

CONV 116/02

WG II 1

NOTA

de:	Secretariado
para:	Grupo de Trabalho sobre a Integração da Carta / Adesão à CEDH
Assunto:	Modalidades e consequências da eventual integração da Carta dos Direitos Fundamentais nos Tratados, bem como da eventual adesão da Comunidade / da União à CEDH

A pedido da Presidência, o Secretariado envia, à atenção do Grupo de Trabalho sobre a Integração da Carta / Adesão à CEDH, a nota de reflexão em anexo, que aprofunda as diversas questões – já evocadas no documento CONV 72/02 – que o Grupo terá de analisar.

A presente nota está dividida em três partes:

- Na primeira parte faz-se uma breve descrição do historial e da situação jurídica actual no que se refere à protecção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário, ao actual estatuto da Carta e à questão da eventual adesão da Comunidade à Convenção Europeia dos Direitos do Homem ("CEDH").
- Na segunda parte apresenta-se uma análise – acompanhada de questões destinadas a orientar os trabalhos do Grupo – das diversas opções e modalidades de uma eventual integração da Carta nos Tratados, bem como das consequências deste acto. É igualmente abordada, neste contexto, a questão do recurso para os órgãos jurisdicionais comunitários.
- A terceira parte comporta uma análise das questões relativas às modalidades e consequências de uma eventual adesão da Comunidade ou da União à CEDH.

Nota de reflexão

Assunto: Modalidades e consequências da eventual integração da Carta dos Direitos Fundamentais nos Tratados, bem como da eventual adesão da Comunidade / da União à CED

I. Historial e situação actual

1. Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário

De há trinta anos a esta parte, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem reconhecido que os direitos fundamentais fazem parte do direito comunitário enquanto princípios gerais desse direito.¹ Na ausência de um repertório escrito próprio da União, o Tribunal identificou o teor destes direitos de forma pretoriana, inspirando-se em diferentes fontes e, designadamente, nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ("CEDH"), ratificada por todos os Estados-Membros. O Tribunal de Justiça tem salientado, desde há vários anos, que a CEDH se reveste, neste contexto, de um "significado particular", remetendo explicitamente para a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.² O Tribunal esclareceu que não só as instituições da União, mas também os Estados, quando actuam dentro do âmbito de aplicação do direito comunitário, são obrigados a respeitar os direitos fundamentais, sob controlo do Tribunal.³

¹ As primeiras referências encontram-se no Processo 29/69, Stauder, Colect. 1969, p. 419, e no Processo 11/70, Colect. 1970, p. 1125.

² Ver, por exemplo, os acórdãos C-309/96, Annibaldi, Colect. 1997, p. I-7493; C-185/95 P Baustahlgewebe, Colect. 1998, p. I-8417; e ainda, para referências à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, os acórdãos C-74/95 e outros, X, Colect. 1996, p. I-6609; C-368/95, Familiapress, Colect. 1997, p. I-3689; C-7/98, Krombach, Colect. 2000, p. I-1935.

³ Acórdãos de 13 de Julho de 1989, Proc. 5/88 *Wachauf*, Colect. 1989, p. 2609, e de 18 de Junho de 1991, C-260/89 *ERT*, Colect. 1991, p. I-2925; para confirmação recente, ver acórdão de 13 de Abril de 2000, C-292/97 *Karsson*, Colect. 2000, p. I-2737, ponto 37. Ver também, em testemunho do esforço do Tribunal em delimitar o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais comunitários aos Estados-Membros, acórdãos no Processo C-299/95, Kremzow, Colect. 1997, p. I-2629; C-309/96, *Annibaldi*, Colect. 1997, p. I-7493.

O Tratado de Maastricht incluiu uma disposição no Tratado da União Europeia – o actual n.º 2 do artigo 6.º desse Tratado – que confirmou este acervo jurisprudencial. O Tratado de Amesterdão acrescentou-lhe outra disposição – o actual n.º 1 do artigo 6.º – que consagra os princípios fundadores da União, entre os quais figuram o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais; prevê, ademais, que o respeito dos referidos princípios é condição de adesão à União (artigo 49.º do TUE) e estabelece a possibilidade de a União infligir sanções a um dos seus Estados-Membros, em caso de violação grave e persistente desses princípios (artigo 7.º do TUE).

2. O actual estatuto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Na sequência das Conclusões dos Conselhos Europeus de Colónia e de Tampere, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir designada "Carta") foi redigida no decurso de 2000 por uma Convenção e posteriormente aprovada pelo Conselho Europeu de Biarritz. É conveniente assinalar ainda que o Praesidium dessa Convenção elaborou anotações relativas ao texto da Carta, tendo especificado que tais anotações não têm valor jurídico, mas que se destinam simplesmente a clarificar as disposições da Carta.¹ A Carta foi assinada e solenemente proclamada pelo Conselho, pelo Parlamento Europeu e pela Comissão em 7 de Dezembro de 2000, e publicada no Jornal Oficial.²

A CIG de Nice não estatuiu sobre a integração da Carta nos Tratados. A declaração n.º 23 de Nice prevê que o debate sobre o futuro da União, bem como a nova CIG que será convocada em 2004, aborem, designadamente, a questão do "estatuto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em Nice, de acordo com as conclusões do Conselho Europeu de Colónia". A declaração de Laeken especifica que "haverá que reflectir [em seguida] sobre a conveniência de incluir a Carta dos Direitos Fundamentais no Tratado de base".

¹ Ver documento CHARTE 4473/00 CONVENT 49, de 11 de Outubro de 2000, acessível via <http://ue.eu.int/df>.

² JO C 364 de 18 de Dezembro de 2000.

Desde a sua proclamação solene, vários Advogados-Gerais junto do Tribunal de Justiça têm-se referido à Carta, utilizando-a – apesar de esta não ser formalmente vinculativa, como aliás têm o cuidado de assinalar – como fonte que permite identificar os direitos fundamentais comunitários.¹ Mais recentemente, o Tribunal de Primeira Instância invocou em duas ocasiões os artigos da Carta enquanto "confirmação" das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.² Em contrapartida, o Tribunal de Justiça tem-se absterido, até à data, de referir a Carta.

É ainda de assinalar que a Comissão decidiu, em Março de 2001, que todas as propostas de acto legislativo e todos os actos regulamentares em vias de aprovação serão sujeitos durante a sua elaboração segundo os trâmites habituais, a um controlo *a priori* para aferir a sua compatibilidade com a Carta; além disso, a Comissão passou a inserir nas suas propostas legislativas ou actos regulamentares que tenham uma ligação específica com os direitos fundamentais, um novo "considerando-tipo" que comprova este controlo de compatibilidade. Estes considerandos com referência à Carta passaram, entretanto, a constar de alguns actos aprovados pelo legislador.³

¹ Ver conclusões do AG Alber no Processo C-340/99 *TNT Traco*, do AG Tizzano no Processo C-173/99 *BECTU*, do AG Mischo nos Processos C-122 e 125/99 *P D c. Conselho* e nos Processos C-20//00 e 64/00 *Booker e Hydro c. the Scottish Ministers*, do AG Stix-Hackl no Processo C-49/00 *Comissão c. Itália*, no Processo C-131/00 *Nilsson* e no Processo C-459/99 *MRAX*; do AG Jacobs no Processo C-377/98 *Países Baixos c. Parlamento e Conselho*, no Processo C-270/99 *P Z c. Parlamento*, bem como no Processo C-50/00 *P, Union de Pequeños Agricultores*, do AG Geelhoed no Processo C-413/99 *Baumbast e R* e no Processo C-313/99 *Mulligan e outros*, do AG Léger no Processo C-353/99 *P Conselho c. Hautala e outros* e no Processo C-309/99 *Wouters* - todas por publicar na Colectânea. É de registar, nomeadamente, a fórmula do Advogado-Geral Léger no referido Processo Hautala: "Como a solenidade da sua forma e o procedimento que conduziu à sua adopção deixam supor, a Carta deveria constituir um instrumento privilegiado para a identificação dos direitos fundamentais. É portadora de indícios que contribuem para revelar a verdadeira natureza das normas comunitárias de direito positivo."

