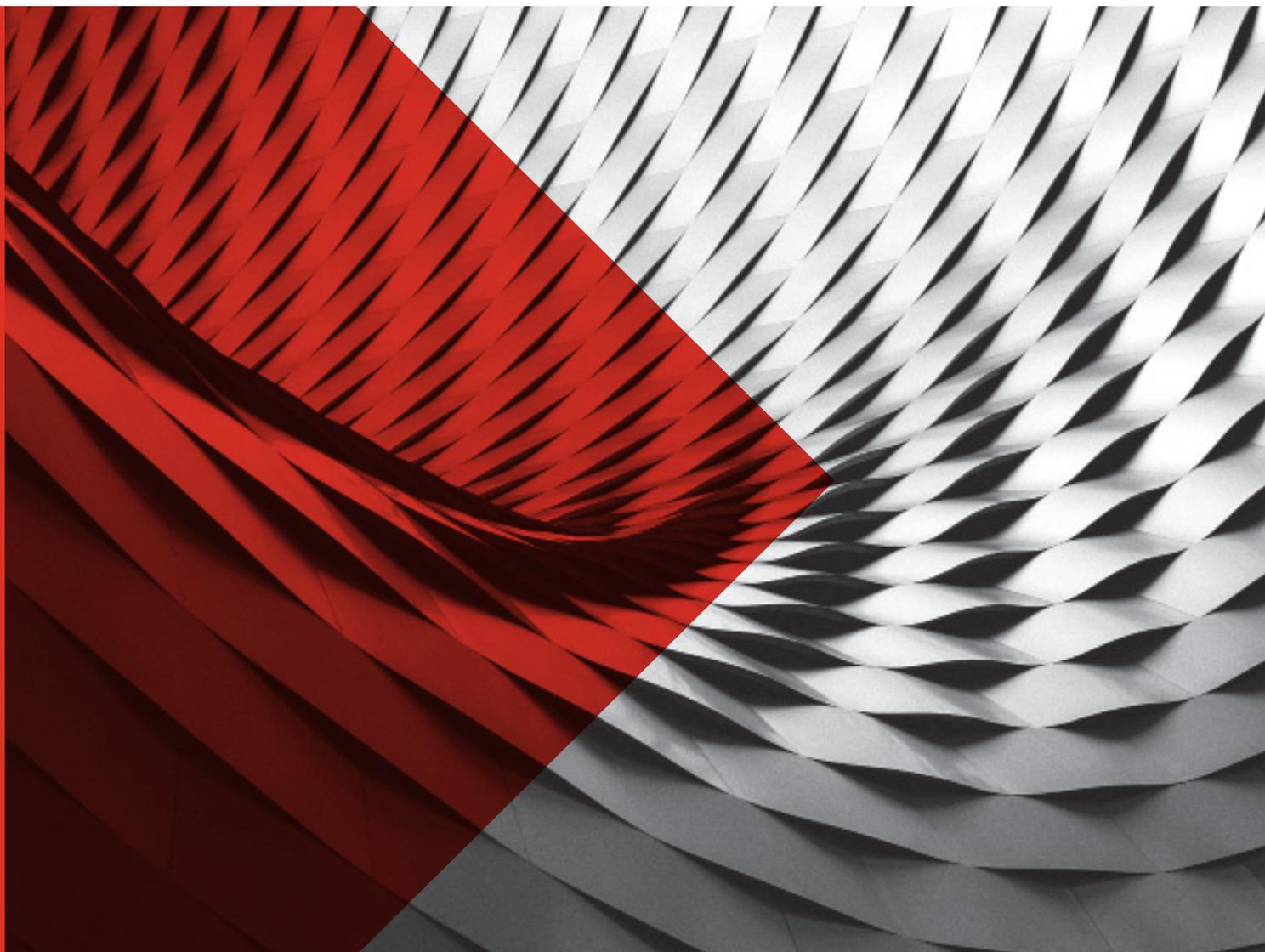


CONSTITUCIONALISMO EUROPEU E DIREITOS FUNDAMENTAIS APÓS O TRATADO DE LISBOA

ANA MARIA GUERRA MARTINS



CONSTITUCIONALISMO EUROPEU E DIREITOS FUNDAMENTAIS

APÓS O TRATADO DE LISBOA *

ANA MARIA GUERRA MARTINS

Professora Associada da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Juíza do Tribunal Constitucional

Sumário

1. Objecto e indicação de sequência. **2.** A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **2.1.** Enquadramento geral. **2.1.1.** A génese da Carta. **2.1.2.** Breve nota sobre o conteúdo da Carta. **2.2.** A força jurídica da Carta. **2.2.1.** Da ausência de força vinculativa... **2.2.2.** ...À equiparação ao valor jurídico dos Tratados. **2.3.** Os limites à equiparação da força vinculativa da Carta aos Tratados. **2.3.1.** Os limites de atribuição de competências. **2.3.2.** Os limites de interpretação. **2.3.2.1.** Os limites endógenos. **2.3.2.2.** Os limites exógenos. **2.3.3.** O estatuto especial de alguns Estados-Membros em relação à Carta; **3.** A adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. **3.1.** Antecedentes. **3.2.** A atribuição de poderes à União para aderir à CEDH. **4.** Conclusão.

1. OBJECTO E INDICAÇÃO DE SEQUÊNCIA

O presente estudo tem a sua origem numa conferência proferida, em Março de 2010, no âmbito das Jornadas sobre o Tratado de Lisboa, organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, subordinada ao tema “*Constitucionalismo europeu e direitos fundamentais após o Tratado de Lisboa*”.

Não obstante o fracasso do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE)^{1 2}, devido aos referendos negativos em França e na Holanda, em Maio e

* As opiniões expressas neste texto são da exclusiva responsabilidade da Autora, não vinculando qualquer das instituições a que pertence.

¹ O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa está publicado no JOUE C 310, de 16 de Dezembro de 2004.

² Sobre as consequências deste fracasso, ver NEIL WALKER, “After *finalité*? The future of the European constitutional idea?”, in GIULIANO AMATO / HERVÉ BRIBOSIA / BRUNO DE WITTE (eds.), *Genèse et Destinée de la Constitution Européenne*, Bruxelas, 2007, p. 1245 e ss; JO SHAW, “What happens if the Constitutional Treaty is not ratified?”, in INGOLF PERNICE / JIRI ZEMANEK (eds.), *A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, 2005, p. 77 e ss; STANISLAW BIERNAT, “Ratification of the Constitutional Treaty and Procedures for the Case of Veto”, in

Junho de 2005, respectivamente, ter posto seriamente em causa o carácter constitucional do seu sucessor – o Tratado de Lisboa (TL) –, a verdade é que ele não ficou irremediavelmente comprometido³.

Se do ponto de vista político, o mandato da Conferência Intergovernamental (CIG)⁴, anexo às conclusões do Conselho Europeu, de Junho de 2007, o qual estabeleceu a base exclusiva e os termos em que a CIG deveria desenvolver os seus trabalhos, assumiu expressamente que “o TUE e o Tratado sobre o Funcionamento da União não terão carácter constitucional”, pelo que “esta mudança reflectir-se-á na terminologia utilizada em todos os textos dos Tratados”⁵, do ponto de vista jurídico, a ausência do termo *Constituição* e da terminologia constitucional não é decisiva⁶. Desde logo porque, apesar de os anteriores Tratados nunca terem usado essa terminologia, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ)⁷ nunca se coibiram de sustentar o seu carácter constitucional⁸.

Ora, surgindo a protecção dos direitos fundamentais, historicamente, ligada, de modo intrínseco, ao constitucionalismo moderno, a transferência de poderes dos Estados para a União Europeia não deve converter-se numa diminuição da protecção das pessoas.

Não obstante no início do processo de integração, se ter verificado alguma resistência ao reconhecimento dos direitos fundamentais por parte dos órgãos das Comunidades Europeias, designadamente do Tribunal de Justiça (TJ)⁹, a partir dos

INGOLF PERNICE / JIRI ZEMANEK (eds.), *A Constitution for Europe...*, p. 97 e ss; JEAN-CLAUDE PIRIS, *Le Traité Constitutionnel pour l'Europe : une analyse juridique*, Bruxelas, 2006, p. 248 e ss.

