

Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total

Graça Moniz

Investigadora Associada do Observatório Político

E-mail: gracacantomoniz@live.com.pt

Resumo

A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem tem dado que falar e já muita tinta fez correr. O ponto de partida para compreender a questão é o *sistema multinível* de proteção dos direitos fundamentais no continente Europeu. A ideia de um catálogo europeu de direitos fundamentais, carregando uma espécie de património comum europeu, tutelado por um tribunal independente, floresceu com vigor no terreno fértil de uma Europa profundamente devastada pelas duas Grandes Guerras. É essa a origem da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal de Estrasburgo. Porém, os conflitos e sobreposições entre as jurisdições que se assumem como guardiãs dos direitos fundamentais são inevitáveis quando imaginamos o triângulo composto pelos tribunais nacionais, pelo Tribunal de Estrasburgo e pelo Tribunal de Luxemburgo. É verdade que uma pluralidade de sistemas de proteção pode não se traduzir numa maior proteção; contudo, o novo *Direito Constitucional Comum Europeu* anunciado por HABERLE, terá de se construir sobre uma estrutura multi-dimensional, confrontando os três sistemas de direitos fundamentais no espaço europeu numa mestiçagem de orientações jurisprudenciais orientada por uma lógica de especialização e complementaridade. Ainda assim, *vários meios de proteção não significam, de modo necessário, os meios idóneos e suficientes*. Por outro lado, é este *pluralismo europeu* que está na origem do desencontro destes níveis (representativos de sistemas legais distintos, que partilham, não obstante, da mesma *raison d'être*), manifestado em diferentes versões jurisdicionais que só podem ser harmonizadas mediante um *diálogo judicial* entre os dois

tribunais convocados para a proteção dos direitos fundamentais. É em resposta a este apelo ao *diálogo judicial* e a uma *aculturação recíproca* que surge o projeto de acordo de adesão.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; adesão da UE; CEDH, TJUE; TEDH

Abstract

The European Union's accession to the European Convention of Human Rights has given many reasons for several discussions. The starting point for understanding the issue is the multi-level system of protection of fundamental rights in the European continent. The idea of a European catalog of fundamental rights, carrying a sort of common European heritage, overseen by an independent tribunal, flourished vigorously in the fertile soil of a Europe deeply devastated by two World Wars. This is the origin of the European Convention of Human Rights and the Strasbourg Court. However, conflicts and overlaps between the jurisdictions themselves as guardians of fundamental rights are inevitable when we imagine the triangle formed by the national courts, the Court of Strasbourg and the Luxembourg Court. It is true that a plurality of protection systems may not mean greater protection; however, the new Common European Constitutional Law announced by HABERLE, will have to be built on a multi-dimensional structure, confronting the three systems of fundamental rights in the European space into a mixing of jurisprudential guidance guided by a logic of specialization and complementarity. However, various means of protection do not mean, necessarily, suitable and sufficient means. Moreover, this European plurality is in the origin of the divergence of these levels (representing different legal systems, which share, however, the same *raison d'être*) expressed in different versions that can only be aligned by means of a dialogue litigation between the two courts called for the protection of fundamental rights. It is in response to this call for dialogue and judicial mutual acculturation that the accession agreement appears.

Keywords: Fundamental Rights; EU accession; ECHR; ECJ; ECHR

Introdução

É objetivo deste estudo fazer uma análise jurídica dos contornos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com base no projeto de acordo publicado pelo Comité Principal para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, no dia 14

de Outubro de 2011.

O nosso ponto de partida é o *sistema multi-nível* de proteção dos direitos fundamentais no continente Europeu. A ideia de um catálogo europeu de direitos fundamentais, carregando o *património comum europeu* e tutelado por um tribunal independente, floresceu com vigor no terreno fértil de uma Europa profundamente devastada pelas duas Grandes Guerras. É, pois, essa a origem da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Todavia, iluminam-se conflitos entre as jurisdições que se assumem como guardiãs dos direitos fundamentais – é o eterno triângulo composto pelos tribunais nacionais, pelo Tribunal de Estrasburgo e pelo Tribunal de Luxemburgo. É verdade que uma pluralidade de sistemas de proteção pode não se traduzir numa maior proteção; contudo, o novo *Direito Constitucional Comum Europeu* anunciado por HABERLE, terá de se sustentar numa arquitetura multi-dimensional, confrontando os três sistemas de direitos fundamentais no espaço europeu numa *mestiçagem* fértil de orientações jurisprudenciais orientada por uma lógica de *especialização e complementaridade*. Porém, *vários meios não significam, de modo necessário, os meios idóneos e suficientes*. Por outro lado, este *pluralismo europeu* está na origem do desencontro destes níveis (representativos de sistemas legais distintos, que partilham, não obstante, da mesma *raison d'être*), manifestado em diferentes versões jurisdicionais que só podem, em nosso entender, ser harmonizadas mediante um *diálogo judicial* entre os dois tribunais convocados para a proteção dos direitos fundamentais.

É em resposta a este apelo ao *diálogo judicial* e a uma *aculturação recíproca* que surge o projeto de acordo de adesão, que, de seguida, nos propomos dissecar, procurando sublinhar os aspetos mais controversos debatidos antes e durante a elaboração do projeto bem como examinar, numa perspetiva crítica, o modo como esses pontos foram vertidos para o projeto.

1. Um longo tempo de espera. Uma evolução gradual rumo à obrigação legal de respeito pelos Direitos Humanos

O artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE), alterado pelo Tratado de Lisboa, dispõe que a União Europeia “ (...) adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (...)”, de 4 de Novembro de 1950 (vulgarmente conhecida como Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH).¹ Porém, este

¹ Uma precisão prévia impõe-se desde já. Fruto do Congresso de Haia de 1948 é criado, por Convenção assinada a 5 de Maio de 1949, por dez Estados, o **Conselho da Europa**. Este, com sede em Estrasburgo, tem como missão a cooperação inter-parlamentar e a *proteção dos direitos humanos no espaço territorial* dos subscritores, alicerçada

dispositivo é fruto de uma longa e complexa história.² Em extrema síntese, os Tratados originais das três Comunidades Europeias padeciam de um *vacuum de constitucionalidade*³ fruto da natureza meramente económica do projeto-base Europeu pelo que, a concentração quase que exclusiva da Comunidade Económica Europeia (CEE) na integração económica era motivo suficiente para, à data da elaboração do Tratado de Roma, omitir uma eventual adesão à CEDH ou, até, à adoção de uma *bill of rights* para a Comunidade.⁴

Não obstante, como é sabido, a inexistência de uma proteção alargada e específica dos direitos fundamentais - até à adoção da CDFUE - não significou uma ausência completa de proteção na ordem legal comunitária. Por *duas razões*, essencialmente: por um lado, desde 1969 que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconhece aos direitos fundamentais a natureza de *princípios gerais do direito comunitário* e, por outro lado, o TJUE tem vindo a afirmar a obrigação dos Estados-membros de conformar a sua atuação de acordo com os direitos humanos, dando um relevo especial à CEDH.⁵ Assim, progressivamente, o TJUE foi invocando diretamente disposições da CEDH enquanto tais, o que levou autores a afirmar que a CEDH passou de fonte material a fonte formal do direito comunitário, numa lógica de *absorção ou apropriação explícita*.⁶ Todavia, no rigor dos princípios, na ausência de uma adesão formal da União à CEDH, o TJUE não tem competência jurisdicional para aplicar a

na CEDH a que aludimos em texto. Comparando com a **União Europeia**, são *duas ordens jurídicas distintas* e assumem *formas de integração diferenciadas*. Porém, não esqueçamos que estes dois projetos estão investidos de um mandato comum: a *integração* europeia. Em boa verdade, os regimes legais que tutelam partilham da mesma *raison d'être* que implica uma reconciliação normativa, i.é., a substituição da *velha* ordem mundial por uma outra que garanta a paz, a estabilidade e um *nível elevado de proteção* dos direitos fundamentais. Sobre a questão v., *inter alia*, DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais. No espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006; CATÁBIA, M., “The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: The European Pluralism and the Nedd for a Judicial Dialogue”, in Carlo CASONATO (ed.) *The protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli studi, Trento, 41, 2004, pág. 81 e ss.; MIRANDA, Jorge, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, “Sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia”, Lisboa, Princípiá, 2006, pág. 483 e ss..

²Para uma perspetiva histórica desta evolução vide JACQUÉ, J.-P., “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, n.º 48, 2011, pág. 995 e ss.; GOLSONG, H., *Grundrechtsschutz im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften*, Europäische Grundrechtezeitschrift, 1978, pág. 346.

³ Nas palavras de Jónatas MACHADO, originariamente o direito comunitário “ (...) pretendia ser mais um «*Bill of Powers*» do que um «*Bill of Rights*»” marcado pelo conhecido *agnosticismo valorativo* imune à relevância conformadora dos Direitos Fundamentais. V. *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 256.

⁴ O que, porém, veio a suceder com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), que lançou a pessoa para o “*epicentro da integração*” na inspirada expressão de VENTURA, C., “Contexto e justificação da carta”, *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

⁵ Alguns casos exemplificam bem esta postura, como o caso *Familiapress*, C-368/95, o caso *Carpentier*, C-60/00; o caso *Akrich*, C-109/01, entre outros.