² Ver acórdãos de 30 de Janeiro de 2002, T-54/99, *max-mobil*, e de 3 de Maio de 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré*, ambos ainda não publicados na Colectânea.

³ Ver segundo considerando do Regulamento n.º 1049/2001, relativo ao acesso do público aos documentos das instituições, bem como o considerando nº 18 da Decisão 2002/187 do Conselho, que institui a Eurojust. [Referências do JO]

3. A questão da adesão da Comunidade à CEDH

A Comissão propusera, já em 1979, a adesão da Comunidade à CEDH; reiterou esta proposta em 1990 e em 1993¹. O Parlamento Europeu associou-se várias vezes a esta proposta². Demandado pelo Conselho para que desse parecer nos termos do n.º 6 do artigo 300.º do Tratado CE, o Tribunal de Justiça constatou, no parecer 2/94 emitido em 1996³, que a Comunidade não tem competência para aderir à CEDH, porque nenhuma disposição do Tratado confere às instituições comunitárias, em termos gerais, o poder de adoptar regras em matéria de direitos do homem ou de celebrar convenções internacionais neste domínio, e que a adesão à CEDH, que "teria relevância constitucional", ultrapassaria, pela sua natureza, os limites do artigo 235.º (novo artigo 308.º) do Tratado CE. De acordo com este parecer do Tribunal – que não se pronuncia sobre a questão de saber se uma eventual adesão à CEDH seria compatível com o Tratado e, nomeadamente, com o princípio da autonomia do direito comunitário e com as competências do Tribunal – tal adesão só poderia ser realizada pela via de uma modificação do Tratado.

As CIG de Amesterdão e de Nice, às quais foram apresentadas iniciativas neste sentido, não inseriram no Tratado qualquer disposição que permita a adesão da Comunidade à CEDH.

A Declaração de Laeken precisa que "haverá que (...) colocar a questão da adesão da Comunidade Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem".

¹ Ver suplemento 2/79 ao Boletim das CE; documento SEC(90) 2087 fin. e documento SEC(1993) 1679 fin.

² Ver, por exemplo, Resolução de 18 de Janeiro de 1994 (JO C 44, p. 32), assim como a Resolução de 16 de Março de 2000 (A5-0064/2000).

³ Parecer do Tribunal de 28 de Março de 1996, Col. 1996, p. I-1759.

II. Modalidades e consequências da eventual integração da Carta nos Tratados

Observação preliminar: o teor da Carta

Em conformidade com o mandato do Grupo de Trabalho, a presente nota, quando se refere à "Carta", procede com base na Carta aprovada pela Convenção anterior e proclamada solenemente pelas três instituições. Por conseguinte, não são aqui analisadas as propostas avançadas deste então no sentido de se alterar a Carta, suprimindo alguns direitos ou aditando outros, o que não obsta a que posteriormente possam ser apresentadas outras propostas, no âmbito do debate político efectuado durante a sessão plenária da Convenção. Tão-pouco serão abordadas as críticas "técnicas" ou propostas de "melhoria da redacção" feitas por alguns juristas que evocam, por exemplo, a falta de precisão de alguns artigos da Carta. No que diz respeito ao teor da Carta, limitamo-nos aqui essencialmente a ponderar se o debate em curso desde o ano 2000 quanto à técnica da integração e, em particular, à futura estrutura dos Tratados, terá revelado a necessidade de alterações técnicas ao texto da Carta, que não afectem a sua essência. Nesta perspectiva, há três questões a colocar:

- a questão do destino do preâmbulo da Carta, caso se venha a optar pela incorporação do articulado da Carta no Tratado UE, ou num novo Tratado fundamental (ver ponto 3 *infra*);
- a questão de saber se, e em que medida, devem ser introduzidas nas disposições da Carta certos ajustamento puramente técnicos, no intuito de assegurar a coerência entre a Carta e os Tratados actuais (ver ponto 5 *infra*);

- e ainda a eventual necessidade, que não será aqui aprofundada, de adaptar, exclusivamente a nível da redacção, as referências feitas na Carta aos "Tratados" ou aos "Tratados comunitários", ao "Tratado da União Europeia", ao "Tratado que institui a Comunidade Europeia" ou ao "direito comunitário", caso a estrutura e / ou a denominação actuais desses Tratados sejam alteradas, no âmbito da respectiva simplificação.¹

1. Possíveis técnicas de integração da Carta

Caso a Convenção se orientasse para a integração ² da Carta nos Tratados, seriam possíveis diversas opções técnicas:

- a) A Carta poderia ser "anexada" aos Tratados, sob a forma de "Declaração Solene";
- b) O Tratado UE ou um novo Tratado fundamental poderia fazer referência à Carta, segundo o modelo do n.º 2 do artigo 6.º do actual Tratado UE. Tratar-se-ia, pois, de uma simples referência *indirecta* ³ à Carta, enquanto fonte de inspiração para a definição jurisprudencial dos direitos fundamentais;
- c) O Tratado UE ou um novo Tratado fundamental poderia fazer referência *directa* à Carta ⁴;
- d) Poderia ser feita uma referência directa ou indirecta à Carta no preâmbulo de um novo Tratado fundamental;

¹ Estas referências encontram-se no preâmbulo da Carta e nos artigos 16, 18, 21 (n.º 2), 27, 28, 30, 34, 36, 45, 51 e 52. De igual modo, só no caso de o articulado da Carta vir a ser inserido no próprio Tratado UE ou num novo Tratado fundamental (opção f) adiante evocada) se poderia tornar necessária uma alteração da redacção do n.º 2 do artigo 51.º da Carta, a fim de esclarecer que a Carta não altera as competências e tarefas definidas pelas *outras disposições* dos Tratados (o n.º 2 do artigo 52.º da Carta poderia ser adaptado de forma semelhante, para que ficasse claro que este artigo diz respeito aos direitos da Carta que têm por base outras disposições dos Tratados).

² O termo "integração" é aqui utilizado numa acepção lata, que abrange diversas formas e graus de reconhecimento do valor jurídico da Carta nos Tratados ou em ligação com estes.

³ O carácter indirecto está actualmente expresso na redacção do n.º 2 do artigo 6.º do TUE através dos termos "... os direitos fundamentais *tal como os garante... enquanto princípios gerais...*". Quanto à questão de saber se a referência à Carta se deveria acrescentar ou se deveria substituir-se às duas referências actuais, ver ponto 2 *infra*.

⁴ Exemplo: "A União respeita os direitos, liberdades e princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia."

- e) A Carta poderia transformar-se num novo protocolo, anexo aos Tratados ou a um novo Tratado fundamental;
- f) Os 54 artigos da Carta poderiam ser inseridos, na íntegra, num título ou capítulo do Tratado UE, ou num novo Tratado fundamental, constituindo, por exemplo, o título ou capítulo primeiro desse Tratado.