³ Neste sentido, KOEN LENAERTS, “De Rome à Lisbonne, La Constitution Européenne en Marche?”, *CDE*, 2008, p. 230 e 232; NICOLAS MOUSSIS, “Le Traité de Lisbonne: une Constitution sans en avoir le titre”, *RMCUE*, 2008, p. 161 e ss.

⁴ Sobre este mandato ver, por todos, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Sobre o mandato da Conferência Intergovernamental definido pelo Conselho Europeu de Bruxelas: é o Tratado de Lisboa um novo Tratado?”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, p. 551 e ss.

⁵ O texto do mandato encontra-se disponível no sítio da União Europeia. www.europa.eu.int

⁶ Neste sentido, STEFAN GRILLER, “Is this a Constitution? Remarks on a Contested Concept”, in STEFAN GRILLER / JACQUES ZILLER, *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Nova Iorque, 2008, p. 22 e 23.

⁷ Ver, entre outros, ac. de 23/4/86, *Os Verdes c. PE*, proc. 294/83, Col. 1986, p. 1339 e ss.

⁸ Em anteriores trabalhos, defendemos o carácter constitucional à escala transnacional da União Europeia e dos Tratados que a instituem. Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 2000, p. 303 e ss. *Idem*, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, 2004, p. 119 e ss.

⁹ Ac. de 4/2/59, *Stork*, proc. 1/58, Rec. 1958-59, p. 43 e ss e ac. de 15/7/60, *Comptoirs de vente de la Rhur*, procs. 36 a 38 e 40/59, Rec. 1960, p. 890.

finais da década de 60 tornou-se clara a insustentabilidade dessa posição, tendo o TJ admitido que as Comunidades deveriam assegurar o respeito dos direitos fundamentais consagrados nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros¹⁰ e no Direito Internacional dos Direitos Humanos¹¹, em especial na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹², como princípios gerais de Direito.

Essa jurisprudência foi sendo sucessivamente, confirmada e desenvolvida pelo TJ, tendo os princípios nela consignados sido, *a posteriori*, introduzidos nos Tratados pela via das revisões.

O Tratado de Lisboa (TL)¹³ insere-se pois num contexto de afirmação dos direitos fundamentais por parte da União Europeia, tendo prosseguido o caminho traçado pelos seus antecessores.

Em nosso entender, são, principalmente, duas as inovações que cumpre salientar:

- a) a equiparação do valor jurídico da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹⁴ ao dos Tratados operada pelo artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE);
- b) a atribuição de competência à União Europeia para aderir à CEDH prevista no artigo 6.º, n.º 2, do TUE.

É indiscutível a centralidade destes dois temas para a problemática que nos ocupa neste estudo. Com efeito, a existência de um catálogo de direitos fundamentais da União Europeia equivalente ao dos seus Estados-Membros – e, em muitos casos, até mais amplo – bem como a assunção dos poderes necessários para aderir à CEDH, desde que preenchidos determinados pressupostos, contribuem, indubitavelmente, para o reforço da vertente constitucional da União Europeia.

Mas a verdade é que nesta área também se multiplicaram as cedências à soberania dos Estados e, conseqüentemente, ao intergovernamentalismo.

¹⁰ Ac. de 12/11/69, *Stauder*, proc. 29/69, Rec. 1969, p. 419 e ac. de 17/12/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

¹¹ Ac. de 14/5/74, *Nold*, proc. 4/73, Rec. 1974, p. 491.

¹² Ac. de 28/10/75, *Rutili*, proc. 36/75, Rec. 1975, p. 1219; ac. de 15/5/86, *Johnston*, proc. 222/84, Col. 1986, p. 1651 e ss; ac. de 13/12/79, *Hauer*, proc. 44/79, Rec. 1979, p. 2727 e ss.

¹³ O Tratado de Lisboa modificou o TUE e o TCE, bem como o TCEEA (artigo 4º, n.º 2). O texto do Tratado de Lisboa está publicado em JOUE C 306, de 17 de Dezembro de 2007, tendo sido as versões consolidadas do TUE e do TFUE publicadas no JOUE C 115 de 9/5/2008, rectificadas pela Acta de Rectificação do Tratado de Lisboa 2009/C 290/01, publicada no JOUE C-290, de 30/11/2009.

¹⁴ A Carta foi solenemente proclamada pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, em Estrasburgo, em 12 de Dezembro de 2007, estando publicada no JOUE n.º C 303, de 14 de Dezembro de 2007.

Eis o objecto da nossa reflexão no presente estudo.

Num primeiro momento, vamos debruçar-nos sobre a CDFUE, começando por um breve enquadramento geral que abarcará a sua génese e o seu conteúdo, devendo, em seguida, concentrar-nos na questão da força jurídica da Carta e nos limites que decorrem quer da própria Carta quer dos Tratados.

Num segundo momento, estudaremos a problemática da adesão da União Europeia à CEDH, destacando especialmente as dificuldades que rodeiam essa eventual adesão, bem como a forma como o TL as tenta antecipar, prevenir e ultrapassar.

A finalizar extrair-se-á uma sintética conclusão.

2. A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

ENQUADRAMENTO GERAL

A GÉNESE DA CARTA

Em simultâneo com a CIG 2000, na qual foi aprovado o Tratado de Nice, decorreu uma convenção, com a missão de negociar e aprovar uma carta de direitos fundamentais para a União Europeia.

A convocação dessa convenção surge na sequência de uma decisão do Conselho Europeu de Colónia, de 3 e 4 de Junho de 1999, tendo alguns meses mais tarde, o Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999¹⁵, optado por criar um grupo, com representação das várias bases de legitimidade política¹⁶ que deveria apresentar as suas conclusões ao Conselho Europeu. Esse grupo auto-denominou-se Convenção¹⁷, fazendo lembrar a Convenção de Filadélfia que elaborou a Constituição

¹⁵ As conclusões do Conselho Europeu de Tampere estão publicadas no Boletim da União Europeia n.º 10/1999.

¹⁶ A convenção integrou representantes dos parlamentos nacionais, do Parlamento Europeu, dos Governos dos Estados-Membros, bem como da Comissão. Participaram ainda como observadores permanentes, o Conselho da Europa e o Tribunal de Justiça, com direito a usar da palavra. Além disso, verificou-se uma grande abertura à sociedade civil.

¹⁷ Sobre a convenção como método de revisão dos Tratados institutivos da União Europeia, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, “O modelo de revisão na Constituição Europeia: em busca de uma terceira via?”, in *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Coimbra, 2006, p. 61 e ss; *idem*, “As Convenções de Filadélfia e de Bruxelas – convergências e divergências do processo de formação das Constituições americana e europeia”, in JORGE MIRANDA *e. a.* (org.), *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques Dos Santos*, vol. II, Coimbra, 2005, p. 13 e ss; *idem*, “Amendment of the

norte-americana. Não se tratava, todavia, de uma assembleia constituinte, pois falta-lhe, desde logo, a legitimidade democrática: nem os membros do Parlamento Europeu nem os membros dos parlamentos nacionais, que são eleitos por sufrágio directo e universal, se encontravam mandatados pelos seus eleitores para criarem uma carta de direitos fundamentais que se destinasse a servir de base a uma Constituição Europeia.

Segundo o mandato do Conselho Europeu de Colónia, a Carta não visava criar direitos novos, mas sim tornar visíveis os direitos já existentes que constituam património comum dos europeus. Um dos principais objectivos da Carta foi, portanto, a segurança jurídica e a consequente protecção dos cidadãos. Não pretendendo ser inovatória, a Carta inspirou-se na CEDH, no que diz respeito aos direitos civis e políticos, nos próprios Tratados, em matéria dos direitos do cidadão e na Carta Comunitária de Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989 e na Carta Social Europeia de 1961, em relação aos direitos sociais.