⁶ Cfr. KRUGER, H. C. e POLAKIEWICZ, J., “Proposal for a Coherent Human Rights Protection System in Europe. The European Convention on Human rights and the EU Charter of Fundamental Rights”, *Human Rights Law Journal*, vol. 22, n.º 1-4, Outubro de 2001, pág. 1-14; GUILD, P. e LEISIEUR, *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights. Who said what when?*, Kluwer, 1998.

CEDH na interpretação e integração do direito da União pois a CEDH não faz parte do corpo desse mesmo direito.

Atualmente, a adesão da União à CEDH é perspectivada como uma forma de preencher algumas lacunas no sistema da UE de proteção dos direitos fundamentais ao providenciar um *standard* mínimo e um *controlo externo*.⁷ Um sistema horizontal que aponte para uma ideia de arranjo em termos de balanceamento, de freios e contrapesos (*checks and balances*) entre as duas ordens legais acalenta uma espécie de *proteção subsidiária* para os direitos fundamentais. É, julgamos nós, em reverência a uma dimensão do *princípio da separação e interdependência de poderes* que se fundamenta a existência de um controlo externo da conformidade aos direitos fundamentais das atuações desenvolvidas no âmbito da UE. Tal supervisão existe em relação aos Estados promovendo um diálogo enriquecedor e saudável entre as várias comunidades de intérpretes através de instrumentos de *interação e correção recíproca*.⁸

O impulso foi dado pela Comissão Europeia⁹, nos finais da década de 70 que, desde essa época, tem procurado autorização do Conselho¹⁰ para desencadear as negociações com o Conselho da Europa.¹¹ Em 1996, a pedido do Conselho, o TJUE, na sua tarefa de *policiamento* da autonomia da ordem legal da União, concluiu que, com base na versão dos Tratados da União naquela época¹², não existia fundamento legal¹³ para a adesão à CEDH, acrescentando que o resultado seria uma alteração substancial no seu sistema de proteção dos direitos fundamentais e, portanto, a UE carecia de competência para se tornar parte da CEDH. Por

⁷ A União alcançou uma posição de peso na cena internacional e um dos baluartes da sua política externa é o respeito pelos direitos humanos. Aliás, uma das condições para a adesão de um Estado membro à União é o respeito pelos direitos humanos conforme os designados “critérios de Copenhaga” hoje plasmados nos artigos 49.º do TUE. Ora, o facto de a UE não ser parte em nenhum instrumento de proteção dos direitos do homem abala a sua credibilidade internacional transformando o seu discurso, de certo modo, numa espécie de *retórica ilusória*. Noutras palavras, esta adesão reforça a *legitimidade - latu sensu* - da União. Vide GROUSSOT, X., LOCK, T. e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011”, Policy paper, Foundation Robert Schuman, *European Issues*, n.º 218, 7 de Novembro de 2011, pág. 1; ECKOUT, P. *External Relations of the European Union*, Oxford, 2004, pág. 465.

⁸ Cfr. LEÃO, A., “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Protegendo os direitos a um nível multidimensional”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra editora, Ano III, 2006, pág. 68.

⁹ V. o Memorando da Comissão Europeia de 4 de Abril de 1979, suplemento n.º 2/79, Boletim da CE.

¹⁰ Vide artigo 216.º e 218.º do TFUE.

¹¹ O Conselho da Europa não deve ser confundido com o Conselho da UE. Fruto do Congresso de Haia de 1948 é criado, por Convenção assinada a 5 de Maio de 1949, por dez Estados, o **Conselho da Europa**. Este, com sede em Estrasburgo, tem como missão a cooperação inter-parlamentar e a *protecção dos direitos humanos no espaço territorial* dos subscritores. Nos termos do artigo 13.º, do Estatuto do Conselho da Europa, o Comité de Ministros é o órgão “competente para agir em nome do Conselho”. Comparando com a **União Europeia**, na qual se integra o Conselho da UE, são *duas ordens jurídicas distintas e formas de integração diferenciadas*.

¹² V. parecer n.º 2/94, de 28 de Março de 1996, ECR I-1759.

¹³ Nem mesmo o artigo 352.º, do TFUE, servia para justificar a competência da União na adesão à CEDH. Esse preceito dispõe o seguinte, “ Se uma ação da União for considerada necessária, no quadro das políticas definidas pelos Tratados, para atingir um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados, sem que estes tenham previsto os poderes de ações necessárias para o efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, adotará as disposições adequadas.”.

outras palavras, o TJUE sugeriu, indiretamente, uma alteração aos Tratados antes da formalização da adesão.¹⁴ A posição do TJUE obrigava as instituições da União a repensar a forma de afirmar o compromisso da UE em relação aos direitos fundamentais e a clarificar a complexa relação entre aquela, a CEDH e os ordenamentos legais nacionais bem como, a não menos complicada relação entre os Tribunais de Estrasburgo e de Luxemburgo.¹⁵⁻¹⁶

No seguimento das alterações aos Tratados¹⁷ sugeridas naquele Parecer do TJUE, e da revisão levada a cabo pelo Conselho da Europa à CEDH¹⁸, iniciaram-se as negociações entre a Comissão Europeia e o Conselho da Europa, alguns meses depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, no dia 1 de Dezembro de 2009.¹⁹ Entre os meses de Julho de 2010 e de Junho de 2011 realizaram-se oito reuniões de trabalho, até que, no dia 14 de Outubro de 2011, uma versão final do projeto de acordo foi publicada, composta por 12 artigos acompanhados de um relatório explicativo.²⁰

O passo seguinte é a aprovação do Comité de Ministros, nos termos do artigo 15.º, alínea a), do Estatuto do Conselho da Europa e, do lado da UE, o Conselho decidirá sobre a celebração

¹⁴ Comentando esta posição do TJUE, WEILER, J.H.H. e FRIES, S., defendem que foram “*implicações institucionais*” que levaram o Tribunal a concluir deste modo. Sobretudo o receio das consequências do escrutínio externo levado a cabo pelo TEDH. Vide “A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences”, *The EU and Human Rights*, Philip Alston (eds.), 1999.

¹⁵ O TJUE está sediado no Luxemburgo e o TEDH em Estrasburgo. Sobre a relação entre o TEDH e o TJUE, v. CANOR, I., “Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?”, *European Law Review*, 2000, pág. 3-21; PUISOCHET, J.-P., “La Cour européenne des Droits de l’Homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des Droits de l’homme”, in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold & L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective – Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Cologne: Carl Heymanns Verlag, 2000, pág. 1139-1152; SPIELMANN, D., “Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg courts: conflicts, inconsistencies, and complementarities”, in P. Alston (ed.), *The EU and Human rights*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pág. 757-780.

¹⁶ Uma questão que tem sido bastante discutida tem que ver com a relação entre a CDFUE e a CEDH. Porém, o problema fica resolvido com uma cuidada leitura dos artigos 52.º e 53.º da CDFUE indiciadora de uma **interpretação sistemática**. De resto, sublinhe-se que este relacionamento assenta na *lógica da complementaridade* entre a Carta e a CEDH: enquanto a CEDH fornece um sistema de proteção complementar, porque **exterior** aos sistemas estaduais e ao sistema da União, a Carta fornece uma proteção **interna**, porque se desenvolve no interior de um sistema específico. As relações entre estes dois corpos jurídicos são pautadas por uma *aculturação recíproca*, na feliz expressão de LEÃO, A., “A Carta dos Direitos Fundamentais da ...”, cit., p. 70.

¹⁷ Bem se compreende o ressurgimento de toda esta problemática no momento de “constitucionalizar” o ordenamento jurídico da União. De facto, tanto o debate em torno da adesão à CEDH como a adoção de um catálogo de direitos fundamentais dotado de primazia normativa, força jurídica vinculativa e aplicabilidade direta (a CDFUE) representam um impulso renovado para aquele intento.

¹⁸ O artigo 59.º, n.º 2, da CEDH, alterado pelo Protocolo n.º 14, cuja entrada em vigor foi no dia 1 de Junho de 2010, permite que uma entidade não-estadual adira à CEDH.

¹⁹ Mandatada pelos ministros da Justiça da UE, reunidos no Conselho de 4 de Junho de 2010, a Comissão atua em representação de toda a União. De harmonia com o artigo 218.º, n.º 6 do TFUE, ao Conselho cabe não apenas autorizar as negociações, como também definir as diretrizes a que ela se deve subordinar. Porém, as diretrizes do Conselho para este processo de negociação permanecem secretas. Em Maio daquele mesmo ano, o Comité de Ministros do Conselho da Europa mandou o Steering Committee for Human Rights (CDDH) para que, em conjunto com a Comissão Europeia elaborasse os instrumentos legais necessários para a tão controversa adesão.

²⁰ Disponível on-line em:

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents_en.asp, consultado no dia 10 de Maio de 2012.

do acordo, após a aprovação do Parlamento Europeu, nos termos do artigo 218.º, n.º 6, al. a), do TFUE.