Existem igualmente diversas possibilidades de combinação entre as opções a) a e) (por exemplo: "anexação" da Carta, enquanto declaração solene *e* menção no actual n.º 2 do artigo 6.º do Tratado UE; protocolo anexo aos Tratados ou a um novo Tratado fundamental *e* referência directa a esse protocolo num artigo do TUE / do novo Tratado fundamental).

Diversos factores influenciarão a escolha entre as técnicas acima enunciadas. Em primeiro lugar, a questão geral de saber se a Convenção prefere manter a estrutura actual dos Tratados ou propor um novo Tratado fundamental assume como é óbvio, a maior importância, ainda que cada uma das técnicas acima mencionadas seja, em princípio, viável nos dois casos.¹

Seguidamente, o valor jurídico exacto da Carta seria igualmente variável em função da opção escolhida: seria menos forte segundo a opção a), que certamente reforçaria o valor simbólico e político da Carta, sem no entanto clarificar ou reforçar o seu estatuto jurídico actual. A opção b) iria um pouco mais longe que a opção anterior, mas mais não faria do que reconhecer formalmente o estatuto da Carta como fonte de inspiração – estatuto sem dúvida eminente – para a definição pretoriana dos direitos fundamentais, enquanto princípios gerais de direito – estatuto esse que parece já ser aceite na prática (ver *supra*). Seria unicamente ao abrigo das opções c), e) e f) que a Carta assumiria o estatuto de um texto plenamente vinculativo, à semelhança das enumerações de direitos fundamentais nas constituições nacionais. Em contrapartida, as implicações jurídicas de uma referência num novo preâmbulo (opção d)) parecem bastante incertas, nomeadamente se se tiver em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça que concede aos preâmbulos e considerandos

¹ Não é aqui tratada a questão de saber se, caso a Convenção venha a propor um novo Tratado fundamental (no qual seria integrada a Carta), deveria ou não haver uma hierarquia entre esse Tratado e uma "segunda parte" do direito primário actual. Esta questão ultrapassa o foro da Carta e deveria ser examinada pela Convenção, no âmbito geral da futura estrutura dos Tratados.

dos actos comunitários um valor jurídico muito limitado e subordinado ao do articulado. Além disso, se se der preferência à técnica de uma simples referência à Carta (opções b), c) ou d)), sem a integrar num protocolo, dever-se-á ponderar a questão de saber de que forma poderá a Carta ser alterada no futuro (ao passo que, ao abrigo das opções e) e f), se aplicaria automaticamente o regime comum de revisão dos Tratados).

Por último, poderiam igualmente contribuir para a escolha entre as opções acima referidas as preferências dos membros da Convenção, no que respeita à visibilidade política e à inteligibilidade dos direitos consagrados na Carta, bem como do conjunto dos resultados da Convenção, aos olhos dos cidadãos.

Qual ou quais das técnicas acima referidas se consideram preferíveis?

2. A questão do actual n.º 2 do artigo 6.º do Tratado UE

Caso a Carta seja integrada nos Tratados – e independentemente da técnica escolhida –, põe-se a questão de saber se é conveniente ou não manter uma referência, tal como a que é feita actualmente no n.º 2 do artigo 6.º do Tratado UE, às duas fontes de inspiração jurisprudenciais que são as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e a CEDH. Existem argumentos a favor e contra ambas as hipóteses. Assim, a manutenção de uma cláusula deste teor – ainda que com uma redacção diferente ¹ – poderia justificar-se como esclarecimento no sentido de que a Carta não impedirá o Tribunal de Justiça de continuar a inspirar-se nessas fontes adicionais, além do mais susceptíveis de evoluir com o tempo. Também se pode argumentar que a manter uma referência à CEDH no Tratado seria um complemento desejável, do ponto de vista da segurança jurídica, à menção da CEDH feita no n.º 3 do artigo 52.º da Carta. Por outro lado, a supressão do n.º 2 do artigo 6.º do actual TUE poderia ser defendida com o argumento de que a Carta passou a constituir

¹ Assim, no caso das opções a) e b), poder-se-ia aditar ao actual n.º 2 do artigo 6.º os termos "e tal como os reconhece a Carta..." No caso das opções c), d) ou e), poder-se-ia aditar à frase sugerida na nota 4 da página 7, uma segunda frase com a seguinte redacção: "A União respeitará igualmente os direitos fundamentais, tal como os garante..." (seguindo-se o actual texto do n.º 2 do artigo 6.º do TUE). Ainda que a opção f) se articule com menos facilidade com a manutenção de uma disposição como o n.º 2 do artigo 6.º do TUE, não seria de excluir, por exemplo, o aditamento de uma disposição desse tipo no novo título, logo após o último artigo da Carta, ou a inserção de uma referência do tipo "sem prejuízo de..." nas disposições horizontais desta última.

a expressão mais autêntica do conjunto de direitos fundamentais próprios da União Europeia. Nesta óptica, uma referência "concorrente" às outras duas fontes não seria facilmente compreendida, pois a Carta já integra os direitos da CEDH e representa a melhor cristalização das tradições comuns dos Estados-Membros ¹; tal referência seria mesmo desnecessária, no sentido em que, tal como sucede noutras ordens jurídicas constitucionais, um repertório escrito de direitos fundamentais não seria entendido como "exaustivo" e impeditivo do desenvolvimento jurisprudencial de novos direitos, se as circunstâncias assim o exigissem.

Será que a eventual integração da Carta nos Tratados deverá conduzir à supressão da referência às outras duas fontes externas que são as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e a CEDH (ver actual n.º 2 do artigo 6.º do Tratado UE)? Ou será conveniente manter essa referência? Em caso afirmativo, como reformulá-la na perspectiva da incorporação da Carta?

3. A questão do preâmbulo da Carta

Os artigos da Carta são precedidos por um preâmbulo, do qual alguns elementos desempenharam um papel determinante quando de tratou de chegar a um compromisso final no âmbito da Convenção anterior. Caso a Convenção Europeia opte pela opção e) surgirá a questão do destino a dar a este preâmbulo. Poder-se-ia então pôr a hipótese de utilizar o preâmbulo da Carta como base para a redacção do preâmbulo de um novo Tratado fundamental, ou, alternativamente, de integrar os seus elementos num preâmbulo reformulado do Tratado UE. É uma questão que não se coloca em relação às outras opções, que permitiriam que o preâmbulo da Carta continuasse apenso ao respectivo articulado.

Como proceder com o preâmbulo da Carta, na eventualidade de esta vir a ser integrada nos Tratados?

¹ Ver, neste sentido, o acórdão do TPI de 31 de Janeiro de 2002, *max.mobil*, acima referido.