Acrescente-se que a CDFUE pretendia constituir um forte impulso ao processo de constitucionalização da União Europeia, bem como consolidar um movimento de implicação dos indivíduos, isto é, dos seres humanos enquanto tais, no processo de integração europeia, o que é notório em vários considerandos do seu preâmbulo (a referência aos povos da Europa, a afirmação expressa de que a União coloca o ser humano no cerne da sua acção e a precisão de que as pessoas individualmente consideradas, assim como a comunidade humana e as gerações futuras adquirem responsabilidades e deveres, por força do gozo dos direitos enunciados na Carta).

Em suma, a elaboração da CDFUE pretendeu significar, na época, um passo mais no sentido da constitucionalização da União.

BREVE NOTA SOBRE O CONTEÚDO DA CARTA

Na impossibilidade de levar a cabo, neste momento, um estudo aprofundado de todos e de cada um dos direitos enunciados na CDFUE, proceder-se-á somente a uma breve apresentação do conteúdo da Carta¹⁸.

Constitution – Procedural and Political Questions”, in INGOLF PERNICE / JIRI ZEMANEK (eds.), *A Constitution for Europe...*, p. 199 e ss, bem como toda a bibliografia citada nestes estudos.

¹⁸ Para um comentário desenvolvido dos vários preceitos da Carta, pode consultar-se LAURENCE BURGORGUE-LARSEN *e. al.*, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe – Commentaire article par article, Partie II – La Charte des droits fondamentaux de l’Union*, tomo II, Bruxelas, 2005; HANS D. JARASS, *EU-Grundrechte*, Munique, Beck, 2005; JÜRGEN MEYER (org.), *Kommentar zur Charta der*

A CDFUE inicia-se com um preâmbulo seguido de sete títulos – Dignidade, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Disposições Finais.

A inviolabilidade da dignidade do ser humano (artigo 1.º) é o pórtico de entrada para o sistema de direitos fundamentais consagrado na Carta. É a base de todos os outros direitos, incluindo os direitos à vida (artigo 2.º), à integridade física (artigo 3.º), a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes (artigo 4.º) e a proibição da escravatura e do trabalho forçado (artigo 5.º).

O reconhecimento destes direitos na Carta foi alvo de um amplo consenso, uma vez que eles fazem parte da maior parte dos instrumentos internacionais, designadamente, da CEDH e do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

O Título II inclui as liberdades clássicas, como é caso do direito à liberdade e à segurança (artigo 6.º), do respeito da vida privada e familiar (artigo 7.º), o direito de contrair casamento e de constituir família (artigo 9.º), da liberdade de pensamento, de consciência e religião (artigo 10.º), da liberdade de expressão e de informação (artigo 11.º), da liberdade de reunião e de associação (artigo 12.º) e a liberdade das artes e das ciências (artigo 13.º), a par de direitos sociais, como, por exemplo, a liberdade profissional e o direito ao trabalho (artigo 15.º) e o direito à educação (artigo 14.º) e de direitos económicos, como a liberdade de empresa (artigo 16.º) e o direito de propriedade (artigo 17.º) e de direitos de terceira geração como é o caso do direito à protecção de dados pessoais (artigo 8.º). O direito de asilo (artigo 18.º) e a protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição (artigo 19.º) enquadram-se nos direitos dos estrangeiros de que a União deve assegurar o respeito.

A igualdade e a não discriminação, embora consagradas parcelarmente nos Tratados desde a sua versão originária, são, pela primeira vez, equacionadas num texto oficial com valor idêntico aos dos Tratados numa perspectiva global. Reconhece-se a igualdade perante a lei (artigo 20.º), a proibição da discriminação em função da nacionalidade (artigo 21.º, n.º 2) e a proibição da não discriminação em função de quinze categorias suspeitas, nas quais, entre outras, se incluem o sexo, a raça ou origem

Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden, 2003; ANTÓNIO GOUCHA SOARES, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2002; RUI MANUEL MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2001, p. 161 e ss; AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001.

étnica, a religião ou crença, a deficiência, a idade e a orientação sexual. A igualdade entre homens e mulheres (artigo 23.º) foi sujeita a um tratamento específico.

A Carta reconhece ainda que certas categorias de pessoas possuem problemas particulares que necessitam de uma resposta especial. É o caso das crianças (artigo 24.º), das pessoas idosas (artigo 25.º) e das pessoas com deficiências (artigo 26.º). A inclusão do respeito da diversidade cultural, religiosa e linguística (artigo 22.º) no Título relativo à igualdade (Título III) tem como pressuposto que a concretização da diversidade cultural, religiosa e linguística deve efectuar-se, nomeadamente, através da não discriminação.

O Título IV relativo à solidariedade inclui a maior parte dos direitos sociais reconhecidos na CDFUE: o direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa (artigo 27.º), o direito de negociação e de acção colectiva (artigo 28.º), o direito de acesso aos serviços de emprego (artigo 29.º), a protecção em caso de despedimento sem justa causa (artigo 30.º), as condições de trabalho justas e equitativas (artigo 31.º), a proibição do trabalho infantil e protecção dos jovens no trabalho (artigo 32.º), a protecção da vida familiar e da vida profissional (artigo 33.º), o direito à segurança social e à assistência social (artigo 34.º), a protecção da saúde (artigo 35.º), o acesso a serviços de interesse económico geral (artigo 36.º), mas também inclui os chamados direitos de terceira geração como é o da protecção do ambiente (artigo 37.º) e da defesa do consumidor (artigo 38.º).

As normas relativas à cidadania previstas no Título V da CDFUE retomam, no essencial, as normas do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) que sobre ela versavam. O estatuto do cidadão da União abrange o direito de eleger e ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu (artigo 39.º) e nas eleições municipais (artigo 40.º), o direito a uma boa administração (artigo 41.º), o direito de acesso aos documentos (artigo 42.º), o direito de petição ao Provedor de Justiça (artigo 43.º) e ao Parlamento Europeu (artigo 44.º), a liberdade de circulação e de permanência (artigo 45.º) e a protecção diplomática e consular (artigo 46.º).

É de sublinhar que, ao contrário do que se verificava no TCE, a liberdade de circulação e de permanência pode vir a abranger os nacionais de terceiros Estados legalmente residentes no território de um dos Estados-Membros da União (artigo 45.º, n.º 2).

Por último, em matéria de Justiça consagram-se o direito a acção judicial efectiva e a julgamento imparcial (artigo 47.º), a presunção da inocência e os direitos de

defesa do arguido (artigo 48.º), os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas (artigo 49.º) e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito (artigo 50.º), ou seja, direitos que integram a CEDH ou os seus protocolos.

O último capítulo da CDFUE estabelece as disposições gerais relativas ao âmbito de aplicação (artigo 51.º), ao âmbito e à interpretação dos direitos e dos princípios (artigo 52.º), ao nível de protecção (artigo 53.º) e à proibição do abuso de direito (artigo 54.º). Voltar-se-á a algumas destas disposições mais adiante.

A FORÇA JURÍDICA DA CARTA

DA AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULATIVA...

A CDFUE foi solenemente proclamada pela Comissão, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho e politicamente aprovada pelos Estados-Membros, no Conselho Europeu de Nice, em 7 de Dezembro de 2000.

Um dos principais objectivos da convenção que elaborou a Carta terá sido conferir-lhe carácter vinculativo, através da sua inserção no TUE. Porém, cedo se verificou a ausência do consenso necessário neste sentido.

Daí que o Tratado de Nice tenha incluído uma declaração, na qual se previa a convocação de uma CIG para 2004, com o objectivo de se debruçar, entre outras questões, sobre o estatuto jurídico da CDFUE.

Até à recente entrada em vigor do TL, a CDFUE não tinha força jurídica vinculativa, o que não impediu que as suas normas tivessem sido invocadas por certos actores institucionais, tais como a Comissão¹⁹, os Advogados-Gerais do Tribunal de

¹⁹ A Comissão por decisão interna, de 13 de Março de 2001, assumiu o compromisso de conduzir a sua actuação em conformidade com a Carta. Ver também Comunicação da Comissão sobre o respeito da Carta dos Direitos Fundamentais nas propostas legislativas da Comissão. Metodologia para um controlo sistemático e rigoroso (COM (2005) 172, final).