1.1. Análise dos aspetos mais polémicos da adesão

Apesar do dispositivo contido no artigo 6.º, n.º 2, do TFUE, alguns Estados-membros entenderam salvaguardar *ab initio* a *autonomia* da União Europeia²¹ de modo a que as competências desta, tal como vêm definidas nos Tratados, não sofressem derrogações nem alterações em virtude do acordo de adesão. É neste contexto que deve ser inserido o Protocolo n.º 8²² que visa acautelar, em termos algo claudicantes, “as características próprias da União e do direito da União”. Por conseguinte, o verdadeiro escopo deste protocolo é circunscrever os contornos do acordo de adesão. Em boa verdade, não só implicitamente preceitua e impõe a preservação da *autonomia* do ordenamento legal da União, como também expressamente salvaguarda alguns *aspetos institucionais* que devem constar do arrazoado do acordo tais como, “as regras específicas da eventual participação da União nas instâncias de controlo da Convenção Europeia”, bem como *aspetos processuais* ao garantir que o acordo de adesão deve incluir cláusulas relativas “aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados membros e/ou a União, conforme o caso”.²³

Propomos, de seguida, o exame de alguns dos aspetos *institucionais*, *processuais* e *substantivos* que se revelaram mais controversos antes e durante as várias negociações em torno deste acordo antecipando *hic et nunc* as duas principais dificuldades de todo este processo, uma que decorre da natureza não Estadual da União Europeia e, a outra, do facto de a União não se tornar parte do Conselho da Europa.²⁴

²¹ Facilmente se compreende que, do ponto de vista do direito da União, o maior receio resultante de uma integração da União num sistema externo de fiscalização é, exatamente, a perda de autonomia do primeiro, egoisticamente policiada pelo TJUE. Quando nos referimos à “autonomia da UE” partimos de uma distinção da mesma em duas dimensões: uma *dimensão interna* (relativa à relação entre a ordem legal da União e as ordens internas de cada Estado membro) e uma *dimensão externa* (i.é. a relação entre a ordem legal da União e o direito internacional). É a segunda que mais nos interessa. Para uma perspetiva histórica da jurisprudência do TJUE nesta temática, LOCK, T., “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order”, *Common Market Law Review*, n.º 48, Julho/Agosto 2011, pág. 7 e ss.

²² O “Protocolo relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia Respeitante à Adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”

²³ Antes de mais, sublinhe-se desde já que é pouco usual, na prática jusinternacional, que uma organização supra nacional (como a União) adira a um sofisticado sistema de proteção os direitos dos homens como o da CEDH. Vide LOCK, T., “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU ...”, cit., pág. 1.

²⁴ Vide LIMANTE, A., “Draft EU to ECHR Accession Agreement: fitting Cinderella’s shoes for Gulliver”, disponível on-line em <http://kslr.org.uk/blogs/europeanlaw/2012/01/29/50/>, consultado no dia 15 de maio de 2012.

1.1.1. *Aspetos institucionais*

No que respeita aos aspetos institucionais, destacamos dois: (a) um relacionado com a regra segundo a qual o TEDH é composto por um juiz por cada Alta Parte Contratante (*ex vi* artigo 20.º da CEDH) e, o outro (b), relacionado com a possibilidade de a UE participar no Comité de Ministros do Conselho da Europa.²⁵ Em ambos os casos, o *punctum crucis* é saber se a UE deverá ou não aderir à CEDH em “pé de igualdade” com as outras Altas Partes Contratantes.

1.1.2. A regra do “um juiz por cada Parte”

Em primeiro lugar, para a determinação da extensão do mandato do juiz representativo da UE enquanto parte da CEDH destrinçavam-se duas vias: ou o mandato do Juiz da União é idêntico ao dos restantes juízes das outras partes ou, ao arrepio desta solução, ser-lhe-ia atribuído um mandato especial, porque mais limitado, o que significaria, por exemplo, que só teria assento no TEDH nos casos que levantassem questões relacionadas com o direito da União e, nos demais casos, exerceria uma função meramente consultiva. Segundo pensamos, esta segunda possibilidade é de rejeitar por razões de *princípio* e por ser *impraticável*. Tal, de uma banda, seria uma discriminação relativamente às demais Altas Partes Contratantes da CEDH e, de outra banda, pressupõe uma análise casuística das queixas no TEDH, de modo a determinar se colocam ou não questões de direito da União Europeia. De todo o modo, traduz-se num tratamento preferencial da União, contrário à ideia segundo a qual esta deve aderir à CEDH nos mesmos termos que todos as outras Altas Partes Contratantes.²⁶

Ora, o projeto de acordo objeto do nosso estudo optou por não adotar regras especiais antes permanecendo fiel, *grosso modo*, à regra contida no artigo 20.º da CEDH. Por outras palavras, o futuro juiz da UE não beneficiará de um tratamento distinto daquele conferido aos demais.

Em segundo lugar, o processo de seleção do juiz da União suscitou algumas dissidências pois, também neste ponto, se vislumbravam duas escolhas: a um tempo, a adoção do processo tradicional de designação consagrado na CEDH²⁷ e, a outro, a transferência desta competência

²⁵ Conforme dispõe artigo 14.º do Estatuto do Conselho da Europa, “cada Membro tem um representante no Comité de Ministros e cada representante dispõe de um voto. Os representantes no Comité são os Ministros dos Negócios Estrangeiros”.

²⁶ *Vide* GROUSSOT, X., LOCK T. e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment ...”, cit., pág. 3.

²⁷ Preceitua o artigo 22.º, no n.º 1, que “os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar relativamente a cada Alta Parte Contratante, por maioria dos votos expressos, recaindo numa lista de três candidatos apresentados pela Alta Parte Contratante”.

para a própria União, solução que impossibilitava a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (APCE) de assumir qualquer intervenção ativa nesse processo.

Em consonância com a solução *supra* explicada, à eleição e seleção do juiz da União aplicar-se-á o processo tradicional já consagrado na CEDH, é dizer, a eleição cabe à APCE, um órgão constituído por 318 representantes de cada membro, nomeados pelos parlamentos nacionais das 47 partes contratantes do Conselho da Europa. Porém, uma vez que a União se limita a aderir à CEDH, sem se tornar parte do Conselho da Europa, não será automaticamente representada na APCE – que é, de resto, um órgão do Conselho da Europa -. Assim, o projeto de acordo de adesão cuidadosamente salvaguarda este aspeto assegurando a representação do Parlamento Europeu mediante uma delegação de representantes, com direito de voto, cujo número será o mesmo número dos representantes enviados para a APCE pelos Estados maiores (atualmente, 18).²⁸ Quanto ao processo de seleção dos juízes – prévio à eleição – não se registaram quaisquer modificações.

Em suma, este primeiro aspeto, tal como vem regulado no artigo 6.º do acordo que será aprovado pelo Comité de Ministros, não suscita grandes dificuldades.²⁹

1.1.3. A representação da União no Comité de Ministros do Conselho da Europa

A competência do Comité de Ministros do Conselho da Europa é bastante vasta.³⁰ Entre as funções mais significativas que desenvolve encontra-se a *supervisão da execução das decisões do TEDH*. Sucede que, uma eventual representação da União neste órgão acarretaria o perigo de monopolização das decisões tomadas no seio do mesmo através de uma coordenação dos votos da União com os dos seus Estados-membros. O artigo 7.º do acordo estudado oferece uma solução ajustada segundo a qual a União participará no Comité de Ministros, com direito a voto, sempre que o mesmo delibere matérias relativas ao TEDH. Todavia, os autores deste acordo, conscientes de que, na sequência da adesão, a União e os seus Estados membros dominavam vinte e oito dos quarenta e oito votos nestas matérias – o que lhes permitiria bloquear qualquer decisão – e, também, tendo presente o *dever de lealdade* entre a União e os seus Estados membros³¹, concederam ao Comité de Ministros a faculdade de adaptar as suas

²⁸ Artigo 26.º do Estatuto do Conselho da Europa.

²⁹ Veja-se, porém, que esta solução pode ter um resultado, digamos, *peculiar* dado que, uma vez que todos os Estados membros são Partes da CEDH e o juiz representativo da UE certamente será nacional de um Estado membro, é provável que dois juízes do TEDH sejam nacionais do mesmo Estado. Cfr. LIMANTE, A., “Draft EU to ECHR Accession Agreement ...”, cit., pág. 2

³⁰ Artigo 15.º do Estatuto do Conselho da Europa.

³¹ Artigo 4.º, n.º3, do TUE

regras de funcionamento de modo a assegurar um “exercício efetivo das suas funções” nas situações em que a União e os seus Estados membros expressem posições e votos coordenados (artigo 7.º, n.º 2, al. a)). Ademais, também no artigo 7.º, n.º 2, al. b), do projeto de acordo de adesão, se pretende acomodar os casos em que o Comité de Ministros fiscaliza o cumprimento de obrigações por parte de um Estado membro da União, ficando a mesma precludida de exercer o seu direito de voto.³²

1.2. Aspetos substantivos

1.2.1 A possibilidade de revisão do direito primário da União pelo TEDH

Atualmente³³ um cidadão da União não tem legitimidade para apresentar uma queixa perante o TEDH, com fundamento na violação dos direitos humanos, por um ato adotado por uma instituição da União (é dizer, pelo *direito secundário* da União).³⁴⁻³⁵ Não obstante, o TJUE desde cedo clarificou que o respeito pelos direitos humanos é uma condição de legalidade dos atos da União.³⁶ Pelo contrário, o TJUE não tem poder jurisdicional para examinar a compatibilidade do *direito primário da União*³⁷ com os *standards* impostos pela CEDH. Em boa verdade, a adesão da UE à CEDH habilitaria o TEDH a rever a compatibilidade entre uma qualquer provisão dos Tratados da União e os direitos previstos na CEDH pois, como resulta da

³² Sobre este aspeto ver KUIJER, M., “The Accession of the European Union to the ECHR ...”, cit., pág. 27.