4. A questão das "duplicações" na Carta

Com a preocupação de estabelecer um repertório exaustivo dos direitos fundamentais da União, a Carta, em alguns dos seus artigos, mais não faz do que repetir direitos já expressamente consagrados no Tratado CE, simplificando no entanto a sua formulação – a bem da legibilidade – em relação aos artigos correspondentes do Tratado. Este fenómeno diz respeito aos direitos à livre circulação ¹, quase todos os direitos do capítulo "cidadania" da Carta (direito de voto, de acesso aos documentos, de petição, etc.) ², bem como as cláusulas relativas à não discriminação em razão da nacionalidade e à igualdade entre homens e mulheres ³. Como a anterior Convenção não tinha mandato para modificar os Tratados, mas unicamente para redigir uma Carta que poderia acrescentar-se a estes, formulou uma cláusula de reenvio (o n.º 2 do artigo 52.º da Carta ⁴), a fim de esclarecer que, em relação a esses direitos, a situação jurídica definida nos Tratados não é afectada pela Carta. Esta cláusula permitiu igualmente evitar a repetição, em cada um dos artigos pertinentes da Carta, de fórmulas que exprimissem que esses direitos são exercidos de acordo com as condições e limites previstos no artigo correspondente do Tratado e do direito derivado. ⁵

Se se considerasse a possibilidade de optar pela integração do articulado da Carta num novo Tratado fundamental ou num protocolo anexo a esse Tratado (opções e) e f)), colocar-se-ia – segundo algumas opiniões – a questão de saber se as "duplicações" acima referidas entre alguns artigos da Carta e a consagração dos mesmos direitos nos Tratados, não deveriam ser eliminadas, pela supressão quer desses artigos da Carta, quer dos artigos correspondentes dos Tratados actuais (que constituiriam nessa altura a "segunda parte" do direito primário). Outros observaram, porém,

¹ N.º 2 do artigo 15.º e artigo 45.º da Carta.

² Artigos 39.º e 40.º, n.º 4 do artigo 41.º e artigos 42.º a 46.º da Carta.

³ N.º 2 do artigo 21.º e artigo 23.º da Carta.

⁴ O n.º 2 do artigo 52.º tem a seguinte redacção: "Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiam nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos."

⁵ Sobre este ponto, ver também as explicações do Praesidium (citadas na nota 1 da página 3) relativas a este artigo ("O n.º 2 especifica que, quando um direito resulta dos Tratados, está sujeito às condições e limites por eles previstos. A Carta não modifica o regime de direitos conferidos pelos Tratados.")

que se trataria de um problema mais aparente que real, ou que, em todo o caso, só se colocaria para um número de direitos muito limitado¹. Esta questão exigirá, se for caso disso, uma análise mais aprofundada.

Na hipótese de o articulado da Carta ser integrado num novo Tratado fundamental ou num protocolo anexo a esse Tratado (opção e)), como abordar a "duplicação" existente, devido ao facto de alguns artigos da Carta repetirem direitos já consagrados pelo Tratado CE?

5. Análise de determinadas adaptações técnicas às disposições da Carta

Alguns observadores afirmaram que, na eventualidade da integração da Carta, seriam necessárias algumas adaptações técnicas do respectivo texto. Outros observadores contestaram a necessidade dessas alterações, considerando que as disposições gerais da Carta (artigos 51.º a 54.º) são suficientes para explicitar os pontos abordados.

Foi criticado, por um lado, o facto de alguns artigos da Carta repetirem direitos consagrados no Tratado CE, sem especificarem que esses direitos são exercidos de acordo com as condições e limites previstos no Tratado, o que conduziria à insegurança jurídica.² Outros respondem que a disposição horizontal do n.º 2 do artigo 52.º da Carta foi concebida para esclarecer este ponto em relação a todos os artigos da Carta, evitando simultaneamente a sobrecarga textual que resultaria de uma repetição, em cada um dos artigos em causa, da referência ao Tratado. Por outro lado, foi argumentado que algumas disposições da Carta retomam as do TCE, sob uma forma alterada. Cita-

¹ Estão aqui em causa os seguintes artigos da Carta: artigos 39.º e 40.º (direito de voto nas eleições municipais e nas eleições para o Parlamento Europeu – ver artigo 19.º e n.º 1 do artigo 190.º do TCE); 42.º (acesso aos documentos – ver art. 255.º TCE); 43.º (Provedor de Justiça – ver artigos 21.º e 195.º TCE); 44.º (petição – art. 21.º e 194.º TCE); n.º 1 do artigo 45.º (liberdade de circulação dos cidadãos – art. 18.º TCE); 46.º (protecção diplomática – art. 20.º TCE). Em contrapartida, no contexto da igualdade entre homens e mulheres e no da livre circulação de trabalhadores e independentes, parece ser perfeitamente adequada a coexistência entre o texto da Carta – mais sucinto – e o dos Tratados actuais – mais pormenorizado.

² São referidos, a este propósito, os artigos 39.º, 40.º, 42.º, 43.º e 44.º da Carta.

se a este respeito, o n.º 1 do artigo 21.º da Carta, relativo à não discriminação, que modificaria, segundo algumas opiniões, o artigo 13.º do Tratado CE; outros argumentam, no entanto, que não existe qualquer incompatibilidade entre estas duas disposições, que são de natureza e de alcance diferentes ¹.

Será que, na hipótese da integração da Carta nos Tratados, seria necessário introduzir determinadas adaptações técnicas nas respectivas disposições? Poder-se-á considerar suficiente o n.º 2 do artigo 52.º ou será necessário fazer repetidamente referência às condições e limites previstos no Tratado, em cada um dos artigos pertinentes da Carta?

6. As disposições dos Tratados relativas ao Tribunal de Justiça

Convém a este propósito distinguir três problemas, dos quais só o primeiro decorre directamente de uma eventual integração da Carta, ao passo que os outros dois se colocam, em princípio, independentemente desta, ainda que tenha frequentemente sido estabelecida uma ligação temática:

a) Alteração da alínea d) do artigo 46.º do TUE

Em função da opção escolhida para realizar a integração da Carta nos Tratados (ver *supra*), poderá ser necessário alterar a redacção da alínea d) do artigo 46.º do Tratado UE, a fim de garantir que a Carta figure entre as disposições abrangidas pela competência do Tribunal de Justiça.

Simultaneamente, que deveriam talvez ser suprimidos da actual alínea d) do artigo 46.º os termos "no que respeita à acção das instituições". Como referimos antes, desde os anos 80 que o Tribunal de Justiça controla o respeito dos direitos fundamentais, não só pela acção das instituições, mas também pela das autoridades dos Estados-Membros, quando estas actuam dentro do âmbito de aplicação do direito comunitário. Nunca foi muito claro o significado da inserção dos termos

¹ Assim sendo, o artigo 13.º do TCE cria uma base jurídica para combater as discriminações através de normas legislativas aplicáveis entre particulares, ao passo que o n.º 1 do artigo 21.º da Carta prevê uma proibição de discriminação directamente aplicável, comparável ao artigo 14º da CEDH e ao seu Protocolo n.º 12, mas que só vincula as instituições e órgãos da União, assim como os Estados-Membros, unicamente na aplicação do direito da União.

citados no artigo 46.º do TUE – feita pelo Tratado de Amesterdão – em relação a esta jurisprudência já bem estabelecida; de qualquer forma, o Tribunal confirmou a sua jurisprudência tradicional, na sequência da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão. Em todo o caso, a Convenção anterior insistiu em definir expressamente, no n.º 1 do artigo 51.º da Carta ¹, o âmbito de aplicação desta última, codificando a jurisprudência anterior; a actual formulação da alínea d) do artigo 46.º, que poderia ser interpretada num sentido diferente com a Carta, deveria assim submeter-se a essa definição.

