 2009, p. 21. «Todas as Constituições pressupõem e traduzem uma determinada ordem de valores: não existem Constituições axiologicamente neutras (...).»

³⁵ Em sentido formal, constituição é conjunto de normas documentado em texto que goza de lugar cimeiro dentro de uma hierarquia normativa, implicando a conformidade para com ele de todos os actos. Em sentido material, é conteúdo e função dentro da organização jurídica, ou seja, património de princípios fundamentais, independentes das fontes formais donde provêm. Havendo constituição material pode sobrevir uma constituição formal. As normas formalmente constitucionais são-no também a nível material. Já o inverso não é verdadeiro, podendo encontrar-se normas materialmente constitucionais fora do diploma formal. v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2000, p. 15 e ss.; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional — As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 123-126; J. J. CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador — contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2001, p. 440-443.

³⁶ Nas palavras de MOURA RAMOS, «o Tratado de Maastricht parece ter seguido uma via média entre duas perspectivas que se lhe ofereciam em sede de reconhecimento de uma vinculação, por parte da Comunidade, ao respeito pelos direitos fundamentais da pessoa. A que se traduziria na elaboração de um catálogo daqueles direitos (...) e a que (...) sustentava a pura e simples adesão das Comunidades (...) à Convenção Europeia.» MOURA RAMOS, Rui «Maastricht e os direitos do cidadão europeu», in *A União Europeia*, Coimbra, Faculdade de Direito — curso de estudos europeus, 1994, p. 93-129, principalmente 96-97.

³⁷ A extinção da CE levou agora à revogação do art. 46.º do TUE, na sua versão de Nice.

excepção feita para as regras processuais do procedimento sancionatório — caberia ao Conselho, a exercer nos termos do art. 7.º do TUE³⁸.

O tratado excluiria da jurisdição do TJ as matérias do II pilar e o exercício da sua competência no âmbito do III pilar (CPJMP) teria de ser cumprido nos termos do art. 35.º do TUE, ou seja, dependia de aceitação e atribuição expressa dos Estados. O TJ apesar de se poder pronunciar a título prejudicial sobre a validade e interpretação das decisões-quadro (nova fonte normativa despida de efeito directo) e das decisões; sobre a interpretação das convenções elaboradas pelo Conselho e adoptadas pelos Estados ao abrigo da al. *d*) do n.º 2 do art. 34.º do TUE (já não do direito originário previsto no art. 29.º a 41.º); e sobre a validade e interpretação das medidas de aplicação (actos individuais e concretos) das decisões-quadro, das decisões e das convenções internacionais, adoptadas pelas instituições (al. *c* e *d*) do n.º 2 do art. 34.º do TUE); conhecia uma franca limitação de competência. Com efeito, nos termos do n.º 5 do art. 35.º do TUE, para além de ter permanecido nos Estados a competência para a manutenção da ordem pública e a garantia da segurança externa, o seu n.º 6 impossibilitava os particulares de interporem recursos de anulação contra as decisões-quadro³⁹, assim debilitando a sua tutela jurisdicional efectiva.

A tocar matéria de direitos fundamentais, o novo passo seria a proclamação solene da CDFUE, em Dezembro de 2000, em Nice. Enquanto confirmação⁴⁰ e positivação dos direitos fundamentais da UE, a Carta recolheu-os e sistematizou-os, mas não logrou a integração nos tratados, assim frustrando a sua vocação constituinte⁴¹. Por consequência, o TJ não a aplicaria como outro instrumento de revelação de direitos. A questão do seu estatuto jurídico⁴², situada algures entre a ambiguidade e o compromisso, viria a ser

³⁸ Situação que, de resto, se mantém inalterada no Tratado de Lisboa, conforme decorre do art. 269.º do TFUE.