³³ Seguimos de perto GROUSSOT, X., LOCK, T. e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment ...”, cit., pág. 4.

³⁴ O **direito primário – ou originário** – distingue-se do direito secundário. O primeiro ao assumir uma posição de supremacia na hierarquia das normas do direito da UE integra o chamado direito constitucional da UE. Nas palavras de MACHADO, J., o direito primário, uma expressão fundamental do *rule of law*, cumpre uma “função paramétrica” em relação a todo o direito secundário e terciário que emana dele mesmo. Ele é constituído pelos tratados instituidores das comunidades, pelos protocolos adicionais, pelos atos de complementação, pelos atos de adesão e pelos princípios gerais de direito comunitário. O **direito secundário** da União é integrado pelas normas criadas pelos órgãos instituídos pelo direito comunitário primário, de acordo com os respetivos parâmetros materiais e formais. Por isso mesmo, a sua validade depende da conformidade com esses mesmos parâmetros. *Vide Direito da União ...*, cit., pág. 181 e 187.

³⁵ O caso *Connolly versus 15 Estados membros da União Europeia* (n.º 73274/01, 9 de Dezembro de 2008) exemplifica bem esta situação. Connolly, funcionário da Comissão Europeia, depois de despedido, instaurou um processo laboral perante o Tribunal de Primeira Instância seguido de recurso para o TJUE. O seu pedido de expor, por escrito, algumas observações ao Advogado-Geral do TJUE foi indeferido e, perante esta rejeição, apresentou queixa junto do TEDH com base na violação do direito ao fair trial em harmonia com o artigo 6.º da CEDH. O TEDH fundamentou o indeferimento com base na falta de intervenção dos Estados membros pois, a violação, *in casu*, não ocorreu dentro da sua jurisdição e, por conseguinte, não podiam ser responsabilizados. Ora, este acordo de adesão permitirá que neste tipo de situações a UE seja *diretamente* responsabilizada.

³⁶ Sendo certo que é o TJUE o tribunal com competência jurisdicional sobre esses mesmos atos nomeadamente, pelo funcionamento da ação de anulação previsto nos artigos 263.º e 264.º do TFUE que permite a possibilidade de impugnar, por via de ação, os atos praticados pelas instituições, órgãos e organismos da UE.

³⁷ Ou, dito de outro modo, as disposições contidas nos Tratados instituidores e de revisão.

sua jurisprudência³⁸, o TEDH não se inibiu de analisar a conformidade dos direitos constitucionais internos com a CEDH. Ora, do exposto resulta a possibilidade de uma decisão do TEDH obrigar os Estados membros a alterar os Tratados da União. Todavia, diga-se desde já que esta situação não se situa no plano do “possível” mas antes no plano do já “ocorrido” pois que, no caso *Matthews versus UK*, de 18 de Fevereiro de 1999, o TEDH debruçou-se sobre medidas nacionais que aplicam ou implementam disposições de *direito primário da União*. E, sublinhe-se, uma posição contrária entraria em linha de conflito com o objetivo da União de enviar uma mensagem musculada acerca do seu compromisso com a proteção dos direitos fundamentais dentro e fora das fronteiras da União.

Por conseguinte, e contrariamente aos intentos de alguns Estados membros, o acordo de adesão não exclui, em parte alguma, o controlo e revisão do direito primário da União. Antes pelo contrário, o mecanismo do “co-demandado”³⁹ pressupõe esse mesmo controlo uma vez que um Estado membro da União apenas pode ser co-demandado nas situações em que a queixa perante o TEDH envolve a conformidade da CEDH com uma disposição de um Tratado, i.é., com o direito primário da União.

1.2.2. O futuro do “teste do Bósforo” (*Bosphorus test*)

O “teste da proteção equivalente” (*equivalente protection test*),⁴⁰ desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, levanta alguns problemas que mereceram a atenção do acordo de adesão. Resumidamente, o TEDH esclareceu, no caso Bósforo, que a amplitude da sua jurisdição abrange a análise de queixas direcionadas a impugnar medidas nacionais que, direta ou indiretamente, implementem ou derivem de *obrigações* resultantes do *direito da União*. Esta orientação possibilita ao TEDH, ainda que indiretamente, controlar e rever a conformidade dos atos da União com os padrões imanados pela CEDH. Todavia, o TEDH parte de uma premissa que circunscreve aquele seu poder, segundo a qual o ordenamento jurídico da União protege os direitos fundamentais de modo *equivalente* àquele que é concedido pela própria CEDH. Ou, o mesmo é dizer, o Tribunal de Estrasburgo abster-se-á de exercer a sua apreciação jurisdicional nos casos em que o Estado membro *não teve discricionariedade ao implementar o direito da União*. Esta presunção será válida por um lado, enquanto a União oferecer garantias substantivas e mecanismos de controlo equivalentes àqueles que a CEDH

³⁸ Referimo-nos ao caso *Sedjic and Finci versus Bosnia*, processos n.º 27996/06 e n.º 34836/06, de 22 de Dezembro de 2009.

³⁹ Adiante ocupar-nos-emos deste mecanismo.

⁴⁰ V. o caso *Bosphorus Airways versus Ireland*, n.º 45036/98, de 30 de Junho de 2005.

consagra e, por outro, enquanto perante o TEDH, *in casu*, não for provado o manifesto défice de proteção concedido pela UE.

Esta postura topa, porém, com uma dificuldade na medida em que, esta presunção não existe em relação a qualquer outro Estado parte da CEDH. Assim sendo, o acordo de adesão objeto do nosso estudo surge como a oportunidade ideal para esclarecer se esta aproximação diferenciadora do TEDH (*double standard*) deve ser abandonada ou, pelo contrário, alargada às demais parte da CEDH. Todavia, o acordo é omissivo acerca do futuro do *Bosphorus test* pelo que, caberá ao TEDH decidir. Mas, note-se, o Tribunal de Estrasburgo terá de ponderar, também, a extensão da presunção à *própria União* e às medidas que a mesma adota.

Creemos, porém, que o TEDH afastará esta postura diferenciadora por não ser possível conciliá-la com a *ratio* subjacente a este acordo, promotora de um tratamento da União igual ao de qualquer outra parte da CEDH.⁴¹ E, acrescente-se, dificilmente se harmoniza este *standard* de controlo jurisdicional com a necessidade de “preservar a ordem jurídica específica da União”.⁴²

1.2.3. Adesão da União aos Protocolos Adicionais da CEDH

O já referido Protocolo n.º 8 exige que a adesão da União à CEDH não afete as competências da primeira. Ora, *prima facie*, este intento é abalado pelo potencial efeito da adesão da UE aos Protocolos Adicionais da CEDH que não foram ratificados por todos os Estados membros da União.⁴³ Atualmente, só os protocolos n.º 1 e 6 vinculam todos os Estados membros. O problema, que se ilumina com a adesão da União, é a *automática vinculação dos Estados membros da UE* aos tais protocolos, independentemente da sua ratificação, o que, segundo entendemos, violaria os comandos e as intenções do Protocolo n.º 8, anexo ao Tratado de Lisboa.

Uma vez que estes documentos legais, cuja finalidade é alargar o catálogo de direitos da CEDH, estão quase que *umbilicalmente* ligados à CEDH, razoável seria ratificá-los como um todo ou, no rigor dos princípios, assumir e ratificar todos os Protocolos conexions com os direitos contidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁴¹ Explicitamente assumida, porém, no parágrafo 7 do relatório explicativo do projeto de acordo onde se pode ler “the current control mechanism of the Convention should, as far as possible, be preserved and applied to the EU in the same way as to other High Contracting Parties, by making only those adaptations that are strictly necessary”.

⁴² Vide o Preâmbulo do projeto de acordo de adesão.

⁴³ Entre os mais significativos, o Protocolo Adicional n.º 1 sobre a proteção da propriedade, o direito à instrução e o direito a eleições livres; o Protocolo Adicional n.º 6 sobre a abolição da pena de morte; e o Protocolo n.º 12 relativo à proibição da discriminação.

O artigo 1.º, n.º 1, do projeto de acordo determina que a União adere ao Protocolo n.º 1 e n.º 6. Dito de outro modo, adota uma *posição minimalista* segundo a qual a UE apenas pode, inicialmente, aderir aos Protocolos ratificados por todos os seus Estados membros. Relativamente aos demais Protocolos, a União assiná-los-á numa fase posterior, com respeito pelos procedimentos previstos nesses mesmos Protocolos e nos Tratados da União. Porém, os últimos não preveem um procedimento específico para a ratificação dos Protocolos da CEDH.

1.2.4. A autonomia do ordenamento jurídico da União. A autonomia interpretativa do TJUE e a exclusividade da sua jurisdição

O princípio da *autonomia* da ordem jurídica da EU na prossecução dos seus objetivos encontra-se intrinsecamente relacionado com o *papel e lugar* do TJUE.⁴⁴ Segundo o Parecer n.º 1/91, de 1991⁴⁵, “*autonomia interpretativa*” significa que a competência interpretativa das normas legais e constitucionais de um determinado ordenamento jurídico é exclusiva das instituições desse mesmo concreto ordenamento.⁴⁶ Tal é compreensível tendo em conta a vontade de preservar a *unidade do sistema jurídico comunitário* bem como a *segurança jurídica*.