No caso de uma eventual adaptação do artigo 46.º do Tratado UE a uma Carta integrada nos Tratados, dever-se-á ou não suprimir nesse artigo a referência à acção das instituições exclusivamente?

b) As competências do Tribunal em matéria de justiça e assuntos internos

Se é inegável que as disposições do Tratado de Amesterdão que introduzem a competência do Tribunal de Justiça em matéria de justiça e assuntos internos representam um progresso, muitos criticam as limitações que subsistem e a complexidade destas regras em relação ao regime comum do Tratado CE ². Assim, o artigo 35.º do Tratado UE conduziu, em termos de processo prejudicial no âmbito do Terceiro Pilar, a um regime de geometria variável extremamente complexo. O n.º 5 do artigo 35.º do Tratado UE exclui globalmente qualquer competência do Tribunal em matérias do Terceiro Pilar, como fiscalizar operações nacionais de polícia ou de manutenção da ordem pública. Está prevista uma exclusão semelhante, nos termos do n.º 2 do artigo 68.º do Tratado CE, mesmo no pilar comunitário e relativamente a actos das instituições comunitárias contra as quais o juiz nacional não pode oferecer nenhuma protecção. Por fim, a limitação do direito de efectuar um reenvio prejudicial, prevista no n.º 1 do artigo 68.º do Tratado CE, não tem muita justificação, pois obriga as pessoas interessadas a percorrer todas as instâncias nacionais antes de serem ouvidas pelo juiz comunitário.

¹ O n.º 1 do artigo 51.º da Carta tem a seguinte redacção: "As disposições da presente Carta têm por destinatários as Instituições e órgãos 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*." (sublinhado nosso).

² Ver igualmente, sobre estes pontos, a nota de reflexão CONV 69/02, "Justiça e Assuntos Internos".

É claro que esta problemática ultrapassa o tema da integração da Carta ¹. Todavia, considera-se que uma protecção eficaz dos direitos fundamentais é um elemento indispensável do "espaço de liberdade, segurança e justiça", tanto mais que muitas das acções da União neste domínio são particularmente sensíveis em relação a esses direitos. Além do mais, toda e qualquer isenção do controlo pelo Tribunal de Justiça exporia o direito da União e os actos das instituições a recursos perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Será que a protecção dos direitos fundamentais poderá dar lugar à revisão das actuais disposições relativas ao Tribunal de Justiça em matéria de justiça e assuntos internos?

- c) A questão da liberalização das condições de recurso directo para o Tribunal, ou mesmo da introdução de um "recurso constitucional" ("Verfassungsbeschwerde", "recurso de amparo")

Desde há algum tempo, uma parte da doutrina vem criticando as condições do recurso directo dos particulares aos órgãos jurisdicionais comunitários, tais como definidas no quarto parágrafo do artigo 230.º do Tratado CE e interpretadas pela jurisprudência ², como sendo demasiado restritivas e inadequadas para assegurar o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva (ou: "direito de acesso à justiça") contra os actos das instituições. Ainda que esta crítica tenha sido formulada independentemente da Carta e antes da sua elaboração – uma vez que esta não codifica o direito a ser ouvido pelo juiz, tal como desenvolvido pelo Tribunal de Justiça a partir da CEDH desde os anos 80 ³ –, foi reiterada nesse contexto. Alguns chegaram ao ponto de reivindicar a instauração de uma nova via de recurso especial que permitisse aos particulares impugnar directamente qualquer acto comunitário, inclusivamente de natureza legislativa, por violação dos seus direitos fundamentais, à semelhança dos procedimentos existentes em alguns Estados-Membros ("Verfassungsbeschwerde", "recurso de amparo").

¹ Ver nota de reflexão "Justiça e Assuntos Internos".

² O quarto parágrafo do artigo 230.º do TCE limita o recurso de anulação exclusivamente aos destinatários dos actos comunitários e às pessoas a quem esses actos digam "directa e individualmente respeito". Desde o acórdão *Plaumann*, Proc. 25/62, Colect., p. 197, a jurisprudência tem interpretado esta fórmula como excluindo, em princípio, o recurso contra actos de âmbito geral, mesmo que afectem directamente particulares, uma vez que os particulares só são individualmente afectados quando sejam atingidos "em razão de determinadas qualidades que lhes são próprias ou de uma situação de facto que [os] caracterize relativamente a qualquer outra pessoa, individualizando-[os,] por isso, de forma idêntica à de um destinatário".

³ Ver, designadamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça no Processo 222/84 - *Johnston* -, Colect. 1986, p. 1651, ponto 18; Proc. 222/86 - *Heylens* -, Colect. 1987, p. 4097, ponto 14; C-97/91 - *Borelli* -, Colect. 1992, p. I-6313, ponto 14.

Outros argumentam que o direito comunitário dispõe já de um sistema de recurso completo que assegura precisamente a protecção jurisdicional efectiva, inclusive a nível dos direitos fundamentais: os particulares podem, consoante os casos, denunciar um acto comunitário directamente, nos termos do quarto parágrafo do artigo 230.º do Tratado CE, ou interpor acção num tribunal nacional contra medidas de execução do acto comunitário, podendo o juiz nacional – ou sendo obrigado, se se tratar da última instância – fazer um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça (artigo 234.º do Tratado CE), a fim de mandar verificar a validade do acto comunitário. Compete assim aos Estados-Membros, em virtude do artigo 10.º do Tratado CE, contribuir para este duplo sistema de protecção, prevendo vias de recurso a nível nacional que permitam, sem lacunas, este controlo indirecto dos actos das instituições ¹. Foi também observado que um novo recurso fundamentado na violação dos direitos fundamentais seria difícil de distinguir dos outros recursos, pois estes direitos poderiam ser invocados em quase todos os litígios. Os críticos respondem, porém, que o "desvio" através do juiz nacional e o processo prejudicial nem sempre oferecem as garantias suficientes, designadamente porque o reenvio para o Tribunal de Justiça pode ser moroso e não está nas mãos do demandante.

Um caso concreto que foi entretanto amplamente reconhecido como problemático é aquele em que a legislação comunitária formula uma proibição directamente aplicável, sem necessidade de um acto nacional de execução. A única possibilidade de um particular que quisesse invocar os direitos que lhe assistem contra tal proibição seria o recurso contra a sanção que lhe fosse eventualmente aplicada pelas autoridades nacionais, em caso de violação da legislação comunitária. Muitos entendem que não é lícito que um particular seja levado a cometer uma infracção para utilizar um recurso, uma vez que não dispõe do direito de recorrer directamente contra o acto comunitário em questão. Num acórdão recente ² que diz precisamente respeito a um caso desta natureza, o Tribunal de Primeira Instância admitiu o recurso de um particular, afastando-se da jurisprudência anterior, que considerou demasiado restritiva, e invocando o direito de acesso à justiça. As recentes conclusões do Advogado-Geral Jacobs, no Processo C-50/00 P ³, criticam de forma mais global a interpretação do quarto parágrafo do artigo 230.º do Tratado CE pela jurisprudência tradicional. Por conseguinte, não é de excluir que se profile uma viragem importante na jurisprudência relativa à admissibilidade dos recursos directos dos particulares.

¹ Ver acórdão do TPI de 27 de Junho de 2000, T-172/98 e outros, *Salamander e outros*, Colect. 2000, p. II-2487, ponto 74.

² Acórdão de 3 de Maio de 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré c. Comissão*.

³ Conclusões de 21 de Março de 2002 no Processo C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conselho*; estas conclusões fornecem igualmente uma panorâmica muito completa do debate sobre e esta problemática. Espera-se o acórdão do Tribunal para os próximos meses.