³⁹ Neste sentido, v. acórdão *Maria Pupino*, proc. C-105/03, Col. 2005, p. I-5285, impondo o dever de interpretação conforme do direito nacional com o conteúdo de uma decisão-quadro. Saliente-se que com o TL, o TJ adquire competência quase total para se pronunciar sobre questões interpretativas e de validade relativamente a actos adoptados com base no Título V da Parte III do TFUE.

⁴⁰ V. BÚRCA Grainne, «The Drafting of the European Charter of Fundamental Rights», in *European Law Review*, vol. 26, n.º 2, 2001, p. 130; António Vitorino, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2002, *Principia*, p. 8.

⁴¹ Contra a existência de uma relação entre proclamação de direitos e natureza constituinte, v. DUARTE, Maria Luísa (nota 29), p. 132 e ss. Em sentido contrário, v. MARTINS, Ana Maria Guerra, «Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe», in *RFDUL*, vol. XLIII, n.º 1, 2002, p. 135 e ss.

⁴² V. Comunicado da Comissão sobre a Natureza Jurídica da Carta dos direitos Fundamentais da União Europeia, COM (2000) 644, de 11-10-2000, p. 5. A Comissão considerava que o projecto da Carta respeitava a autonomia do direito da União, sem criar disparidade com os direitos estabelecidos na CEDH. Afirmava que a Carta não serviria «de veículo» para criar novas competências, no respeito da subsidiariedade, tal como o seu art. 51.º previa. Nem, tão pouco, substituiria a aplicação das Constituições no que contendia ao respeito pelos direitos fundamentais. Pelo que, constituiria um «acréscimo de segurança jurídica», sem modificar os recursos jurisdicionais existentes nos tratados. Assim, sugeria que se poderia

remetida para o debate sobre o futuro da União, na Declaração 23 anexa ao Tratado.

Por sua vez, o TL evidencia e consolida os resultados acumulados, revelando um sistema de protecção que continua a articular-se em três níveis: o da União, o internacional regional e o constitucional. O Tratado, além de estabelecer o compromisso com os direitos fundamentais, reconhece os direitos previstos na Carta, incluindo-a avulsa nos tratados, tal como proclamada em Nice, com as alterações introduzidas em 2007. A Carta incorpora as “Anotações”, elaboradas sob a responsabilidade do *Praesidium* e actualizadas pela Convenção que redigiu o Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa, TECE, que se destinam a orientar a actividade interpretativa dos órgãos jurisdicionais.

Doravante a União ficaria dotada de um catálogo próprio, agora vinculativo e obrigatório por si mesmo e não apenas por via de aplicação jurisprudencial, embora muitas disposições de direitos fundamentais continuem a encontrar-se no teor dos tratados. A Carta goza agora da mesma força jurídica dos tratados⁴³, ou seja, deve ser vista como integrando o âmbito material do direito originário ou primário⁴⁴. Por isso, deve primar sobre o direito interno dos Estados e sobre o direito derivado ou secundário, passando a ser seu parâmetro de validade. Os seus dispositivos poderão ser invocados pelos particulares junto aos órgãos jurisdicionais nacionais, e a sua violação poderá dar fundamento à anulação de actos da União que eventualmente com ela colidam, bem como ao despoletar de acções de incumprimento contra os Estados — no estrito respeito do disposto nas suas disposições horizontais (art. 51.º a 54.º).

A sua relevância jurídica é garantida devido à previsão do art. 6.º, n.º 1, do TUE — Lisboa, que continua a constituir o núcleo duro do sistema de protecção da União, embora na mesma haja espaço para a internormatividade pela via dos princípios, graças à cláusula de abertura consagrada no seu n.º 3. Julgamos que sem atribuir uma competência específica à UE⁴⁵ no

tornar vinculativa mediante a sua interpretação pelo TJ, integrando o acervo de direitos fundamentais. Não deixaria de salientar que a Carta possuía em si mesma «vocação» para vir a ser integrada nos Tratados, tornando-se vinculativa por si própria. Pelo que caberia aos chefes de Estado e de Governo da União, tomar essa decisão no próximo Conselho.