No que respeita à *autonomia interpretativa* do TJUE, o potencial impacto da adesão da UE à CEDH foi, digamos, exagerado. De facto, não se compreende todo o alvoroço⁴⁷ em torno da questão por várias razões. *Primo*, resulta de forma clara da jurisprudência do TEDH que cabe às autoridades nacionais e, concretamente, aos tribunais nacionais, a interpretação e aplicação do direito interno.⁴⁸ *Secondo*, o TEDH é inequívoco quanto à aplicação daquela ideia aos tratados internacionais. Por conseguinte, a posição do TJUE é análoga àquela dos Tribunais Constitucionais e Supremos de cada Estado. *Terzo*, o TEDH não decide sobre a *validade* do

⁴⁴ É comumente aceite o relevo do papel jurídico-normativo do TJUE ao qual são reconhecidas funções de criação do direito comunitário (*law making*), pois este órgão jurisdicional nunca se limitou a ser mera *boca de lei*. V. MACHADO, J., *Direito da ...*, cit., pág. 483 e ss.

⁴⁵ Nesse Parecer (ECR I-6079), o TJUE defendeu que, do naipe de competências da EU, não constava a faculdade de aderir a um acordo internacional no qual era permitido a um tribunal, que não o TJUE, decidir sobre a alocação de poderes entre a União e os seus Estados membros ou preceituar de forma vinculativa sobre a interpretação e validade do direito da União.

⁴⁶ Vide GROUSSOT, X., LOCK, T., e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment ...”, cit., pág. 5.

⁴⁷ Cfr. JACQUÉ, J.-P., “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and ...”, cit., pág. 995 e ss.; LOCK, T., “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order”, *Common Market Law Review*, n.º 48, Julho/Agosto 2011, pág. 7 e ss;

⁴⁸ No caso *Huvig versus France*, n.º 11105/84, Série A n.º 176-B, parágrafo 28, o TEDH esclareceu “ (...) it is primarily for the national authorities, notably, the courts, to interpret and apply domestic law (...). It is therefore not for the Court to express an opinion contrary to theirs (...). Para uma análise mais pormenorizada, De SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, n.º 83, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 2010, pág. 551-552.

direito interno mas antes a compatibilidade do direito interno com a Convenção, numa base *casuística e em concreto* ou – o mesmo é dizer –, o Tribunal de Estrasburgo, ao contrário do TJUE, não é – e, de resto, não será, – competente para *anular* um preceito de direito secundário da União.⁴⁹ Somente terá o poder de *declarar* a incongruência do ato com a CEDH, as consequências dessa declaração serão determinadas pela União.⁵⁰ Por fim, ao que parece, o TEDH ainda que exerça um certo *poder de revisão*, não poderá nunca *interpretar originalmente* o direito da União pois, nessa tarefa interpretativa e casuística, deve partir das interpretações dos tribunais internos.⁵¹

Enfim, em nosso entender, o acordo de adesão de que nos ocupamos não viola a “autonomia interpretativa” do TJUE. Em bom rigor, o TEDH está restrito a uma simples *constatação* de que certa disposição do direito da União – ou uma ação ou omissão de uma instituição da UE – é contrária à CEDH. Esta prerrogativa não pressupõe uma qualquer interpretação vinculativa do direito da União uma vez que, o TEDH, baseará as suas conclusões numa interpretação previamente alcançada pelo TJUE.⁵² E, acrescente-se, o acordo de adesão não confere poder ao Tribunal de Estrasburgo para declarar normas do direito da União inválidas. Este poder permanece exclusivo do TJUE.

Problema distinto é o *da exclusividade de jurisdição* do TJUE.⁵³ O Protocolo n.º 8, anexo ao Tratado de Lisboa, exige que o acordo de adesão garanta a imunidade dos poderes das instituições europeias. Desde logo, o comando dirige-se, primordialmente, às competências do TJUE. Sucede, porém que a CEDH prevê um mecanismo de *queixas interestaduais* no artigo 33.º cujo funcionamento pode debilitar não só a autonomia da ordem legal da União mas também a própria autoridade do TJUE. Veja-se que este princípio de autonomia encontra

⁴⁹ Ademais, nessa abordagem casuística, o TEDH alicerça-se na *legislação interna* – quase como se de um *facto* se tratasse – que considera relevante para o caso, bem como na prática dos tribunais internos. O *caso Kemmache versus France*, n.º 17621/91, Série A n.º 296-C, ilustra bem esta abordagem no momento em que o TEDH, analisando o artigo 5.º, da CEDH, entende que “ (...) the Court reiterates that the words “in accordance with a procedure prescribed by law” essentially refer back to domestic law; they state the need for compliance with the relevant procedure under that law. However, the domestic law must itself be in conformity with the Convention, including general principles expressed or implied therein. (...) *Although it is not normally the Court’s task to review the observance of domestic law by the national authorities, it is otherwise in relation to matters where, as here, the Convention refers directly back to that law; for, in such matters, disregard of the domestic law entails breach of the Convention, with the consequence that the Court can and should exercise a certain power of review. However, the logic of the system of safeguard established by the Convention sets limits on the scope of this review. It is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law, even in those fields where the Convention “incorporates” the rules of that law: the national authorities are, in the nature of things, particularly qualified to settle the issues arising in this connection (...)*” (itálicos nossos).

⁵⁰ Esta conclusão advém do artigo 46.º da CEDH cuja epígrafe é “Força vinculativa e execução de sentenças”.

⁵¹ Cfr. LOCK, T., “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU ...”, cit., pág. 14.

⁵² Tomamos para nós a opinião de GROUSSOT, X., LOCK, T. e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment ...”, cit., pág. 10.

⁵³ Vide o artigo 344.º do TFUE.

expressão no artigo 344.º, do TFUE, segundo o qual “os Estados membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos”. Ou seja, *prima facie*, enquanto que os países que não fazem parte da União não estão limitados, de qualquer modo, a apresentar queixas contra a UE junto do Tribunal de Estrasburgo, o princípio da autonomia inibe um Estado membro de envolver instituições e países estranhos à União em disputas que envolvam exclusivamente a interpretação e aplicação de direito da União. Em rigor, esses litígios são da exclusiva competência do TJUE.⁵⁴

Por último, o projeto de acordo de adesão, no artigo 5.º⁵⁵ salvaguarda eventuais dúvidas que poderiam surgir da interpretação dos artigos 35.º e 55.º da CEDH.⁵⁶ Deste modo, o preceito estipula que os procedimentos judiciais perante o TJUE não são meios de resolução de litígios (*means of dispute settlement*) no sentido definido pela CEDH. Assim, os Estados membros da União não podem esquivar-se à jurisdição do TEDH nos casos em que corre um processo junto do TJUE no qual se alegam violações à CEDH. Por seu turno, o acordo de adesão evita um potencial conflito entre o artigo 55.º da CEDH e o artigo 344.º do TFUE os quais, de outro modo, acionavam a exclusividade de jurisdição do TEDH e do TJUE, respetivamente. Deste modo, o artigo 55.º da CEDH não comprime o funcionamento da regra consagrada no artigo 344.º do TFUE e, portanto, permanece intocável o monopólio do TJUE para dirimir litígios entre os Estados membros.

1.3. Aspetos processuais

Os aspetos processuais são aqueles que levantam mais dúvidas e incertezas. Em particular, dois aspetos revelaram-se verdadeiros desafios ao labor jurídico-técnico dos autores do projeto:

⁵⁴ GROUSSOT, X., LOCK, T. e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment ...”, cit., pág. 5.

⁵⁵ Aqui pode-se ler que “Proceedings before the Court of Justice of the European Union shall be understood as constituting neither procedures of international investigation or settlement within the meaning of Article 35, paragraph 2.b, of the Convention, nor means of dispute settlement within the meaning of Article 55 of the Convention”.

⁵⁶ O artigo 35.º da CEDH, cuja epígrafe é “Condições de admissibilidade”, refere no n.º1 que, “ O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva”, e o n.º2, que “O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição: a) For anónima; b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.” O artigo 55.º da CEDH, sobre a epígrafe “Renúncia a outras formas de resolução de litígios”, dispõe que, “As Altas Partes Contratantes renunciam reciprocamente, salvo acordo especial, a aproveitar-se dos tratados, convénios ou declarações que entre si existirem, com o fim de resolver, por via contenciosa, uma divergência de interpretação ou aplicação da presente Convenção por processo de solução diferente dos previstos na presente Convenção”.

o mecanismo do co-demandado e o procedimento de envolvimento prévio do TJUE. Na origem destas questões encontra-se a divisão de competências entre a União e os Estados membros bem como o dever dos Estados membros de implementar e executar o direito da União. Vejamos.