Justiça²⁰, o Tribunal de Primeira Instância, rebaptizado como Tribunal Geral pelo Tratado de Lisboa²¹ e, mais recentemente, o próprio Tribunal de Justiça²².

A problemática da vinculatividade da Carta foi amplamente discutida na Convenção sobre o Futuro da Europa, que precedeu e preparou a CIG 2004, tendo sido avançadas várias possibilidades de integração da Carta no TECE²³.

Assim, do Relatório Final do Grupo II (integração da Carta / Adesão à CEDH) constavam as seguintes opções:

“a) Inserção dos artigos da Carta no início do Tratado Constitucional, num Título ou Capítulo desse tratado; ou

b) Integração de uma referência adequada à Carta num artigo do Tratado Constitucional. Semelhante referência poderia conjugar-se com a transformação da Carta ao Tratado Constitucional num anexo ou num apêndice, quer como uma parte específica desse tratado que apenas contivesse a Carta, quer como texto jurídico independente (p. ex., sob a forma de protocolo). (...)”.

A solução, que acabou por vingar, nessa época, foi a da integração do texto da Carta na Parte II^{24 25} do TECE. A questão da força jurídica da Carta teria, pois, ficado

²⁰ Ver conclusões dos Advogados-Gerais TIZZANO, de 8/2/2001, *BECTU*, proc. C-173/99, Col. 2001, p. I-4881, par. 27 e 28; JACOBS, de 22/3/2001, *Z./PE*, proc. C-270/99P, Col. 2001, p. I-9197, par. 40; LEGER, de 10/7/2001, *Hautala*, proc. C-353/99P, Col. 2001, p. I- 9565, par. 82 e 83; MISHO, de 20/09/2001, *Booker*, proc. C-20/00 e C-64/00, Col. 2003, p. I-7411, p. 26, POIARES MADURO, de 29/06/2004, *Nardone*, proc. C-181/03, Col. 2005, p. I-199; KOKOTT, de 8/9/2005, *PE c. Conselho*, proc. 540/03, Col. 2006, p. I-5769, par. 58.

²¹ Ver Acórdão de 31/01/2002, *Max.mobil Telekommunikation Service*, Proc. T-54/99, paras. 48, 57; Acórdão de 15/2/2005, *Pyres / Comissão*, proc. T-256/01, Col. FP, p. FP-IA-23, para. 66.

²² Ver ac. de 27/6/2006, *PE c. Conselho*, proc. C-540/03, Col. 2006, p. I-5769, par. 38; ac. de 11/12/2007, *International Transport Workers Federation / Viking Line*, proc. C-438/05, Col. 2007, p. I-10779; ac. de 18/12/2007, *Laval*, proc. C-435/06, Col. 2007, p. I-10141; ac. de 14/2/2008, *Dynamic Medien*, proc. C-244/06, Col. 2008, p. I-505, para. 44; ac. de 3/4/2008, *Dirk Ruffert*, proc. C-346/06, Col. 2008, p. I-1989. Sobre os acórdãos *Laval* e *Viking*, cfr. FRANKLIN DEHOUSE, “Les Arrêts Laval et Viking de la Cour de Justice: Vers une protection sociale plus petite dans une Europe plus Grande”, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelas, 2008, p. 489 e ss.

²³ Sobre a discussão deste assunto na doutrina, cfr., por exemplo, BERNARDETTE LEBAUT-FERRARESE / MICHÄEL KARPENSHIF, “La «constitutionalisation» de la Charte: un acte fondamental pour l’Union européenne”, in CHRISTIAN PHILIP / PANAYOTIS SOLDATOS, *La Convention sur l’avenir de l’Europe*, Bruxelas, 2004, p. 136 e ss; EMMANUELLE BRIBOSIA, “Les droits fondamentaux dans la Constitution de l’Union”, in MARIANNE DONY / EMMANUELLE BRIBOSIA, *Commentaire de la Constitution de l’Union européenne*, Bruxelas, 2005, p. 117.

²⁴ O artigo I-9.º, n.º 1, do TECE estabelecia que “a União reconhece os direitos, liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais que constitui a Parte II”.

²⁵ Sobre a inclusão da Carta no TECE, ver THOMAS SCHMITZ, «Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung der Europäischen Union», *EuR*, 2004, p. 691 e ss; JOËL RIDEAU, «Le greffe de la Charte des droits fondamentaux sur le projet de Constitution européenne», in OLIVIER BEAUD *et al.*, *L’Europe en voie de Constitution*, Bruxelas, 2004, p. 347 e ss; BERNARDETTE LEBAUT-FERRARESE / MICHAËL KARPENSHIF, «La «constitutionalisation» de la Charte: un acte fondamental», in CHRISTIAN PHILIP / PANAYOTIS SOLDATOS, *La Convention sur l’avenir de l’Europe*, Bruxelas, 2004, p. 125 e ss; ANA MARIA

definitivamente resolvida se aquele Tratado tivesse entrado em vigor, mas, como já se sabe, assim não sucedeu.

...À EQUIPARAÇÃO AO VALOR JURÍDICO DOS TRATADOS

O TL não seguiu este entendimento, antes tendo reconhecido aos direitos, liberdades e princípios contidos na CDFUE valor jurídico idêntico aos dos Tratados (artigo 6.º, n.º 1, TUE).

Apesar de o texto da Carta não ter sido incluído nos Tratados, como acontecia no TECE, a equiparação do valor jurídico da CDFUE aos Tratados não pode, na óptica do constitucionalismo europeu, ser desvalorizada, na medida em que a diferença entre incluir e equiparar acaba por ser mais simbólica do que jurídica²⁶. O que verdadeiramente importa é que a União passou a dispor de um catálogo de direitos fundamentais, o qual pode ser invocado nos Tribunais da União Europeia e nos tribunais nacionais, nos termos constantes do artigo 51.º, n.º 1, 1ª parte, CDFUE.

Pelo contrário, esta será, porventura, a alteração com maior impacto constitucional.

Note-se, todavia, que a consagração da força vinculativa da Carta só foi possível à custa de cedências (aliás, pouco compatíveis com a filosofia subjacente à protecção dos direitos fundamentais) a certos Estados-Membros.

OS LIMITES À EQUIPARAÇÃO DA FORÇA VINCULATIVA DA CARTA AOS TRATADOS

A equiparação da força jurídica da Carta aos Tratados institutivos não deve esconder uma outra realidade, isto é as cautelas de que alguns Estados-Membros se

GUERRA MARTINS, *O Projecto de Constituição Europeia – Contributo para o debate sobre o futuro da União*, 2ª ed., Coimbra, 2004, p. 51 e ss; DIMITRIS N. TRIANTAFYLLOU, *Le projet constitutionnel de la Convention européenne- Présentation critique de ses choix clés*, Bruxelas, 2003, p. 56 e ss; JAVIER ROLDAN BARBERO, «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *Rev. Der. Com. Eur.*, 2003, p. 943 e ss; FABIENNE TURPIN, «L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne», *RTDE*, 2003, p. 615 e ss; S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, «Which Charter of Fundamental Rights was Incorporated in the Draft European Convention?», *ERPL*, 2003, p. 295 e ss; ANDREW WILLIAMS, «EU Human Rights Policy and the Convention on the Future of Europe: a Failure of Design?», *ELR*, 2003, p. 794 e ss; CESARE PINELLI, «Diritti fondamentali e riassetto istituzionale dell'Unione», *Dir. Pub.*, 2003, p. 817 e ss.

²⁶ EMMANUELLE BRIBOSIA, «Le traité de Lisbonne: un pas supplémentaire dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux», in PAUL MAGNETTE / ANNE WEYEMBERGH, *L'Union européenne: la fin d'une crise?*, Bruxelas, 2008, p. 187.

rodearam em relação a essa equiparação, as quais se vão traduzir em limites de três tipos:

- - os limites de atribuição;
- - os limites de interpretação (endógenos e exógenos);
- - os limites de aplicação a certos Estados-Membros.