⁴³ Nesse sentido, v. DUARTE, Maria Luisa, «A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais», in *O Tratado de Lisboa — cadernos o Direito*, 2010, n.º 5, Almedina, p. 169-189; MESQUITA, M. José Rangel, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, 2010, Coimbra, Almedina, p. 33.

⁴⁴ Reino Unido e Polónia não se vincularam, v. *Protocolo (n.º 30) relativo à aplicação da CDFUE à Polónia e ao Reino Unido*, levantando problemas complexos quanto ao alcance concreto da sua aplicação.

⁴⁵ Afirmando que a proclamação do art. 6.º do TUE não gera qualquer competência directiva no campo dos direitos fundamentais, v. HERMIDA DEL LLANO (nota 10); RUBIO LLORENT, Francisco «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», in *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, vol. 64, Ano 22, Enero/Abril, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2002, p. 13-51. Já a Professora M. José Rangel MESQUITA, admite atribuições da União em sede de direitos fundamentais devido à sua consagração enquanto princípio axiológico em que assenta a EU e à

domínio da protecção dos direitos fundamentais⁴⁶, o art. 6.º do TUE — Lisboa, ao referir-se às tradições constitucionais, viabiliza ao TJ a garantia do *standard máximo* de protecção. Com efeito, nos termos do n.º 4 do art. 52.º da Carta, ao dispor sobre o âmbito e interpretação dos direitos e princípios que reconhece, sublinha que os direitos que decorrem das tradições constitucionais dos Estados «devem ser interpretados de harmonia com essas tradições». Pelo que parece poder afirmar-se que o tratado permite a continuação da traça pretoriana do sistema, embora ofereça maior segurança jurídica, nomeadamente atribuindo um nível hierárquico superior aos direitos fundamentais no que concerne às fontes de Direito da União.

O respeito pelos valores logrou espaço na abertura do novo tratado, no seu art. 2.º Na esteira do pensamento da Professora A. M. G. MARTINS, a sua consagração fez com que o respeito pelos direitos fundamentais continue a ser requisito para a «manutenção da qualidade de membro», «travão material de revisão»⁴⁷, para além de constituir uma «função estruturante» dos tratados, em especial no que concerne à sua protecção, doravante a concretizar nos termos da nova redacção do art. 6.º do TUE — Lisboa.

4. ÂMBITO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO QUADRO DA PROTECÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOS CAMINHOS DA INTERNORMATIVIDADE

Ainda antes da redacção do art. 6.º do TUE, os direitos fundamentais foram funcionando como limites à produção normativa institucional. Contudo, o parâmetro da jusfundamentalidade europeia viria a alargar-se: o TJ foi definindo o grau de vinculação aos direitos fundamentais da União relativamente a toda a legislação nacional que se situasse no âmbito, domínio, ou dimensão comunitária, assim limitando o exercício de competências estaduais, ainda que apenas dentro daquele quadro. Não podia ser de outra forma, atenta a necessidade de os Estados-membros cumprirem, com lealdade, as obrigações que lhes incumbiam.

Para além de actos nacionais de implementação de disposições específicas (jurisprudência *Wachauf* e *Karlsson*), qualquer medida nacional que caísse no «âmbito de aplicação de direito comunitário», (acórdãos *Kremzon*, *FamiliaPress*, *Carpenter*, *Bickel* e *Franz*, *Annibaldi*) ainda que não estritamente em termos de execução — logo abrangendo actividades com natu-

⁴⁶ existência de mecanismos para a sua tutela. (nota 43), p. 97. No mesmo sentido v. JACQUÉ, Jean-Paul «Droits Fondamentaux et Compétences internes de la Communauté Européene», in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Joantham*, vol. II, p. 1007-1028.

⁴⁷ SUDRE, Frédéric, «La Communauté Européenne et les Droits fondamentaux après le Traité d'Amesterdão: vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme», in *La Semaine Juridique*, 7 de janvier 1998 — n.ºs 1-2, p. 9.