Será conveniente alterar o quarto parágrafo do artigo 230.º do Tratado CE por forma a alargar as condições de admissibilidade dos recursos directos dos particulares? Em caso afirmativo, como? Ou dever-se-á antes optar por deixar à jurisprudência o cuidado de precisar as condições de admissibilidade, tendo em conta o direito à tutela jurisdicional efectiva?

Será apropriado instaurar uma nova via de recurso directo para a protecção dos direitos fundamentais dos indivíduos, à semelhança de alguns procedimentos constitucionais nacionais? Quais seriam as consequências de uma alteração do Tratado neste ponto, em termos de organização e funcionamento dos órgãos jurisdicionais comunitários?

III. Modalidades e consequências da eventual adesão da Comunidade / da União à CEDH

Observação preliminar: a complementaridade entre a Carta e a ideia da adesão à CEDH

Convém recordar, antes de mais, a observação feita por numerosas instituições e personalidades: a elaboração da Carta e a proposta de adesão da Comunidade – ou, de futuro, da União, uma vez reconhecida a sua personalidade jurídica – à CEDH representam iniciativas complementares, e não alternativas ¹. Por um lado, a existência da Carta em nada diminuiria o suposto interesse de tornar aplicável à União o mecanismo de controlo externo estabelecido pela CEDH. Por outro lado, a adesão à CEDH não faria diminuir a utilidade de que se reveste para a União o facto de se dotar do seu próprio repertório de direitos fundamentais, tanto mais que a CEDH admite que as partes contratantes vão para além dos direitos que ela própria garante (artigo 53.º da CEDH) e que foi considerada satisfatória a forma como se encontra articulada, no texto da Carta, a relação entre esta e a CEDH. ²

Os argumentos a favor e contra a adesão

¹ Neste sentido, ver designadamente a Comunicação da Comissão de 11 de Outubro de 2000 (COM(2000) 644 fin., ponto 9), os discursos de Luzius Wildhaber, Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ("O Conselho da Europa sempre considerou estas duas opções como complementares, e não como alternativas") * e de G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente do Tribunal de Justiça, de 31 de Janeiro de 2002, e o discurso de Hans-Christian Krüger, Secretário-Geral do Conselho da Europa, de 18 de Março de 2002.

* (Tradução oficiosa do Secretariado-Geral do Conselho).

² Designadamente por L. Wildhaber, no discurso supracitado; também neste sentido, G. C. Rodríguez Iglesias, no discurso supracitado ("Assim, em vez de entrarem em concorrência e de gerarem um cisma na protecção dos direitos fundamentais na Europa, a Convenção e a Carta deverão enriquecer-se mutuamente") *, bem como os comentários dos observadores do Conselho da Europa sobre o projecto final da Carta, doc. CHARTE 4961/00 CONTRIB 356, de 13 de Novembro de 2000, e a comunicação

Em vez de reproduzir *in extenso* os argumentos trocados no âmbito de um debate que dura há mais de vinte anos, limitar-nos-emos aqui a recordar de forma sucinta os principais ¹. Os partidários da adesão afirmam que esta aumentaria a protecção dos direitos fundamentais, tornando extensivo à acção das instituições da União o mecanismo de controlo judicial externo ao qual todos os Estados-Membros já se submeteram. Segundo estas opiniões, colmatar esta lacuna em termos de protecção afigura-se cada vez mais urgente, tendo em conta a transferência constante de competências dos Estados-Membros para a União, e a fim de evitar contradições em relação aos compromissos pedidos pela União em relação aos Estados candidatos. A adesão da União seria, além do mais, a melhor solução para evitar "novas clivagens na Europa" entre dois sistemas de protecção dos direitos fundamentais, assegurando um desenvolvimento harmonioso da jurisprudência dos dois tribunais europeus.

A principal preocupação dos opositores é que a adesão à CEDH seria incompatível com o princípio da autonomia do direito comunitário, e inclusivamente com a posição do Tribunal de Justiça como único árbitro desse direito. Esta questão será analisada em pormenor mais adiante. Outro argumento por vezes avançado é que não seria apropriado que a União ficasse submetida ao controlo de juizes não nacionais da própria União, que poderiam não compreender suficientemente a especificidade da integração europeia.

À luz dos argumentos esgrimidos, será que a adesão à CEDH teria por efeito o reforço da autoridade e da credibilidade do direito da União e dos seus tribunais ou, pelo contrário, o seu enfraquecimento?

acima referida da Comissão.

¹ Ver argumentos dos diversos intervenientes perante o Tribunal de Justiça no processo que conduziu ao Parecer 2/94, Colect. 1996, I, p. 1772 e segs.; ver também o relatório sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da autoria do *House of Lords Select Committee on the European Union*, datado de 24 de Maio de 2000, pontos 104-112 (resumo do testemunho apresentado sobre esta questão perante este Comité).

2. Modalidades de uma eventual adesão

a) A nível da União

De acordo com o Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça, a adesão da Comunidade à CEDH exigiria a inserção de uma base jurídica explícita no Tratado CE; esta poderia ser inserida, por exemplo, no artigo 303.º do Tratado CE. Se a Convenção recomendar o reconhecimento formal da personalidade jurídica da União e a fusão desta com a da Comunidade, esta base jurídica deverá permitir a adesão da União.¹

b) A nível do Conselho da Europa

Uma adesão da Comunidade/da União à CEDH implicaria de qualquer modo uma alteração desta última, quanto mais não fosse do seu artigo 59.º, que actualmente limita o círculo das partes contratantes aos membros do Conselho da Europa (que só podem ser *Estados* europeus). Além disso, levantaria toda uma série de outras questões técnicas que poderiam implicar adaptações do sistema de Estrasburgo.²

3. Consequências da adesão para o princípio da autonomia da ordem jurídica comunitária

Segundo uma das correntes de opinião, a adesão da Comunidade violaria o princípio da autonomia do direito comunitário. Por um lado, porque o Tribunal de Justiça perderia assim o seu monopólio de se pronunciar sobre a validade dos actos de direito comunitário – que doravante passariam

¹ Ao elaborar uma base jurídica, haveria que determinar se essa disposição deve mencionar exclusivamente o caso da adesão à CEDH ou abranger também a possibilidade de adesão às outras convenções internacionais em matéria de direitos humanos. Dever-se-iam também prever regras relativas ao processo decisório a aplicar à assinatura e celebração do acordo de adesão.

² Estas questões foram recentemente analisadas por um Grupo de trabalho *ad hoc* criado no Comité Director para os Direitos do Homem do Conselho da Europa; ver o relatório de actividades desse Grupo de 2 de Abril de 2002 (GT-DH-EU (2002) 012).

também a ser controlados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Por outro lado, este último poderia também ser chamado a pronunciar-se sobre questões de interpretação do direito comunitário, como por exemplo no âmbito do controlo da proporcionalidade dos actos comunitários, mas também da repartição das competências entre a União e os Estados-Membros ou do esgotamento dos recursos internos. Por outro lado, o Tribunal de Justiça deixaria também de ser o único árbitro na resolução de litígios entre os Estados-Membros e entre estes e as instituições, passando esses litígios a poder ser apresentados ao Tribunal de Estrasburgo, graças ao artigo 33.º da CEDH. Ao mesmo tempo, tudo isso enfraqueceria significativamente a autoridade política do Tribunal de Justiça perante as instâncias dos Estados-Membros, incluindo os seus órgãos jurisdicionais supremos.