OS LIMITES DE ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, TUE, “*de forma alguma, o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados*” (par. 2.º).

Ao contrário do que sucedia até à entrada em vigor do TL, actualmente o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) especifica as categorias de competências de que dispõe a União – competências exclusivas (artigo 2.º, n.º 1), partilhadas (artigo 2.º, n.º 2), de coordenação das políticas económicas e de emprego (artigo 2.º, n.º 3) e complementares (artigo 2.º, n.º 5) – bem como as matérias que se inserem em cada uma delas (artigos 3.º a 6.º)²⁷. Acresce que a União dispõe somente das competências que os Estados-Membros lhe atribuem (artigo 5.º, n.º 2), explicitando o Tratado que as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros (artigo 4.º, n.º 1). A própria Carta corrobora este entendimento no artigo 51.º, n.º 1, 2.ª parte, *in fine*.

Em suma, são os Tratados que regem a repartição de atribuições entre a União e os seus Estados-Membros e não a Carta.

OS LIMITES À INTERPRETAÇÃO

O par. 3.º do artigo 6.º, n.º 1, TUE acima mencionado estabelece que “*os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII (...) e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições*”. Ou seja, este preceito vincula o intérprete a dois tipos de limites:

²⁷ Sobre as atribuições da União pós-Lisboa, ver, entre outros, ISABELLE BOSSE-PLATIÈRE, “*Traité de Lisbonne et clarification des compétences*”, *RMCUE*, 2008, p. 443 e ss; PATRIZIA DE PASQUALE, “*Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*”, *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, p. 60 e ss; PAUL CRAIG, “*The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance*”, *ELR*, 2008, p. 144 e ss.

- (i) endógenos – as normas constantes dos artigos 51.º a 54.º da Carta;
- (ii) exógenos – as anotações do *Praesidium*.

OS LIMITES ENDÓGENOS

As disposições do Título VII da Carta que relevam, especialmente, para efeitos de interpretação são o artigo 52.º, n.ºs 3 a 7, e o artigo 53.º (o artigo 51.º e os restantes n.ºs do artigo 52.º referem-se, no essencial, à aplicação e não à interpretação). É de realçar que os n.ºs 4 a 7 do artigo 52.º foram introduzidos, na Carta, aquando da Convenção sobre o Futuro da Europa já mencionada.

Tendo em consideração que, no espaço territorial da União Europeia, concorrem três sistemas jurídicos de direitos fundamentais – a própria CDFUE, a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros – os n.ºs 3 e 4 do artigo 52.º regem a forma como se esses três sistemas se relacionam entre si.

O artigo 52.º, n.º 3, da Carta refere que sempre que os direitos contidos na CDFUE coincidam com os da CEDH, o seu sentido e alcance são idênticos. Segundo as anotações à Carta, este número do preceito visa garantir a coerência necessária entre a CEDH e a CDFUE. Por CEDH deve entender-se tanto a Convenção como os seus protocolos e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que os aplica. Esta disposição não se opõe, todavia, a que o Direito da União confira uma maior protecção às pessoas. Ou seja, admite-se o tratamento mais favorável por parte da União Europeia.

O n.º 4 do artigo 52.º reproduz o seu n.º 3, mas em relação às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, não salvaguardando, todavia, o Direito da União que consagre uma protecção mais ampla, o que pode vir a ter consequências a vários níveis, dos quais se destaca a afirmação do princípio do primado do Direito da União sobre o Direito dos Estados-Membros.

O n.º 5 do artigo 52.º da Carta vem estabelecer, *grosso modo*, que as normas que contenham princípios não podem ser invocadas em juízo, a menos que se trate de apreciar a interpretação e a legalidade dos actos (da União ou dos Estados-Membros) que as apliquem, sem, contudo, esclarecer quais são essas normas. Este preceito consagra a distinção entre direitos e princípios, a qual, embora tenha estado sempre subjacente às negociações da Carta, dela não constava expressamente.

A compreensão do significado e alcance desta distinção, para efeitos de interpretação da Carta, pressupõe o conhecimento dos trabalhos preparatórios. Uma das questões que se colocou na convenção que elaborou a Carta foi, precisamente, a de saber se o catálogo de direitos fundamentais deveria incluir apenas os direitos civis e políticos ou se também deveria abarcar os direitos sociais. As opiniões manifestadas quanto a este propósito foram muito divergentes, reflexo da diferente forma de encarar constitucionalmente os direitos sociais por parte dos diversos Estados-Membros. A par de sistemas constitucionais que se podem designar como minimalistas, como sejam os do Reino Unido, da Irlanda, da Áustria, da Alemanha e da Dinamarca, vigoravam ao tempo noutros Estados-Membros sistemas que se poderiam considerar maximalistas, como o da França, da Espanha ou de Portugal, situando-se a Bélgica, o Luxemburgo, a Grécia, a Suécia e a Finlândia numa zona intermédia²⁸. Acresce ainda que os Estados, que então faziam parte da União, também não comungavam dos mesmos princípios em matéria de política social²⁹.

Assim, se no que diz respeito aos direitos civis e políticos, as principais discussões no seio da convenção se situaram ao nível da redacção dos preceitos, já no âmbito dos direitos sociais, as divergências estenderam-se à própria consagração destes direitos na Carta³⁰.

A inclusão dos direitos sociais na Carta deveu-se, essencialmente, aos franceses, apoiados pelos italianos, belgas, espanhóis e pela maioria dos alemães, com a oposição dos países nórdicos, da Holanda, da Irlanda e do Reino Unido, pois, sobretudo, estes últimos consideravam a afirmação constitucional dos direitos sociais como uma causa de rigidez e acreditavam mais na flexibilidade e na negociação entre parceiros sociais do que na legislação centralizada³¹.

²⁸ Para um estudo comparativo dos direitos constitucionais nacionais no que toca aos direitos sociais, veja-se CONSTANCE GREWE, «Les droits sociaux constitutionnels: propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *RUDH*, 2000, p. 85 e ss.

²⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre estas questões, ver OLIVER DE SCHUTTER, «La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire», *RUDH*, 2000, p. 33 e ss.

³⁰ Sobre as dificuldades de inserção dos direitos sociais na Carta, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais», *Direito e Justiça*, 2001, tomo 2, p. 213 e ss; OLIVER DE SCHUTTER, «La contribution...», p. 41 e ss; JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?», *RMCUE*, 2000, p. 676 e ss.

³¹ Neste sentido, JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE, «La Charte des droits fondamentaux...», p. 676 e ss.

Perante estas dificuldades, as negociações na convenção partiram de um mínimo comum a todos os Estados-Membros, tendo posteriormente aditado outros direitos. Foi pois com todas estas reticências que os direitos sociais passaram a fazer parte da Carta. A maior parte deles, como já se referiu, encontra-se no Título IV (artigos 27.º e seguintes) e são direitos dos trabalhadores (artigos 27.º a 33.º) ou relacionados com o trabalho³², mas, como também já tivemos oportunidade de sublinhar podem encontrar-se direitos sociais noutros lugares³³.

Não obstante o acordo a que se chegou em 2000, as dificuldades quanto aos direitos sociais voltaram a surgir durante a Convenção sobre o Futuro da Europa, tendo sido invocadas, em especial pelas delegações parlamentar e governamental do Reino Unido. A necessidade de salvaguardar algumas especificidades nacionais e a possibilidade de vinculação directa e imediata aos direitos sociais previstos na parte II do TECE foram alguns dos aspectos mais controversos e que poderiam ter inviabilizado a inclusão da Carta no TECE. Com o intuito de acomodar as várias posições, acabou por se aditar o n.º 5 ao artigo 52.º.