⁴⁷ MARTINS, Ana Maria Guerra (nota 34), p. 509.

reza normativa geral — viria a estar sujeita ao controlo do Tribunal. Os actos nacionais que derrogavam (acórdão *ERT*) ou restringiam liberdades de mercado, ou medidas a eles equivalentes inseriam-se nesta hipótese. Esta situação levou à expansão⁴⁸ das competências comunitárias por via do efeito irradiante da protecção dos direitos fundamentais.

Ora, devido à expansividade das competências e atento o carácter fluido da sua repartição⁴⁹, o art. 51.º, n.º 1, da Carta e as anotações elaboradas a seu propósito viriam a limitar o seu âmbito de aplicação apenas dentro dos «*limites de competências conferidas à União pelos Tratados*», passando a exigir uma ligação específica do acto interno com o Direito da União⁵⁰. Contudo, não vemos como o Tribunal não possa interpretar este dispositivo de um modo coerente com a jurisprudência até aqui desenvolvida, nos termos que descrevemos, continuando a declarar que os Estados-membros estão vinculados pelos direitos fundamentais (incluído o parâmetro da Carta), em todas as situações que actuem no contexto (lato) do Direito da União.

Nessa medida, o receio que se pode levantar é questão da tutela dos direitos. O contencioso dos direitos fundamentais é o mesmo contencioso dos actos normativos. Antes de mais: estamos no quadro de um ordenamento de sobreposição com uma arquitectura jurisdicional que assenta em dois eixos associados — a jurisdição da União e as nacionais. A estas cabe-lhes aplicar o direito da União e àquela cabe garantir a sua unidade. Trata-se de um sistema de cooperação não hierárquica que viabiliza a uniformidade, não se exigindo um mecanismo de esgotamento das vias de recurso interno, tal como acontece com o contencioso dos direitos do homem.

Ora, relativamente aos actos nacionais de aplicação do Direito da União já resultava das constituições e da CEDH a possibilidade da sua protecção para além da jurisdição da União. Relativamente a actos estritamente da União não era, como ainda não é, possível tal recurso directo para a jurisdição do TEDH, em virtude da UE não ser Parte da CEDH. Não considerando agora a debilidade que a falta de plena tutela judicial em todas as vertentes da UE⁵¹ pode causar a uma União de Direito, se um acto jurídico da União

⁴⁸ Neste sentido v. acórdãos *Grogan*, proc. C-159/90, Col. 1991, p. I-4685; *Schmidberger*, proc. C-112/00, Col. 2003, p. I-5659; e *Ómega*, proc. C-36/02, Col. 2004, p. I-9609.

⁴⁹ Sobre a delimitação de competências da União e estaduais no TL, v. LOPES, Dulce, «A articulação de competências entre União e Estados-membros no Tratado de Lisboa», in *Temas de Integração*, 2.º semestre de 2008, n.º 26, 2009, p. 91-114.

⁵⁰ Sobre o papel da Carta no futuro e suas implicações a propósito da sua incorporação, v., BURCA, Gráinne, «Human Rights: The Charter and Beyond», in *Jean Monnet Program, Professor J. H. H. Weiler — European Union Jean Monnet Chair*, Working Paper N.º 10/01.

⁵¹ O art. 275.º do TFUE, parágrafo primeiro, inibe a competência do Tribunal no que respeita à PESC, abarcando a matéria da segurança e defesa (23.º e ss. do TUE). Quanto às matérias do antigo III Pilar, o art. 276.º do TFUE vedava-lhe o controlo da validade e proporcionalidade das operações nele previstas, e a matéria de manutenção de ordem pública e de garantia de segurança interna. Saliente-se que o art. 10.º, n.ºs 1 e 3, do *Protocolo relativo às disposições transitórias*, prevê a vigência do modelo de jurisdição facultativa do TJ, nos termos do art. 35.º do TUE da redacção de Nice, no que concerne ao acervo de actos adoptados antes