1.3.1. Uma nova fórmula: o mecanismo do co-demandado

O mecanismo do co-demandado foi talhado para facilitar, aliás, *evitar*, a tarefa de determinar e delimitar a divisão de competências entre a União e os Estados membros no que toca à implementação e cumprimento do direito da União.⁵⁷ Pretende-se, assim, respeitar o Protocolo n.º 8 cujo artigo 1.º, al. b), preceitua que o acordo de adesão deve incluir os “(...) mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados membros e/ou a União, conforme o caso”. Por conseguinte, o âmbito de aplicação deste mecanismo encontra-se limitado às situações que envolvem a União e os Estados membros pelo que, as outras partes da CEDH não podem recorrer ao mesmo.⁵⁸

O acordo demarca duas situações às quais se aplica o mecanismo do co-demandado: (i) a União é co-demandada e um ou mais Estados membros são os principais demandados ou (ii) um ou mais Estados membros são co-demandados e a União é a principal demandada.

Convém, antes de mergulharmos numa análise dos contornos deste mecanismo, distinguir duas formas tradicionais de envolver mais de uma Alta Parte Contratante em processo junto do TEDH. *Em primeiro lugar*, no artigo 36.º da CEDH regulamenta-se a “intervenção de terceiros”.⁵⁹ As diferenças entre os dois instrumentos são várias: (i) o papel desempenhado pelo “terceiro” uma vez que, no caso da “intervenção de terceiros”, o interveniente não é parte principal na instância e, por conseguinte, o caso julgado não o vincula; (ii) por seu turno, o TEDH encontra-se obrigado a acionar o mecanismo do co-demandado sempre que as condições

⁵⁷ Sobretudo nas situações em que o requerente pretende impugnar uma medida nacional de aplicação e execução do direito da União e depara-se, por vezes, com uma certa dificuldade em identificar o responsável (a União ou o Estado membro). O caso Bóforo é um bom exemplo desta dificuldade. É o artigo 3.º do projeto de acordo de adesão que prevê este mecanismo bem como uma alteração ao artigo 36.º da CEDH cuja epígrafe é “Intervenção de terceiros”.

⁵⁸ Ademais, pretendeu-se uma *efetivação* da responsabilidade.

⁵⁹ O n.º 1 esclarece que “Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da qual o autor da petição seja nacional terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências”; no n.º 2 diz-se que “No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou qualquer outra pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.”; por fim, no n.º 3, “Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, o Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito e participar nas audiências.”

se encontrem reunidas enquanto que o chamamento de um terceiro, em certas circunstâncias, recai no seu âmbito de discricionariedade. Apesar destas marcas distintivas, cumpre sublinhar que o projeto de acordo de adesão não inibe a União de participar em processos junto do TEDH por força do mecanismo de “intervenção de terceiros” quando os requisitos do mecanismo do co-demandado não se encontrarem preenchidos.

Em segundo lugar, a outra situação verifica-se nos casos em que o requerente indica, *ab initio*, na petição, mais de um demandado. Nesta hipótese, o requerente é obrigado a escrutinar e esgotar todas as vias de recurso internas de ambos os demandados o que não é, de todo, pressuposto do mecanismo do co-demandado. Ademais, a posição de co-demandado depende da vontade do próprio, não estando obrigado a assumir esse papel.⁶⁰

1.3.1.1. A União como co-demandada

Quando um dos Estados membros é demandado, a União *pode* assumir o papel de co-demandado (*ex vi* artigo 3.º, n.º2 do acordo de adesão).⁶¹⁻⁶² A situação projetada pelos autores do projeto é aquela em que um Estado membro executou uma obrigação decorrente ou do *direito comunitário primário* ou da *legislação da União* após o que se seguiu um litígio perante o tribunal nacional competente no qual se discutiu a conformidade dessa medida nacional (que aplicou e executou o comando comunitário) com a CEDH.⁶³ Assim, a violação dos direitos previstos na CEDH decorre de duas fontes: ou da própria obrigação da União que é de *per se* incompatível com a CEDH ou, então, do *modus operandi* que o Estado membro adotou para implementar e executar essa obrigação.

Os Estados membros são responsabilizados por violarem a CEDH em qualquer dos casos⁶⁴ e a adesão à CEDH não irá alterar este *status quo*. Todavia, o mecanismo do co-demandado permitirá que a União seja parte em processos nos quais aparentemente o seu próprio

⁶⁰ Este problema da *natureza voluntária* do mecanismo do co-demandado será abordado adiante.

⁶¹ GROUSSOT, X., LOCK, T. e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment ...”, cit., pág. 11.

⁶² Resulta deste preceito que “When an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the Conventions rights at issue of a provision of European Union Law, notably where that violation could have been avoided only be disregarding an obligation under European Union Law”.

⁶³ Esta questão deve ser lida em sintonia com o artigo 4.º, n.º 3, do TUE onde se pode ler que “Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados membros, respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Os Estados membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União”.

⁶⁴ Neste âmbito convém recordar as condições do “*teste da proteção equivalente*” ao qual aludimos *supra*, no ponto 1.2.2..

ordenamento jurídico é contrário aos direitos e garantias previsto na CEDH. Quando a União optar por intervir neste tipo de processos, a *vantagem* para o requerente é óbvia: o caso julgado abrangerá não só o Estado membro como também a União, ficando ambos vinculados ao decidido. E, acrescente-se, é de sobremodo vantajoso quando a legislação da União está em causa dado que, a União é a única entidade com competência para alterar a respetiva legislação e, por conseguinte, remover o que está em desarmonia com a CEDH.

Processualmente, a decisão sobre a admissibilidade da União como co-demandada cabe ao TEDH o qual, no seguimento da audiência das partes deve ponderar e avaliar o preenchimento das condições do artigo 3.º, n.º 2 do projeto de acordo de adesão. Na opinião da doutrina, o TEDH deve fazer uma análise de *primeira aparência* (*cursory examination*) do pedido de intervenção da União⁶⁵ sendo que só pedidos insignificantes e abusivos serão rejeitados.⁶⁶ Porém, em nosso entender, a União terá sempre interesse em intervir (*rectius* agir) enquanto co-demandada para defender a validade do direito da União.

Por fim, a União pode vestir-se de co-demandada num outro caso, quando a queixa apresentada é dirigida e notificada não só contra o Estado membro como também contra a União, em jeito de *litisconsórcio necessário*, não obstante a necessidade de um *pedido formal*, por parte da União, para esse efeito.

1.3.1.2. O Estado membro como co-demandado

O artigo 3.º, n.º 3, do acordo de adesão prevê a possibilidade de um Estado membro ser co-demandado nos mesmos termos descritos *supra*. *Scilicet*, tal como a União, o Estado membro não pode ser co-demandado contra a sua vontade.

A posição dos Estados membros, enquanto co-demandados, distingue-se daquela assumida pela União num *requisito substantivo*. Em bom rigor e verdade, um Estado membro apenas pode ser co-demandado quando a questão suscite dúvidas sobre a conformidade dos direitos da CEDH com o Tratado da União Europeia (TUE), o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), ou qualquer outra disposição legal com o mesmo valor legal que esses instrumentos nomeadamente, quando a violação podia ter sido evitada pelo incumprimento de

⁶⁵ Nos termos do artigo 3.º, n.º 5, a intervenção enquanto co-demandado depende da vontade do próprio. Adiante referir-nos-emos a este tema.

⁶⁶ Deste modo se evitará o “entupimento” processual do TEDH. E, mais, esta decisão de admissibilidade de intervenção da União enquanto co-demandada só será tomada depois do deferimento e admissibilidade da queixa. Ora, é bem sabido que mais de 90% das queixas junto do TEDH são indeferidas pelo que, aquele tipo de decisões raramente será tomado. GROUSSOT, X., LOCK, T. e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment ...”, cit., pág. 12.

uma obrigação que resulte desses instrumentos.⁶⁷ I.é., um Estado membro pode ser demandado *pari passu* com a União no caso de a violação em causa da CEDH decorrer de uma disposição do *direito comunitário originário*. A *ratio* desta solução facilmente se compreende pois, como é sabido, somente os Estados membros, quais Senhores dos Tratados, podem alterar os mesmos (e, por conseguinte a parte que viola a CEDH), o que, por seu turno, requer a ratificação dos Estados membros de acordo com os respetivos requisitos constitucionais.

1.3.1.3 Apreciação crítica do mecanismo do co-demandado⁶⁸

O mecanismo do co-demandado deve ser elogiado por duas razões: (i) de uma banda, trata-se de um meio adequado para acomodar a situação *sui generis* da União enquanto ator não estatal (nem federal), com uma “ordem legal específica” (*specific legal order*) conforme resulta do preâmbulo do acordo de adesão. Ou, por outras palavras, apesar de o funcionamento da União se assemelhar ao de um Estado Federal, com uma federação (a UE) a legislar e os Estados (Estado membros) a implementar essa legislação, ao contrário de outras federações, partes na CEDH, os Estados membros da União também são partes naquela Convenção. Ora, daqui decorre a possibilidade de o TEDH se deparar com a situação peculiar na qual a federação (UE) e o Estado (Estado membro) são *responsáveis independentemente* um do outro. Contrariamente, o típico Estado Federal é legalmente responsável pela ação federal e pela ação estatal. Por outro lado, outro problema que decorre da existência de um corpo legal (i.é., o *direito comunitário primário*) que só pode ser alterado pelos Estados membros numa atuação conjunta e unânime; (ii) de outra banda, este mecanismo facilita o TEDH a determinar a responsabilidade pela violação dos direitos contidos na CEDH já que Estado membro e UE serão responsabilizados lado a lado.