Estava lançada a primeira pedra de uma distinção entre direitos e liberdades, por um lado, e princípios, por outro, distinção essa que até então apenas pairava no ar, não lhe sendo feita qualquer referência expressa na versão originária da Carta. Além disso, também não se instituíam regimes diferentes consoante o grupo de direitos que estivesse em causa, o que, naturalmente, não significava que todos possuíssem a mesma força jurídica. Pelo contrário, verificava-se que certos direitos não estavam dependentes de quaisquer condições, o que indiciava a sua aplicabilidade directa e imediata, enquanto que outros remetiam para as legislações e práticas nacionais, o que impedia essa qualificação e dificultava ou impossibilitava mesmo a sua invocação perante qualquer órgão jurisdicional.

³² Sobre os direitos sociais consagrados na Carta, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A Carta dos Direitos Fundamentais...», p. 217 e ss; EMMANUELLE BRIBOSIA / OLIVIER DE SCHUTTER, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *JT*, 2001, p. 91 e ss; LORD GOLDSCHMITH Q.C., «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *CMLR*, 2001, p. 1212 e ss; FLORENCE BENOÎT-ROHMER, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Rec. Dalloz*, 2001, p. 1485 e ss; OLIVER DE SCHUTTER, «La contribution...», p. 41 e ss; JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «La Charte...», p. 676 e ss.

³³ Note-se que também existem referências a direitos sociais nos capítulos relativos à liberdade – a liberdade sindical, incluindo o direito de constituir sindicatos (artigo 12.º), o direito de acesso à formação profissional e contínua (artigo 14.º, n.º 1), a liberdade profissional e o direito de trabalhar (artigo 15.º) e a liberdade de empresa (artigo 16.º) – e à igualdade – a igualdade entre homens e mulheres, designadamente, nos domínios do emprego, do trabalho e da remuneração (artigo 23.º, n.º 1).

O artigo 52.º, n.º 5, causa alguma perplexidade. Se o que se pretendeu foi excluir o efeito directo dos direitos sociais, teria sido mais simples – e mais claro – afirmá-lo expressamente. Se, pelo contrário, se visou excluir o efeito directo de todas as normas que remetiam para as legislações e para as práticas dos Estados-Membros ou que necessitavam de actos das instituições, órgãos e organismos da União para se poderem aplicar, então o preceito é pura e simplesmente inútil, uma vez que aquelas normas, à partida, dificilmente gozariam desse efeito.

Uma coisa é certa: este preceito prejudica a clareza e a transparência da Carta.

O artigo 52.º, n.º 6, vem corroborar que as legislações e práticas nacionais devem ser tidas em conta tal como precisado na Carta. Esta disposição não traz nada de novo, somente confirma o que consta de diversas preceitos ao longo da Carta. A única razão que a explica é a “insistência obsessiva dos Estados-Membros”³⁴ em afirmarem as suas competências.

O artigo 53.º estabelece que as disposições da Carta não devem ser interpretadas no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos pelo Direito Internacional e pelas convenções internacionais de que a União ou todos os Estados-Membros são partes, designadamente a CEDH. Segundo a anotação a este preceito, ele visa preservar o nível de protecção actualmente conferido pelas diversas Ordens Jurídicas no domínio dos direitos fundamentais – a da União Europeia, as dos Estados-Membros e a internacional.

OS LIMITES EXÓGENOS

Nos termos do artigo 52.º, n.º 7, as anotações à Carta, inicialmente, elaboradas pelo *Praesidium* da primeira Convenção e, posteriormente, revistas e actualizadas pelo *Praesidium* da Convenção sobre o Futuro da Europa, destinam-se a orientar quer os órgãos jurisdicionais da União quer os dos Estados-Membros na interpretação da Carta.

Em nosso entender, não se trata de limitar os poderes do juiz na sua tarefa de interpretação da Carta, o que, de resto, seria incompatível com a independência da função jurisdicional e das magistraturas em geral que faz parte integrante das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, mas antes tornar público qual o entendimento dos autores da Carta sobre os vários preceitos. A letra do preceito, aliás,

³⁴ A expressão é de JACQUES ZILLER, *Les nouveaux traités européens: Lisbonne et après*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 64.

aponta nesse sentido ao afirmar que o juiz deve ter na “devida conta”. Ou seja, é ao juiz que cabe decidir qual a “devida conta” a conferir às anotações em cada caso concreto. Este preceito deve pois ser entendido no sentido de que, ao contrário do que normalmente sucede no Direito da União Europeia, em que a relevância do elemento histórico da interpretação é muito reduzida, o juiz, quando interpreta a Carta, tem a possibilidade de lhe dar mais relevância, se assim o entender.

O ESTATUTO ESPECIAL DE ALGUNS ESTADOS-MEMBROS EM RELAÇÃO À CARTA

O terceiro tipo de limites ao reconhecimento da equiparação do valor jurídico da Carta ao dos Tratados resulta do estatuto especial de que gozam alguns Estados relativamente à Carta, como é o caso da Polónia e do Reino Unido, estatuto esse que lhes é conferido pelo protocolo n.º 30³⁵, o qual é extensivo à República Checa, com base num acordo político entre este Estado e os restantes Estados-Membros, concluído à margem dos Tratados e do Direito da União Europeia em geral, mas que constitui *conditio sine qua non* de ratificação do TL por parte do Presidente checo.

O protocolo n.º 30 espelha bem a preocupação do Reino Unido e da Polónia relativamente à aplicação da Carta, especialmente no que se refere ao seu Título IV, mas acaba por se repercutir em toda a Carta. Senão vejamos:

O artigo 1.º, n.º 1, determina:

“A Carta não alarga a faculdade de o Tribunal de Justiça da União Europeia, ou de qualquer tribunal da Polónia ou do Reino Unido, de considerar que as leis, os regulamentos ou as disposições, práticas ou acções administrativas destes países são incompatíveis com os direitos, as liberdades e os princípios que nela são reafirmados”.

Numa primeira leitura, poderia parecer que este preceito visa subtrair os actos legislativos, regulamentares e administrativos destes dois Estados-Membros ao controlo jurisdicional, quer dos Tribunais da União quer dos seus tribunais nacionais, para

³⁵ Sobre este protocolo, ver FLORENCE BENOIT ROHMER, “Valeurs et droits fondamentaux”, in E. BROSSET *et al.*, *Le Traité de Lisbonne – Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l’Union européenne?*, Bruxelas, 2009, p. 155 e ss; SILVÈRE LEFÈVRE, “Le Royaume-Uni et la Charte des Droits Fondamentaux”, in E. BROSSET *et al.*, *Le Traité de Lisbonne...*, p. 165 e ss; ROBERTO BARATTA, “Le principali novità del Trattato di Lisbona”, *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 39 e ss; MICHAEL DOUGAN, “The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts”, *CMLR*, 2008, p. 665 e ss; AURELIE MORICEAU, “Le Traité de Lisbonne et la Charte des Droits Fondamentaux”, *RMCUE*, 2008, p. 362 e ss; FRANZ C. MAYER, „Schutz vor der Grundrechte-Charta oder durch die Grundrechte-Charta? Anmerkungen zum europäischen Grundrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon“, in INGOLF PERNICE (dir.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung? – Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI*, disponível no sítio www.ecln.net, p. 88.

apreciação da sua compatibilidade com a Carta, com o consequente afastamento da jurisprudência firme e constante do TJ, a qual, desde a década de 80, afirma a competência do TJ para apreciar medidas estaduais de execução de actos de Direito Derivado³⁶ e medidas nacionais adoptadas em derrogação da proibição de restringir as quatro liberdades³⁷.

No entanto, assim não é. Uma maior ponderação permite uma interpretação mais “amiga” da Carta. Desde logo, o preâmbulo do referido protocolo afirma, peremptoriamente, o carácter vinculativo da Carta, quer na remissão que faz para o artigo 6.º TUE e na invocação das obrigações da Polónia e do Reino Unido por força do TUE e do TFUE e do Direito da União em geral, quer no desejo que estes dois Estados expressaram de clarificar alguns aspectos da aplicação da Carta. Ou seja, do preâmbulo resulta o carácter interpretativo do protocolo.