viola direitos fundamentais um particular pode obter uma indemnização da UE por via do art 268.º e 340.º do TFUE ou, se preencher os requisitos da afectação directa e individual⁵², impugnar a sua legalidade junto ao TJ, facto que não facilita a tutela dos direitos fundamentais. Se tal não acontecer, pode solicitar uma questão prejudicial de validade desse acto junto a um tribunal nacional. Contudo, não obstante nos termos do art. 267.º do TFUE caber ao TJ a última palavra sobre a sua invalidade, o particular não pode obrigar o tribunal interno a proceder à suscitação da questão, nem tem — previamente a isso — qualquer legitimidade activa no funcionamento dos mecanismos da questão prejudicial⁵³. Por outro lado, ainda que o juiz nacional venha a decidir suscitar a questão, a garantia dos direitos segue o padrão de jusfundamentalidade estabelecido nos termos que descrevemos, ou seja, do bloco de direitos fundamentais que o TJ construiu (podendo afastar-se da hermenêutica do TEDH), e pode continuar a construir. Uma vez não sofrendo estes actos intervenção estadual, e não sendo a União Parte contratante da CEDH, não estão por isso sujeitos — enquanto tais — ao controlo e crivo do TEDH⁵⁴.

da vigência do TL, até cinco após essa vigência. Podendo mesmo durar mais, quanto aos países que beneficiem de cláusulas de *opting-out*. Sobre as alterações introduzidas pelo TL no espaço de liberdade, segurança e justiça, v. MARTINS, A.M.G, «Algumas notas sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado de Lisboa», in *O Tratado de Lisboa — cadernos o Direito*, n.º 5, 2010, Almedina, p. 13-29, referindo nas suas conclusões, a p. 29: «A “comunitarização” do espaço de liberdade, segurança e justiça não é, todavia, plena. O Tratado de Lisboa introduziu igualmente desvios ao regime comum, os quais representam verdadeiras concessões à soberania dos Estados-membros. (...) O “método intergovernamental” mantém-se (...) A maior concessão à soberania dos Estados-membros revela-se, todavia, na manutenção e na ampliação dos *opt out* concedidos ao Reino Unido, à Irlanda e à Dinamarca».

⁵² Esta via pode revelar-se muito difícil em casos do acto ter sido proferido no âmbito da função normativa. Até ao TL, os pressupostos de legitimidade dos particulares estavam limitados aos actos juridicamente vinculativos de que eram destinatários (ou omissões de actos que lhe deviam ter sido dirigidos) e às decisões que tomadas sob a forma de regulamento ou de decisões dirigidas a outrem, lhes dissessem directa e individualmente respeito (requisito cumulativo), uma vez provando o seu interesse (actual) em agir. Neste sentido, o quarto parágrafo do art 263.º do TFUE conheceu uma pequena alteração que dispensa a demonstração do vínculo individual entre o acto a impugnar e o particular recorrente, relativamente a «actos regulamentares que lhe digam directamente respeito e não necessitem de medidas de execução». O que significa que a dupla condição da afectação directa e individual continua a exigir-se para os actos legislativos e a actos de execução (nacionais ou da União). Continua, por isso, adequada a critica do défice de tutela processual efectiva dos particulares já na pendência do TL. A inclusão da Carta pode ressaltar ainda mais o carácter restritivo das vias processuais. Com efeito, nos termos do art. 47.º é garantido, enquanto princípio geral, o direito a uma acção perante um tribunal. Mas, se o mecanismo das questões prejudiciais não funcionar, um indivíduo pode ter dificuldades para alegar a violação dos dispositivos da Carta por um Estado-membro, ou mesmo pelas instituições. A alteração introduzida no teor do art. 263.º do TFUE deve ser entendida em consonância com a nova nomenclatura dos actos jurídicos nos termos dos arts. 289.º a 291.º do TFUE.