Outros, pelo contrário, contestam esta análise e afirmam que a adesão seria perfeitamente compatível com a autonomia do direito comunitário. Salientam que o Tribunal de Estrasburgo não tem poder de cassação, nem poder para declarar não válidos actos das partes contratantes ou acórdãos dos seus Supremos Tribunais, limitando-se a constatar violações da CEDH; os resultados concretos das suas decisões na ordem jurídica interna continuam a ser da competência das instituições das partes contratantes. Assinala-se ainda que o direito interno só é tido em conta pelo Tribunal de Estrasburgo como uma questão de facto e que, ao julgar a proporcionalidade dos actos nacionais, este Tribunal reconhece margens de apreciação que permitiriam ter igualmente em conta a especificidade do direito comunitário. O Tribunal de Estrasburgo não poderia portanto ser classificado como um tribunal "superior" aos Supremos Tribunais das partes contratantes, mas apenas como uma instância mais especializada que exerce um controlo externo subsidiário, tendo o Tribunal de Justiça admitido já a possibilidade de submeter a União a esse controlo externo.¹ Quanto ao risco de recursos entre a Comunidade e os Estados-Membros ou entre estes, interpostos no Tribunal de Estrasburgo, poderíamos supor que tais contenciosos seriam em todo o caso proibidos pelo direito comunitário²; mas seria talvez de prever um esclarecimento expresse, aquando de um eventual acordo de adesão, por exemplo mediante uma declaração segundo a qual a

¹ Ver Parecer 1/91 do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1991, colect. 1991, I-6079, ponto 40: "A competência da Comunidade em matéria de relações internacionais ... comporta necessariamente a faculdade de se submeter às decisões de uma jurisdição criada ou designada segundo os termos desses acordos, no que diga respeito à interpretação e à aplicação das suas disposições."

² Assim, recursos entre os Estados-Membros apresentados no Tribunal de Estrasburgo seriam contrários ao artigo 292.º do Tratado CE, no âmbito de aplicação do direito comunitário (é claro que continuam a ser possíveis recursos relativos a actos não ligados ao direito comunitário). De igual modo, pode supor-se que os litígios entre a Comunidade/ União e os Estados-Membros interpostos neste Tribunal, violariam o artigo 10.º do Tratado CE por não respeitarem os procedimentos previstos nos artigos 226.º ou 230.º do TCE, respectivamente.

Comunidade/União e os Estados-Membros renunciam ao seu direito de interpor de recursos interestatais no Tribunal de Estrasburgo.

Por último, há quem sugira que seria a própria não-participação contínua da Comunidade/União no sistema de Estrasburgo a comportar futuramente riscos para a ordem jurídica desta. Com efeito, por vezes os Estados-Membros são indirectamente responsabilizados perante o Tribunal de Estrasburgo por pretensas violações da CEDH que, na realidade, resultam de actos das instituições da União. Esta responsabilidade já é reconhecida para os actos de direito primário que não estão sujeitos ao controlo do Tribunal de Justiça ¹ e para as petições contra um acto nacional que se limita a transpor literalmente uma directiva comunitária ²; neste momento, encontra-se pendente no Tribunal de Estrasburgo uma petição contra os 15 Estados-Membros que alega que uma decisão da Comissão em matéria de concorrência, confirmada pelo Tribunal de Justiça, viola a CEDH. ³ Não se concretizando a adesão, esses observadores receiam que o Tribunal de Estrasburgo se pronuncie cada vez mais indirectamente sobre os actos da Comunidade/da União sem que ela própria se possa defender, ou que o seu sistema jurídico seja representado por um juiz do Tribunal e que os Estados-Membros, incumbidos dessa defesa em vez da Comunidade, se possam disputar com esta e entre si sobre a conformidade dos actos comunitários em relação à CEDH.

A adesão à CEDH infringiria o princípio da autonomia da ordem jurídica comunitária e o papel do Tribunal de Justiça na sua qualidade de árbitro supremo dessa ordem jurídica? Ou teria antes repercussões positivas para essa ordem jurídica?

-
1. Ver o acórdão do Tribunal de Estrasburgo de 18 de Fevereiro de 1999, Matthews contra o Reino Unido, Req. 24833/94, relativo ao Acto de 1976 sobre as eleições para o Parlamento Europeu cujo Anexo II excluía Gibraltar das referidas eleições.
 2. Ver o acórdão do Tribunal de Estrasburgo de 15 de Novembro de 1996, Cantoni contra a França, Req. n.º 17862/91. Ver também o acórdão de 7 de Março de 2000, T.I. contra o Reino Unido, Req. n.º 43844/98, relativo à Convenção de Dublin.
 3. Processo DSR Senator Lines contra os 15 Estados-Membros, Req. n.º 56672/00. O Tribunal ainda não deliberou sobre a admissibilidade da petição, contestada pelos 15 Estados-Membros que remetem para a jurisprudência da antiga Comissão dos Direitos do Homem (decisão de 9 de Fevereiro de 1990, M & Co contra a Alemanha).

4. Consequências para o sistema de repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros

Neste âmbito, convém distinguir duas questões:

Primeiro, como a adesão à CEDH, em conformidade com o Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça, implica a inserção de uma base jurídica expressa no Tratado (sobre a forma ver mais adiante), há quem tenha afirmado que isso poderia ter como efeito reconhecer uma competência geral ¹ da Comunidade/da União no domínio dos direitos fundamentais, inclusive a nível interno. Esta análise é contestada por outros: uma vez que o objectivo e o efeito de uma adesão consistem apenas em sujeitar as instituições aos direitos fundamentais da CEDH e ao controlo externo pelo Tribunal de Estrasburgo, não tem cabimento que uma base jurídica do Tratado, exclusivamente para esse efeito, dê origem a uma competência geral da União para legislar no plano interno, estabelecendo direitos fundamentais que vinculam os Estados-Membros na sua própria acção. No entanto, poder-se-ia eventualmente esclarecer este ponto na base jurídica que justificaria a adesão, se se sentisse necessidade disso. Há quem tenha sugerido que se resolvesse esta questão submetendo a acção das instituições ao sistema de Estrasburgo, sem prever a adesão (este modelo é apresentado mais adiante).

Segundo, há quem tenha sublinhado que a adesão poderia levar o Tribunal de Estrasburgo a pronunciar-se sobre um sistema de repartição de competências da União, visto que por vezes poderia ser difícil decidir se uma questão é da "jurisdição" (artigo 1.º da CEDH) da Comunidade/da União, ou de um Estado-Membro. Foram no entanto sugeridas soluções técnicas a definir no caso de um eventual acordo de adesão, a fim de evitar esta situação. ²

-
1. É de notar que, se faltar essa competência geral, a Comunidade aprovará normas específicas relativas aos direitos fundamentais em alguns domínios, quer com base em determinados artigos do Tratado (ver, por exemplo, os artigos 13.º e 141.º do Tratado CE), quer "em anexo" ao exercício das competências que lhe são reconhecidas (ver, por exemplo, o artigo 2.º do Regulamento 2679/98, anteriormente citado (direito à greve), ou os Regulamentos 975/99, e 976/99, no âmbito de acções comunitárias de cooperação em países terceiros).
 2. Propõe-se, nomeadamente, à semelhança da solução encontrada no caso da Convenção sobre o Direito do Mar, um mecanismo que permita à Comunidade/da União juntar-se a um Estado-Membro na qualidade de co-defensora solidariamente responsável e vice-versa, assim como o aditamento de uma declaração que saliente que competirá unicamente à Comunidade / à União e aos Estados-Membros pronunciarem-se sobre a repartição de competências, de acordo com os seus procedimentos internos.