Além disso, o preâmbulo do protocolo corrobora a ideia de que a Carta reafirma os direitos, as liberdades e os princípios reconhecidos pelo Direito da União, conferindo-lhes maior visibilidade, pelo que o Reino Unido e a Polónia (e, por “arrastamento” a República Checa) admitem através desta afirmação que continuam vinculados por força do artigo 6.º, n.º 3, TUE.

Assim, o artigo 1.º do protocolo deve ser interpretado no sentido que se limita a determinar que a Carta não alarga a competência do TJ nem dos tribunais internos quanto à apreciação do Direito interno em relação aos direitos, liberdades e princípios consagrados na Carta, o que, de certo modo, revela a “insistência obsessiva” dos Estados-Membros de afirmação das suas competências, a que já aludimos.

O artigo 2.º do protocolo estabelece:

“As disposições da Carta que façam referência às legislações e práticas nacionais só são aplicáveis à Polónia e ao Reino Unido, na medida em que os direitos ou princípios nela consignados sejam reconhecidos na legislação ou nas práticas desses países”.

Numa primeira análise, também este preceito poderia apontar no sentido restritivo de que a aplicação das disposições da Carta que façam referência às práticas e às legislações nacionais dependem de um acto interno de recepção na Polónia e no Reino Unido. Porém, assim não é. O preceito limita-se a retomar a ideia, constante de

³⁶ Acórdão de 25/11/86, *Klensch*, procs. 201 e 202/85, Col. 1986, p. 3477 e ss e acórdão de 13/7/89, *Wachauf*, proc. 5/88, Col. 1989, p. 2609 e ss.

³⁷ Acórdão de 18/6/91, *ERT*, proc. C-260/89, Col. 1991, p. I-2951 e ss.

algumas disposições da Carta, segundo a qual o exercício dos direitos nelas consagrados necessita de implementação nacional, isto é, certos direitos não são directa e imediatamente aplicáveis.

Ainda que se dirijam primordialmente ao Título IV, os preceitos do protocolo atingem igualmente outras partes da Carta, na medida em que aí se consagram princípios e não direitos e liberdades.

Em suma, este protocolo limita-se a clarificar o conteúdo da Carta, não se configurando como um verdadeiro *opt out*³⁸, idêntico a outros de que goza o Reino Unido, por exemplo, em matéria de união económica e monetária, acervo Schengen e espaço de liberdade, segurança e justiça.

Ora, se assim é, perguntar-se-á qual o interesse de fazer parte de um protocolo que afinal não constitui um *opt out*, mas antes se limita a confirmar o que já existe? Qual a razão que leva o Reino Unido, cujo governo tinha assinado o TECE, sem reservas, a colocar tantos entraves dois anos e meio depois?

A única explicação plausível é política. Para evitar o referendo, o governo britânico necessitava de, internamente, fazer passar a ideia de que o TL era diferente da Constituição Europeia e para isso necessitava de algo novo – o protocolo – que, aparentemente, o isentasse do cumprimento de algumas disposições. A verdade é que junto dos seus homólogos, o Reino Unido difundia a ideia de que o protocolo visava apenas interpretar a Carta e não criar um *opt out*³⁹.

Ainda que sejam estas razões do protocolo, do ponto de vista do constitucionalismo, a solução a que se chegou não é a mais satisfatória e muito menos ideal, uma vez que não afasta liminarmente interpretações contrárias à que acabamos de enunciar⁴⁰. Ou seja, permite defender a opinião de que o âmbito pessoal e material de aplicação da Carta se encontram limitados, sem qualquer justificação legítima, o que, na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, causa dificuldades, uma vez que não se podem admitir ataques ao princípio da universalidade nem limites no acesso à justiça

³⁸ Neste sentido, SERGIO DELLAVALLE, “Constitutionalism beyond the Constitution – The Treaty of Lisbon in the Light of Post-National Public Law”, *Jean Monnet Working Paper 03/09*, p. 21, disponível no sítio www.jeanmonnetprogram.org; INGOLF PERNICE, “The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights”, in STEFAN GRILLER / JACQUES ZILLER, *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Viena, 2008, p. 245 e ss.

³⁹ Ver CATHERINE BARNARD, “The ‘Opt-Out’ for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?”, in STEFAN GRILLER / JACQUES ZILLER, *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Viena, 2008, p. 277.

⁴⁰ Ver SERGIO DELLAVALLE, “Constitutionalism beyond the Constitution...”, p. 20

dos nacionais da Polónia e do Reino Unido (artigo 1.º do protocolo), dado que tal se consubstanciaria numa violação grosseira do princípio da igualdade entre cidadãos da União, sem nenhuma justificação razoável.

Como melhor estudámos noutra sede⁴¹, nem a Polónia nem o Reino Unido pretendiam atingir este resultado.

Apesar de todas estas vicissitudes, a solução consagrada no TL quanto ao estatuto jurídico da Carta não pode deixar de ser vista como um avanço no sentido da constitucionalização da União. Até à entrada em vigor do TL, o estatuto jurídico da Carta não passava de *soft law*, enquanto que actualmente, a Carta não só faz parte integrante do *hard law*, como as suas normas constituem parâmetro de referência e validade das outras normas do Direito da União, dado que a sua força jurídica é idêntica à dos Tratados institutivos da União.

Em conclusão, o TL, quando comparado com a versão anterior dos Tratados, a qual nem sequer referia a Carta, nem continha qualquer outro catálogo de direitos fundamentais, deve ser considerado como um avanço no sentido da constitucionalização da União⁴².

3. A ADESÃO DA UNIÃO À CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

ANTECEDENTES

Para além do estatuto jurídico da Carta, o TL traz uma outra novidade importante no domínio da protecção dos direitos fundamentais, na medida em que confere à União Europeia competência para aderir à CEDH.

Ora, a adesão das Comunidades (e mais tarde da União) à CEDH foi defendida por uma parte da doutrina e por alguns órgãos comunitários, desde os anos 70.

Um dos textos pioneiros, e mais importantes, nesta matéria foi o memorando da Comissão sobre a adesão das Comunidades Europeias à CEDH de 1979⁴³, onde se sublinhavam algumas vantagens da adesão das Comunidades à CEDH, tais como a

⁴¹ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia*, no prelo.

⁴² Neste sentido, EMMANUELLE BRIBOSIA, “Le traité de Lisbonne...”, p. 198; FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, “El tratado de Lisboa en el Diván. Una Reflexión sobre Estatalidad, Constitucionalidad y Unión Europea”, *Rev. Esp. Der. Const.*, 2008, p. 88.

⁴³ Publicado no Bul. CE, supl. n.º 2/79, p. 3 e ss.

vinculação da Comunidade por um instrumento internacional em matéria de direitos fundamentais, com a consequente sujeição a controlo idêntico ao dos seus Estados-Membros, a existência de um catálogo de direitos, que seria o fundamento jurídico das decisões do TJ, o que contribuiria para aumentar a certeza jurídica e a incorporação da CEDH na Ordem Jurídica comunitária.

Apesar das vantagens enunciadas, as Comunidades nunca aderiram à CEDH, uma vez que esta solução também apresenta dificuldades, por alguns consideradas intransponíveis, como sejam as relacionadas com problemas técnicos e institucionais, cujo principal é a concorrência de sistemas jurisdicionais distintos, que obedecem a princípios diferentes.

Tendo em conta as opiniões divergentes, quer ao nível da doutrina, quer ao nível dos governos dos Estados-Membros e dos próprios órgãos comunitários, a Presidência belga resolveu submeter a questão ao TJ, em 26/4/94, ao abrigo da competência consultiva que lhe conferia o antigo artigo 300.º TCE (actual artigo 218.º TFUE).

Através do parecer 2/94, de 28/3/96, o TJ considerou que a Comunidade não detinha competência para aderir à CEDH. Segundo o TJ, o então artigo 235.º TCEE (posterior artigo 308.º TCE e actual artigo 352.º TFUE) não seria uma base jurídica adequada, uma vez que a adesão à CEDH não se enquadra nos objectivos comunitários. Por conseguinte, no Direito da União Europeia estava assente, desde o referido parecer, que a adesão implicaria uma prévia revisão do Tratado. Assim sendo, o consenso necessário dos Estados-Membros nesse sentido só se conseguiu obter na CIG 2004.