⁵³ V. Acórdão *Kobler*, proc. C-224/01, Col. 2003, p. I-10239, sobre responsabilidade extracontratual de Estado-membro, por danos causados pela violação do Direito Comunitário, por decisão jurisdicional.

⁵⁴ A definição das condições de admissibilidade de queixa ressalta o carácter complementar e subsidiário da protecção que advém da CEDH. Nesse contexto, o TEDH viria a afirmar que

Contudo, se for um Estado-membro a violar os direitos fundamentais salvaguardados pela UE a propósito da aplicação do Direito da União, os particulares podem invocá-los contra o Estado prevaricador junto aos tribunais nacionais que, se assim o entenderem ou a isso estiverem obrigados (nos termos do Direito da União), devem reenviar prejudicialmente a questão para o TJ. Aqui, a intervenção estadual na implementação do acto já possibilita — após o esgotamento dos mecanismos internos — o controlo do TEDH⁵⁵ que pode viabilizar a obtenção de uma «reparação razoável», invocando a responsabilidade do seu Estado pelos actos comunitários lesivos de direitos fundamentais, tal como consagrados na CEDH. Circunstância que acarreta riscos de divergência jurisprudencial relativamente aos direitos e liberdades que sejam simultaneamente previstos e tratados em ambas as declarações de direitos (não naqueles exclusivamente tratados pelo Direito da União). Na verdade, o mesmo acto pode ser avaliado por dois tribunais diferentes, sob a óptica de fundamentalidade de dois catálogos também diferentes, à luz de critérios interpretativos também diferentes. Circunstância indesejável que só a postura reservada do TEDH pode evitar, como de alguma forma tem evitado, mediante a «presunção da aplicação» da Convenção, e da «presunção da protecção equivalente» viabilizada pela jurisdição da União (jurisprudência *Bosphorus*⁵⁶).

5. O COMPROMISSO DA ADESÃO À CEDH: CREDIBILIDADE E DEVER

A nova redacção do art. 6.º, n.º 2, do TUE — Lisboa aponta um compromisso da União com a CEDH, em virtude de o Tribunal a ter erguido como

os Estados-membros mantinham a sua responsabilidade se os actos jurídicos da UE violassem os direitos consignados na CEDH, pois a transferência de competências para as organizações não os poderia exonerar de responsabilidade, caso aquelas não reconhecessem os direitos nos mesmos termos da CEDH, v. caso *Mattheus c. Reino Unido*, Acórdão de 18-2-1999, Req. n.º 24833/94, sobre princípio da responsabilidade colectiva e solidária dos Estados-membros da União.

⁵⁵ Funcionando aqui o TEDH como o juiz natural deste espaço de internormatividade e a CEDH como «instrumento constitucional da ordem pública europeia».

⁵⁶ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways)/Irlanda* [GC], n.º 45 036/98, CEDH 2005-VI. Neste acórdão o TEDH afirmaria, claramente, a sua competência de último garante dos direitos fundamentais na Europa, assim invertendo a fase inicial do seu relacionamento discreto e não intervencionista com o TJ. Afastando-se do sentido tradicional da «protecção equivalente», afirmaria que poderia sempre examinar, em abstracto e em concreto, se o sistema de protecção de direitos fundamentais comunitário, a nível substancial e processual, assegurava de modo efectivo os direitos fundamentais. O TEDH analisaria não o acto em si, por ser de direito derivado e de aplicação directa, mas o sistema de protecção da UE com vista a concluir sobre se o mesmo oferecia, ou não, protecção equivalente à sua. O que nos permite concluir que ele se considera último garante dos direitos fundamentais na Europa. Nesse contexto, o TEDH concluiria que o TJ era o juiz legal do direito da União e aplicador da CEDH, sendo que ele próprio não seria uma instância de recurso mas sim um supremo tribunal em questões de interpretação da Convenção. Nesse contexto, seria a CEDH assumida enquanto verdadeiro «instrumento constitucional da ordem pública europeia.»

fonte material dos direitos fundamentais que lhe cabia salvaguardar. Assim, existe já a base jurídica que faltava para a União poder aderir à CEDH.