Apesar destas vantagens, não podemos deixar de detetar uma fragilidade nesta proposta: a *voluntariedade* da decisão de assumir ou não a posição de co-demandado.⁶⁹ Na verdade,

⁶⁷É o n.º 3, do artigo 3.º que prevê este requisito, “Where an application is directed against the European Union, the European Union member States may become co-respondents to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the Conventions rights at issue of a provision of the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union or any other provision having the same legal value pursuant to those instruments, notably where that violation could have been avoided only by regarding an obligation under those instruments”.

⁶⁸ V. os quadros em anexo na pág. 31 e ss. e, também, GROUSSOT, X., LOCK, T. e PECH, L., “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment ...”, cit., pág. 11.

⁶⁹ Esta característica decorre do n.º 5, do artigo 3.º, do projeto de acordo no qual se pode ler que “A High Contracting Party shall become a co-respondent only at its own request and by decision of the Court. The Court shall seek the views of all parties to the proceedings. When determining a request of this nature the Court shall

convém não esquecer que a *ratio* deste mecanismo reside na necessidade de acautelar o *setup constitucional* da UE, permitindo ao TEDH declarar a violação à CEDH sem, expressa e intencionalmente, apurar as responsabilidades por essa violação. E, mais. Uma vez que depende da vontade do potencial co-demandado a ocupação ou não desse *locus* processual, pode suceder que, o demandado responsabilizado não tenha competência para remover a violação.

Recorremos à factualidade do caso Bósforo para ilustrar esta posição. *Making a long story short*, a Irlanda apreendeu um avião da companhia Turca “Bosphorus Hava Yollari Turizm” ao abrigo da obrigação decorrente do Regulamento CEE n.º 990/93 do Conselho.⁷⁰ Neste cenário, o requerente dirigiu a queixa ao Estado membro competente alegando a violação do seu direito de propriedade ao abrigo do artigo 1.º, do Protocolo n.º 1, da CEDH. Assumindo que a obrigação está enraizada no direito da União e que a União rejeita ser co-demandada *in casu*, o Estado membro seria responsabilizado isoladamente no caso de decisão condenatória. Porém, sem a vontade das instituições comunitárias para remover a obrigação da qual resultou a violação da CEDH, o Estado membro enfrentaria obrigações conflituais: a um tempo estaria vinculado à decisão do TEDH no sentido de libertar o avião e, a outro tempo, a obrigação derivada do direito da União de manter a apreensão.

Por último, a *grande vantagem*, do ponto de vista do requerente, de uma parte ser co-demandada tem que ver com a desnecessidade de esgotamento das vias de recurso internas no ordenamento jurídico desse co-demandado. Não obstante, em muitas situações essa vantagem revelar-se-á de limitada aplicação prática por não existir qualquer via de recurso interna. Pensemos, por exemplo, no Tratado de Lisboa. Neste não se prevê nenhum meio específico para impugnar medidas da União alegadamente atentatórias dos direitos fundamentais e, de igual modo, nos casos em que disposições de *direito comunitário primário* são impugnadas, não, há, normalmente, um recurso legal específico nos ordenamentos.⁷¹ Ou seja, e em conclusão, o requerente pode, nestas situações, interpelar *ab initio* a União e o Estado membro.

assess whether, in the light of the reasons given by the High Contracting Party concerned, it is plausible that the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this Article are met”.

⁷⁰ Em causa estava o cumprimento do Regulamento (CEE) n.º 990/93 do Conselho, de 26 de Abril de 1993, relativo ao comércio entre a Comunidade Económica Europeia e a República Federativa da Jugoslávia (Sérvia e Montenegro). Este Regulamento implementava uma decisão do Conselho de Segurança da ONU de modo a decretar sanções contra a ex-Jugoslávia.

⁷¹ O reenvio prejudicial permite o controlo da **validade** do direito secundário da União. De facto, o **reenvio de validade** tem como objeto não um Tratado (*rectius* direito comunitário primário) mas sim um ato de direito derivado da União, secundário ou terciário. Já o **reenvio de interpretação** abrange o direito primário mas, como o próprio nome indica, não se trata de um controlo de validade/conformidade.

1.3.2. A exaustão dos mecanismos internos. A necessidade de um mecanismo que permita ao TJUE analisar uma questão antes do TEDH

Neste ponto cumpre distinguir duas hipóteses. *Em primeiro lugar*, um cenário problemático e que mereceu a devida atenção dos redatores deste projeto de acordo sucederia com a apresentação de uma queixa junto do TEDH relacionada com uma decisão de um tribunal nacional de última instância, aplicando direito da União, sem, contudo, haver prévia intervenção do TJUE. Numa atitude invulgar e, por isso mesmo com significativa importância, o Tribunal de Luxemburgo publicou um “*documento de reflexão*”⁷², em 5 de Maio de 2010, no qual declara a sua preocupação com aquele cenário, referindo-se, mais concretamente, a um eventual litígio no qual o queixoso impugna uma *medida nacional de aplicação ou execução do direito da União*, junto dos tribunais nacionais, sem que estes recorram ao mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE.⁷³ Note-se que, como explica o Tribunal naquele documento, “não é adquirido que, em todos os casos em que a conformidade de uma ação da União com os direitos fundamentais possa ser posta em causa, seja submetido um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça. Com efeito, se é verdade que os órgãos jurisdicionais nacionais *podem*, e que alguns *devem*, submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial a fim de que este decida sobre a interpretação e, sendo caso disso, a validade da ação da União, as partes não podem desencadear este processo”. A despeito deste problema há vários fatores que militam a favor de um *princípio de judicial self-restraint*, por parte dos tribunais nacionais.⁷⁴ E, por seu turno, como acrescenta o TJUE, não é fácil considerar este

⁷² Disponível on-line em http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_pt.pdf, consultado no dia 17 de maio de 2012.

⁷³ No âmbito do sistema jurisdicional da União, nos termos estabelecidos pelos Tratados, o Tribunal de Luxemburgo tem por missão garantir o respeito do direito na interpretação e na aplicação destes, tendo competência exclusiva, em virtude da sua função de fiscalização da legalidade dos atos das instituições, para, sendo caso disso, declarar inválido um ato da União. Esta prerrogativa faz parte integrante das competências do Tribunal de Justiça e, por conseguinte, das “atribuições” das instituições da União que em conformidade com o Protocolo n.º 8, não devem ser afetadas pela adesão. Como refere o TJUE nesse documento de reflexão, “a fim a preservar esta característica do sistema de proteção jurisdicional da União, importa evitar que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem possa decidir sobre a conformidade de um ato da União com a Convenção sem que o Tribunal de Justiça tenha tido previamente a oportunidade de se pronunciar definitivamente a este respeito”.

⁷⁴ De harmonia com o artigo 267.º do TFUE o reenvio prejudicial pode ser *facultativo* ou *obrigatório*. A primeira modalidade verifica-se nos casos em que é um órgão jurisdicional nacional do Estado membro que não decida em última instância que pode pedir ao TJUE que se pronuncie sobre uma questão de interpretação e validade, se considerar que a mesma é necessária ao julgamento da causa. Como ensina Jónatas MACHADO, é um “reenvio discricionário” pois depende de uma “decisão discricionária do tribunal nacional”. Porém, o autor sublinha dois limites à discricionariedade do tribunal nacional, por um lado, quando esteja em causa um ato claro (*acte claire*), que não levante qualquer dúvida razoável sobre o seu sentido e, por conseguinte, os tribunais nacionais não devem proceder ao reenvio. Por outro lado, outra limitação à discricionariedade ocorre quando se esteja perante a invalidade do direito secundário da União, situação em que o reenvio é obrigatório na medida em que, os tribunais nacionais, não são competentes para conhecer dessa invalidade. A segunda modalidade, de reenvio obrigatório, só

processo como uma “via de recurso” cuja execução pudesse constituir uma condição prévia necessária para recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em aplicação da regra relativa ao esgotamento das vias internas de recurso⁷⁵, na medida em que o reenvio “íntegra uma competência exclusiva de natureza jurisdicional” não sendo por isso um recurso processual das partes do processo.⁷⁶

No seguimento do exposto, como os indivíduos não têm ao seu alcance nenhum mecanismo que pressione o tribunal nacional a desencadear o pedido prejudicial, pode suceder que haja uma decisão desse tribunal sem que tenha ocorrido qualquer intervenção do TJUE ainda que o caso levante questões de compatibilidade do direito da União com a CEDH. Ademais, conforme foi referido, como este procedimento de reenvio prejudicial não é encarado como um mecanismo interno que o indivíduo teria de exaurir, seria bem possível escapar ao *munus jurisdicional* do TJUE. É exatamente neste contexto que se insere a “Comunicação comum dos presidentes do TEDH e do TJUE”⁷⁷, de 24 de janeiro de 2011, no qual ambos acordaram que o recurso ao mecanismo do *reenvio prejudicial* não é uma condição de admissibilidade da queixa junto do TEDH.⁷⁸ Neste seguimento, os Presidentes Costa e Skouris sugeriram que fosse criado, com o acordo de adesão, um procedimento *célere e flexível* que garantisse ao TJUE um controlo interno antes do Tribunal de Estrasburgo levar adiante o seu controlo externo.