Com efeito, a adesão da União à CEDH voltou a inscrever-se na agenda europeia durante a Convenção sobre o Futuro da Europa, que preparou o projecto de Constituição Europeia entregue à CIG 2004, tendo o artigo I-9.º, n.º 2, do TECE determinado que “*a União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas na Constituição*”⁴⁴.

⁴⁴ Sobre a adesão da União à CEDH no TECE, ver, entre muitos outros, GRÁINNE DE BÚRCA, “Fundamental Rights and Citizenship”, in BRUNO DE WITTE (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, E. book publicado em Abril de 2003 pelo Robert Schuman Centre for Advanced Studies and European University Institute, San Domenico di Fiesole, p. 25 e ss; RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado português”, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa, 2001, p. 7 e ss; OLIVIER DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la convention européenne des droits de l’homme comme element du débat sur l’avenir de l’Europe”, in MARIANNE DONY / EMMANUELLE BRIBOSIA, *L’avenir du système juridictionnel de l’Union européenne*, Bruxelas, 2002, p. 205 e ss; HANS CHRISTIAN KRÜGER / JÖRG POLAKIEWICZ, “Vorschläge für ein kohärentes System des

A ATRIBUIÇÃO DE PODERES À UNIÃO PARA ADERIR À CEDH

Na esteira do TECE, o artigo 6.º, n.º 2, TUE determina que a União adere à CEDH e que essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

Note-se que, de acordo com este preceito, a União Europeia adere à CEDH a dois importantes níveis: (i) substancial, aceitando um núcleo duro de direitos e liberdades e (ii) jurisdicional, reconhecendo a jurisdição do TEDH no domínio dos direitos fundamentais.

De um ponto de vista político, a adesão da União à CEDH significará a convergência europeia no domínio dos direitos fundamentais, bem como a partilha séria de valores em toda a Europa. Com efeito, a progressiva transformação da União numa entidade política, dotada de poder político, segundo o modelo do Estado, tornou evidente a necessidade de um controlo internacional dos direitos humanos.

Mas a adesão da União à CEDH levanta problemas tanto do lado da própria CEDH como do lado da União Europeia.

Com efeito, a CEDH apenas previa a adesão de Estados, pelo que os Estados-Membros tiveram de negociar com os restantes Estados partes na CEDH o protocolo n.º 14, em que subscreveram a modificação do artigo 59.º da Convenção, pois só assim será possível, no futuro, a adesão da União à CEDH. Note-se, contudo, que, nessa parte, o protocolo ainda não entrou em vigor, devido à recusa da Rússia em o ratificar.

Do lado da União Europeia, as dificuldades associadas a essa adesão são inúmeras, o que tem levado alguma doutrina, de entre a qual destacamos, entre nós, FAUSTO DE QUADROS, a expressar sérias dúvidas quanto às vantagens desta adesão. Para este Autor, do ponto de vista substantivo, o catálogo de direitos da CEDH limita-se aos direitos civis e políticos, enquanto que o Direito da União abrange as três gerações de direitos (*vide*, a Carta) e, do ponto de vista jurisdicional, a adesão da União à CEDH significaria incluir no âmbito do Direito da União a necessidade de esgotamento dos meios de jurisdição internos (nacionais e da União), o que dificultaria o acesso ao

Menschenrechtsschutztes in Europa”, *EuGRZ*, 2001, p. 92 e ss; FRANÇOISE TULKENS / JOHAN CALLEWAERT, “Le point de vue de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, in YVES CARLIER / OLIVIER DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – son apport à la protection des droits de l’Homme en Europe*, Bruxelas, 2002, p. 219 e ss; VITAL MOREIRA, “A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)”, in AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, p. 89 e ss; FLORENCE BENOÎT-ROHMER, “L’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme”, *RUDH*, 2000, p. 57 e ss.

TEDH⁴⁵. No fundo, a adesão da União à CEDH acabaria por reverter num nivelamento por baixo da protecção.

Pensamos que estas objecções têm todo o sentido, só podendo vir a ser ultrapassadas pelo acordo de adesão da União à CEDH que vier a ser concluído.

Aliás, no Protocolo anexo ao TUE e ao TFUE relativo ao artigo 6.º, n.º 2, TUE (protocolo n.º 8), é mais do que evidente a apreensão da União quanto ao futuro relacionamento das três Ordens Jurídicas relevantes em matéria de direitos fundamentais – as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, a Ordem Jurídica da CEDH e a Ordem Jurídica da União Europeia.

Com efeito, não obstante os pontos de convergência entre a Ordem Jurídica da União e a da CEDH, também se encontram aspectos em que as divergências entre elas são visíveis, pelo que a União se rodeou de cautelas para não ser “sugada”, por uma Ordem Jurídica “especializada” em direitos humanos.

Assim sendo, na óptica da União, o acordo de adesão deve, em primeiro lugar, preservar as características próprias da União e do seu Direito, com especial relevo para a consagração de regras específicas relativamente à participação da União nas instâncias de controlo da CEDH e a criação de mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos sejam correctamente dirigidos contra os Estados-Membros ou contra a União (artigo 1.º do Protocolo). Em segundo lugar, o acordo deve assegurar que as atribuições e competências da União não sejam afectadas pela adesão à CEDH (artigo 6.º, n.º 2, TUE e artigo 2.º do Protocolo). Em terceiro lugar, a situação dos Estados-Membros não deve ser afectada, designadamente, no que diz respeito aos seus protocolos, às medidas tomadas pelos Estados-Membros em derrogação da CEDH e às reservas (artigo 2.º). Por último, a adesão à CEDH não deve afectar o artigo 344.º TFUE, o qual impõe aos Estados-Membros a obrigação de submeterem todos os diferendos relativos à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução nele previstos (artigo 3.º).

Enquanto a União não aderir à CEDH, nos termos do artigo 6.º, n.º 3, TUE, os direitos fundamentais nela reconhecidos serão aplicados no âmbito da Ordem Jurídica da União pela via dos princípios gerais, tal como sucedia até à entrada em vigor do TL, e ainda na medida em que seja acolhidos pela CDFUE.

⁴⁵ Neste sentido, FAUSTO DE QUADROS, *Droit de l'Union européenne – Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelles, 2008, p. 137 e ss.

Concluindo, o facto de o Tratado conferir poderes à União para aderir à CEDH não significa que essa adesão se venha a concretizar efectivamente.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, a conclusão a extrair do presente estudo é a seguinte:

1. O TL transpôs para o domínio da protecção dos direitos fundamentais a ambivalente tendência das últimas revisões dos Tratados de projectar a União Europeia em dois sentidos aparentemente contraditórios e até incompatíveis entre si – o constitucionalismo e o intergovernamentalismo.
2. Por um lado, o TL introduz modificações que apontam no sentido constitucional, como sejam a equiparação do valor jurídico da CDFUE ao dos Tratados institutivos bem como a admissibilidade de adesão da União à CEDH. Por outro lado, proliferam os desvios, as excepções e os regimes especiais com o intuito de acomodar as pretensões dos diversos Estados-Membros e assim atingir o consenso necessário. É o caso das constantes remissões para as legislações e para as práticas nacionais, da imposição de certas regras de interpretação dos direitos reconhecidos na Carta, do valor conferido às anotações do *Praesidium* e *last but not least* do protocolo relativo à aplicação da Carta ao Reino Unido e à Polónia bem como à República Checa devido ao acordo política *supra* referido e, de certo modo, também do protocolo relativo à adesão da União à CEDH.
3. A fragilidade desta construção é por demais evidente, sendo até configuráveis casos extremos de inviabilização do constitucionalismo da União e de retorno ao intergovernamentalismo.
4. Ora, em matéria de direitos fundamentais esta ambivalência afigura-se particularmente negativa, dado que põe em causa a segurança e a certeza jurídicas e, por conseguinte, não assegura a protecção das pessoas em relação às normas e aos actos da União e dos seus Estados-Membros.

Lisboa, 20 de Junho de 2010