Esta concessão ou compromisso do TL parece ter partido de uma ideia de alguma debilidade do sistema de protecção de direitos fundamentais da União. Ora, se o momento da proclamação dos direitos nos permite afirmar que sob o ponto de vista substantivo a União se dotou de um instrumento normativo muito completo e avançado, é verdade que sob o ponto de vista dos “remédios” jurisdicionais que disponibiliza aos indivíduos, o caminho da continuidade não resolveu o principal problema, ou seja, o acesso à via da tutela jurisdicional (legitimidade processual) de modo harmonioso com as competências de que a UE dispõe.

O compromisso que o n.º 2 do art. 6.º do TUE — Lisboa enuncia tem uma forte carga política: todos os Estados-membros da UE são parte da CEDH; a União comprometeu-se ao respeito pelos direitos fundamentais tais como a CEDH os proclamou; exige-se que os Estados candidatos a ela adiram previamente; a transferência para a União de parcelas de soberania tão vastas exige garantias adequadas; se os Estados-membros estão sujeitos a controlo externo então a UE também o deveria estar.

Por outro lado, o dispositivo encerra também um inexorável dever jurídico no sentido da adesão⁵⁷, que irá ter de se confrontar com grandes dificuldades técnicas, quais sejam: a determinação do âmbito de aplicação dos respectivos catálogos; as regras de competência do TEDH; as regras da sua interpretação; a responsabilidade civil extracontratual da União; o lugar da CEDH enquanto fonte de Direito da União (deixará de ser princípio geral); a questão da exclusividade de jurisdição do TJ; e o problema do primado do Direito da União. Por conseguinte, o princípio da subsidiariedade inerente à CEDH deverá permitir o funcionamento do sistema jurisdicional da União, nomeadamente mediante a existência de um qualquer mecanismo que viabilize ao TJ a apreciação das questões de validade dos actos da União previamente ao TEDH poder decidir da sua conformidade com a CEDH⁵⁸.

Já antes da ratificação do TL o artigo 59.º, n.º 2, da CEDH conhecera nova redacção introduzida pelo Protocolo n.º 14⁵⁹, o que significa que a *Convenção* deixou de estar aberta apenas à assinatura dos Estados-membros do Conselho da Europa (ou seus «membros associados»), afirmando que «*A União Europeia*

⁵⁷ Fazendo um levantamento dos problemas jurídicos subjacentes à adesão, v. MESQUITA, M José Rangel (nota 42), p. 88-96.

⁵⁸ Neste sentido: *Documento de Reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre determinados aspectos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, de 5 de Maio de 2010.

⁵⁹ V. Protocolo N.º 14 da CEDH, introduzindo alterações — entretanto incorporadas no texto da Convenção — no sistema de controlo da Convenção, BARRETO, Ireneu Cabral *Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 400-403. O Protocolo visava reforçar a eficácia do sistema de controlo da Convenção e do funcionamento do TEDH, pelo que incidiu sobre: sistema de filtragem das petições com vista à determinação das manifestamente inadmissíveis e das repetitivas; novo critério de admissibilidade das queixas (conceito de prejuízo significativo) a acrescer ao previsto no art. 35.º; controlo de execução dos acórdãos mediante o reforço dos poderes do Comité de Ministros.

poderá aderir à presente Convenção». Revelam-se, contudo, ainda necessários ajustamentos adicionais para a sua viabilização, a saber: a existência de um juiz da União; a participação da União no Comité de Ministros; a definição da imputação da responsabilidade pela violação da CEDH; a representação da União; e a definição da repartição de competências entre ambos os tribunais.