Seria a adesão à CEDH neutra em relação à repartição das competências internas entre a União e os seus Estados-Membros? Seria adequado conceber uma disposição do Tratado que esclareça essa neutralidade, à semelhança do n.º 2 do artigo 51.º da Carta?

Existirá verdadeiramente o risco de o Tribunal de Estrasburgo vir a pronunciar-se sobre a repartição de competências entre a União e os Estados-Membros? Os mecanismos propostos permitem excluir esse risco?

5. Fórmulas alternativas para assegurar a coerência entre o direito da União e o da CEDH:

Reconhece-se geralmente que os contactos e intercâmbios informais existentes entre os dois Tribunais Europeus são muito positivos e facilitam consideravelmente um desenvolvimento harmonioso da respectiva jurisprudência. Todavia, enquanto que vários observadores insistem que a adesão da Comunidade/da União seria a solução ideal para assegurar a coerência, outros sugeriram a criação de mecanismos alternativos para o efeito. Assinalaremos aqui os que foram mais debatidos.

a) Um mecanismo de reenvio ou de consulta

Foi sugerida a instauração de um mecanismo de reenvio ou de consulta que dê ao Tribunal do Luxemburgo a faculdade de colocar uma questão de interpretação da CEDH ao Tribunal de Estrasburgo.

Essas propostas foram feitas ora como medida de acompanhamento de uma adesão à CEDH, ora como alternativa a esta. Neste último caso, há quem tenha sugerido que a resposta ou o parecer dado pelo Tribunal de Estrasburgo poderia ser qualificado como "não vinculativo" para o Tribunal de Justiça. Também se argumenta que esse mecanismo asseguraria da melhor forma a coerência entre as duas jurisprudências, nomeadamente nos casos em que o Tribunal de Justiça tenha de se pronunciar sobre questões de direitos humanos, na ausência de uma jurisprudência de Estrasburgo, podendo vir a ser contradito por esta. Para quem preconiza que se combine um mecanismo de reenvio com a adesão, este permitiria também reduzir o número de petições individuais relacionadas com o direito da União, junto do Tribunal de Estrasburgo.

Houve, porém, várias objecções a estas propostas. Salienta-se sobretudo que esse mecanismo de reenvio retardaria, de modo considerável e contrário ao direito à protecção jurisdicional eficaz, a resolução de litígios no processo principal (nomeadamente nos casos em que esse processo se juntasse a um reenvio prejudicial apresentado por um tribunal nacional ao Tribunal de Justiça). Assinale-se ainda que o Tribunal de Justiça correria o risco de ser colocado numa situação pouco confortável, em que nenhum Tribunal Constitucional nacional se encontra, ou seja: se não pudesse recorrer a este processo a não ser em casos bem definidos, a sua opção de *não* apresentar uma questão prejudicial ao Tribunal de Estrasburgo, num determinado processo, poderia ser sempre criticada depois, sobretudo se este último Tribunal parecer seguir uma linha diferente da do Tribunal do Luxemburgo. Se, como alternativa a uma adesão, se pensar em tornar os pareceres de Estrasburgo "não vinculativos", o Tribunal de Justiça não poderia ainda assim afastar-se abertamente de tais pareceres e, os seus acórdãos correriam o risco de dar origem a debates sobre o grau exacto de fidelidade ao parecer de Estrasburgo.

Por último, há quem sugira que um processo de parecer ou de reenvio misturaria indevidamente os sistemas jurídicos, tendo incidências mais importantes na autonomia do direito comunitário do que uma adesão "pura e simples". O Tribunal de Estrasburgo interviria directamente em litígios pendentes, dando interpretações que constituiriam jurisprudência para o Tribunal de Justiça – quer *de jure*, quer apenas *de facto* –, enquanto que qualquer outro Tribunal Constitucional nacional pode primeiro apreciar livremente os direitos fundamentais da sua própria ordem jurídica, limitando-se o papel do Tribunal de Estrasburgo a controlar *ex post* o cumprimento das obrigações de direito internacional decorrentes da CEDH.

Tecnicamente, a instauração de um tal processo de reenvio ou de consulta careceria não só de um protocolo especial anexado aos Tratados CE/UE, mas também de alterações da CEDH, pois constituiria uma derrogação em relação à função normal do Tribunal de Estrasburgo.

b) Uma câmara comum

Convém mencionar também a ideia por vezes avançada de que, não se concretizando a adesão, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Estrasburgo poderiam formar uma "câmara comum" ou um "painel" a que poderia recorrer cada uma das duas jurisdições, sempre que fosse necessário garantir uma interpretação uniforme dos direitos fundamentais, ou mais especialmente, sempre que um Tribunal pretendesse afastar-se da jurisprudência do outro. Os adeptos desta ideia argumentam que ela seria o reflexo de uma igualdade estrita entre os dois Tribunais e que afectaria minimamente o seu actual funcionamento. Deveríamos, no entanto, interrogar-nos sobre se esta proposta não colide com a regra definida pelo Tribunal de Justiça como decorrente do princípio da autonomia do direito comunitário, segundo a qual os juizes do Tribunal de Justiça não devem ter assento simultaneamente noutras jurisdições, nas quais tenham de interpretar disposições idênticas às do direito comunitário, embora segundo abordagens, métodos e conceitos diferentes.¹

c) Criar um direito de recurso ao Tribunal de Estrasburgo sem aderir à CEDH

Por fim, foi sugerido que se submetesse a acção das instituições da União ao mecanismo das petições individuais no Tribunal de Estrasburgo, mediante um protocolo especial aos Tratados CE e UE e um protocolo à CEDH, sem no entanto prever a adesão da Comunidade/da União à CEDH. Se este modelo visa criar uma situação em grande parte análoga à de uma adesão, no tocante à posição de ambos os Tribunais e à protecção dos particulares, a principal diferença é que a Comunidade/da União não participaria nas negociações relativas a alterações à CEDH ou a protocolos adicionais. Há quem tenha chamado a atenção para o facto de este modelo levantar dificuldades de princípio para a autonomia do direito comunitário e complicações de ordem prática. Com efeito, as instituições ficariam sujeitas ao

1. Ver o Parecer 1/91 do Tribunal de 14 de Dezembro de 1991, ponto 52, relativo ao primeiro projecto de acordo sobre o Espaço Económico Europeu e o regime do "Tribunal EEE" nele previsto.

sistema de recurso de Estrasburgo, sem que este faça formalmente parte do direito comunitário (apesar de se poder afirmar que as normas materiais da CEDH são aplicadas *de facto* na jurisprudência do Tribunal de Justiça anteriormente citada) e sem que a Comunidade/a União e o seu direito sejam tratados, no sistema de Estrasburgo, em pé igualdade com os outros signatários da CEDH.

Serão as fórmulas alternativas propostas para a adesão à CEDH satisfatórias?

Seria oportuno instaurar, por exemplo, um mecanismo de reenvio do Tribunal de Justiça para o Tribunal de Estrasburgo, quer como alternativa, quer como medida complementar a uma adesão da Comunidade/da União à CEDH? Ou seria preferível, na hipótese de uma adesão, limitarmo-nos ao regime comum (petições individuais junto deste último Tribunal depois de esgotadas as vias internas)?