Em sede da União, a futura adesão, não se inserindo no quadro das suas atribuições exclusivas, implicará um acordo a celebrar pelo Conselho⁶⁰, por unanimidade, que terá de ser ratificado por todos os Estados-membros, conforme previsto no art. 218.º, n.º 8, do TFUE. Nos termos do art. 6.º do TUE — Lisboa a adesão não deve alterar as competências da União. De referir ainda a enorme importância das indicações do Protocolo n.º 8, anexo ao TL, no sentido de não se afectar as características específicas do Direito da União, bem como as suas competências e «*atribuições das suas instituições*», assim ressalvando o princípio da exclusividade da competência do TJ. Por seu lado, a Declaração n.º 2 do art. 6.º do TUE, incita à preservação das «*especificidades*» do Direito da União e ao estabelecimento de um «*diálogo regular*» entre ambas as jurisdições.

Uma vez resolvidas todas as questões técnicas e concretizados os imperativos políticos será possível concluir sobre se a adesão à CEDH irá trazer, ou não, mais-valias aos indivíduos no que concerne ao nível de protecção já garantido pela União. Por agora, atentas as características do sistema, uma vez subtraídos os particulares de plena legitimidade activa para accionar os meios de defesa dos seus direitos, continua a residir na pessoa dos juízes dos tribunais nacionais a alavanca necessária ao seu funcionamento.

6. CONCLUSÃO

1 — O aprofundamento e a expansão da actuação das instituições da UE fizeram da ausência de um catálogo de direitos fundamentais uma lacuna a ultrapassar.

2 — Não obstante a sua vocação para garantir o primado, foi o TJ a principal instância a reconhecer e seleccionar os direitos fundamentais, encontrando nos princípios gerais de direito a base normativa para a sua protecção.

3 — Pelo que depressa identificou as tradições constitucionais comuns como sua fonte, recorrendo para isso a um método comparativo na busca da «adequação funcional» aos objectivos previstos nos tratados.

4 — Posteriormente, também os instrumentos internacionais de direitos do homem, com particular ênfase para a CEDH, haveriam de contribuir para a ampliação da base de revelação de direitos do TJ.

⁶⁰ O processo de adesão encontra-se já em funcionamento, estando a Comissão na fase das negociações. Nesse sentido o Programa de Estocolmo adoptado pelo Conselho Europeu de 11 de Dezembro de 2009, prevê que a União Europeia adira «rapidamente» à CEDH.

5 — Os direitos fundamentais viriam a vincular a actividade normativa institucional e toda a legislação nacional situada no âmbito de aplicação do Direito da União, ressaltando a falta de adequação dos mecanismos contenciosos relativamente à sua abrangência.

6 — A elaboração da CDFUE, situada algures entre a ambiguidade e o compromisso, destacou-se de entre várias iniciativas políticas de proclamação de direitos. Sendo que o TL, sem inviabilizar a continuação do método pretoriano por via dos princípios, a viria a integrar no direito primário, todavia em texto avulso aos tratados.

7 — Pelo que a União ficaria doravante munida de um catálogo próprio de direitos fundamentais, embora não tivesse cuidado da alteração dos mecanismos processuais.

8 — Em virtude de compromissos de índole política, o TL viria também a constituir a base jurídica necessária à adesão à CEDH, questão que levanta problemas técnicos e jurídicos de difícil resolução na via do respeito pelo princípio da atribuição e pelas especificidades da União.

9 — Na verdade, não coincidindo os dois catálogos, os direitos exclusivamente previstos na CDFUE terão de ter autónomo tratamento.

10 — Bem como o deveriam ter, por maioria de razão, as matérias PESC excluídas da competência do TJ.

11 — Uma vez resolvidos tais problemas e efectuada a adesão, só o futuro poderá elucidar se, sem prejuízo da autonomia do direito da União, os indivíduos lucrarão com mais e melhor protecção.

12 — No entretanto, o sistema de tutela continuará de cunho jurisprudencial, embora a evolução na continuidade seja agora mais clarificada atenta a existência de uma declaração de direitos com força de direito primário.

13 — Pelo que continuará a residir na colaboração jurisdicional dos tribunais — nacionais e da União — o núcleo, a articulação e o funcionamento do sistema.