Desde já se percebe que o ponto nodal deslocou-se, agora, para o *tipo de mecanismo a adotar*. Entre as várias propostas em debate, destacaremos apenas duas. A *primeira*, proposta

ocorre nos casos em que a questão de direito da União se levanta “(...) diante de um tribunal com competência para proferir decisões definitivas no caso concreto, isto é não passíveis de recurso nos termos do direito interno.”. Cfr. MACHADO, J., *Direito da ...*, cit., pág. 582 e ss.

⁷⁵ Convém, *hic et nunc*, recordar que o artigo 35.º da CEDH requer, como condição de admissibilidade de uma queixa no TEDH, o esgotamento das vias de recurso internas disponíveis no Estado em causa ou, dito de outro modo, a admissibilidade de uma queixa no Tribunal de Estrasburgo, com fundamento na violação de um direito previsto na CEDH, pressupõe uma decisão judicial, transitada em julgado, do tribunal nacional judicial de última instância. Deste requisito retiramos três corolários: (i) a responsabilidade de proteger os direitos humanos recai, em primeiríssima linha, sobre os Estados; (ii) diminui-se, deste modo, o volume dos processos da alçada do TEDH; (iii) oferece-se à Alta Parte Contratante da CEDH a oportunidade de remediar a violação internamente antes de qualquer reprimenda por um tribunal internacional de direitos humanos. Na verdade, o que está em jogo na hipótese acima evocada não é a intervenção do Tribunal de Justiça na qualidade de jurisdição suprema da União, mas a *organização do sistema jurisdicional da União* de maneira a que, quando um ato da União é impugnado, possa ser chamada a pronunciar-se uma jurisdição da União a fim de efetuar uma fiscalização interna antes de a fiscalização externa ter lugar.

⁷⁶ MACHADO, J., *Direito da ...*, cit., pág. 577.

⁷⁷ Disponível on-line em:

[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf)

[FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf), consultada no dia 13 de maio de 2012.

⁷⁸ Nessa comunicação diz-se que, “(...) il est prévisible qu’une telle situation puisse se réaliser en raison du fait que la procédure préjudicielle ne peut être déclenchée que par les seules juridictions nationales, à l’exclusion des parties, lesquelles sont certes en mesure de suggérer un renvoi préjudiciel, mais n’ont pas le pouvoir de l’imposer. Ceci signifie que le renvoi préjudiciel n’est normalement pas une voie de recours à épuiser par le requérant avant de saisir la CEDH”. A Comunicação encontra-se disponível on-line em, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_francais.pdf, acedido em 11 de Maio de 2012.

pelo Senado Francês, permitia ao TEDH reenviar o caso para o TJUE para que este fizesse o controlo interno da compatibilidade do ato em causa com a CEDH.⁷⁹ Na *segunda proposta*, a Comissão Europeia desempenharia o papel de vigilante e de intermediária entre o TEDH e o TJUE desencadeando um processo no segundo – que suspenderia a instância no primeiro –, sempre que, perante o TEDH, surgisse uma queixa que envolvesse questões de conformidade entre os atos da União e a CEDH, e que ainda não tivesse sido sujeita ao crivo do Tribunal da União.⁸⁰ Sublinhe-se, porém, que o cerne do desafio lançado aos autores deste acordo decorria não só da necessidade de inventar um mecanismo para permitir ao TJUE a intervenção prévia mas também definir uma tramitação para o mesmo *célere e ágil* de modo a evitar delongas excessivas e injustificadas no controlo do TEDH bem como uma sobrecarga processual anormal e abusiva para o requerente.⁸¹

Em segundo lugar, nas situações em que o indivíduo demanda direta e imediatamente o TJUE (leia-se, o Tribunal Geral da União) não se iluminam quaisquer dúvidas.

A solução encontrada pelos redatores do projeto de acordo não modificará o sistema jurisdicional existente na UE. Todavia, na fase pós-adesão será permitido a um indivíduo impugnar diretamente medidas e atos da União perante o TEDH com o fundamento na violação dos direitos daquela Convenção. Porém, os requisitos e condições de admissibilidade relativos a qualquer petição no TEDH continuar-se-ão a aplicar, particularmente o disposto no artigo 35.º da CEDH. Por conseguinte, quando a petição tem como objeto a impugnação de uma medida ou um ato da União e, portanto, a responsabilidade caberá à instituição que a adotou, a petição deve ser interposta, em primeiro lugar, para o Tribunal Geral da União Europeia, com jurisdição em primeira instância, para anular essas mesma medida ou ato. Na eventualidade de o recurso, agora para o Tribunal de Justiça da União, ser desfavorável ao requerente, a queixa

⁷⁹ Disponível on-line em, http://www.senat.fr/basile/visio.do?id=pE5248&idtable=pE5248&_c=Communication+no.+E+5248&rch=gs&de=20090511&au=20120511&dp=3+ans&radio=dp&aff=sep&tri=p&off=0&afd=ppr&afd=ppl&afd=pjl&afd=cvn, consultado no dia 11 de Maio de 2012.

⁸⁰ V. a intervenção do Juiz Timmermans na reunião organizada pelo Comité dos Assuntos Constitucionais do Parlamento Europeu do dia 18 de Março de 2010. V. também, KUIJER, M., “The Accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR’s 60th anniversary or na Unwelcome intruder at the party?”, *Amsterdam Law Forum*, Vol. 3, n.º4, pág. 17-32, 2011 .

⁸¹ Tobias LOCK entende que esta necessidade de assegurar o envolvimento prévio do TJUE pode revelar-se perigosa na medida em que, em último caso, trata-se de uma alteração disfarçada aos Tratados. Na verdade, o Parecer 1/91 esclareceu que um acordo internacional celebrado com a União pode atribuir às suas instituições novas funções. Porém, o que não é admissível é que esse mesmo acordo altere a *natureza* das suas funções. O que significa que ao TJUE não pode ser conferido um papel e uma função (como será o caso deste hipotético procedimento de envolvimento prévio do TJUE) que não resultem dos Tratados.

será, então, apresentada ao TEDH se fundamentada na violação de um dos direitos e garantias contidos na CEDH.⁸²

De todo o modo, o problema surge quando o requerente pretende impugnar uma medida nacional de execução ou aplicação do direito da União. Nesse caso, o requerente deve esgotar os recursos jurisdicionais do ordenamento legal do *principal responsável*⁸³, é dizer, o Estado membro que adotou a medida questionada mas *não os do co-demandado (in casu a União)*. Em relação à possibilidade, *supra* exposta e desde logo acautelada pelos presidentes dos respetivos tribunais, de não ocorrer intervenção do TJUE nos casos em que o requerente contesta uma medida nacional de aplicação ou execução do direito da União, os autores do projeto, tomando devida nota daquela comunicação, e em obediência ao *princípio da subsidiariedade*⁸⁴, concluíram que o mecanismo do reenvio prejudicial não pode ser entendido como uma “via de recurso interna”.⁸⁵ Tal decorre do próprio direito da União, segundo o qual os requerentes não podem compelir os tribunais nacionais a recorrer a esse mecanismo. Por conseguinte, a inexistência de reenvio, do tribunal nacional para o TJUE, não pode servir de argumento para o indeferimento de uma queixa junto do TEDH, com o fundamento de que não foram esgotados todos os recursos internos, conforme impõe o artigo 35.º da CEDH.

Assim, os autores do projeto, no artigo 3.º, n.º 6,⁸⁶ do mesmo, consideraram adequado assegurar o envolvimento prévio do TJUE nos processo em que a UE é co-demandada⁸⁷ assim se garantindo o *controlo interno* do Tribunal do Luxemburgo.

Numa análise perfunctória esta solução parece suficientemente equilibrada. Porém, várias são os problemas que se colocam. *Em primeiro lugar*, este mecanismo só pode vir a funcionar nos casos em que o TJUE não tenha interferido *in totum*. Todavia, sublinhe-se que ainda que o

⁸² O quadro em anexo é exemplificativo. V. pág. 32 e ss.

⁸³ Referimo-nos ao “principal responsável” pois, como adiante veremos, o acordo prevê um mecanismo novo que permite chamar a juízo um segundo sujeito hipoteticamente responsável.

⁸⁴ Reza o *princípio da subsidiariedade* que, incumbe aos Estados que ratificaram a Convenção garantir o respeito dos direitos consagrados nesta Convenção a nível interno e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem verificar que estes Estados respeitaram efetivamente os seus compromissos. Por conseguinte, compete em primeira linha às autoridades nacionais e aos órgãos jurisdicionais impedir ou, não sendo possível, examinar e sancionar as violações da Convenção

⁸⁵ Nos termos e para os efeitos do artigo 35.º da CEDH

⁸⁶ O qual dispõe que “In proceedings to which the European Union is co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the Convention rights at issue of the provision of European Union law under paragraph 2 of this Article, then sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court”.

⁸⁷ Nos outros casos, em que o *principal responsável* é a UE (i.é., quando não surge como co-demandada) o requerente viu-se obrigado a preparar todos os degraus do sistema jurisdicional da União antes de apresentar a queixa no TEDH, em cumprimento do disposto no artigo 35.º da CEDH, queixa essa limitada a uma violação dos direitos do requerente em virtude de um ação ou omissão e não por força de uma medida legislativa nacional de um Estado membro.

tribunal nacional suscite a intervenção do TJUE através do pedido prejudicial não há qualquer garantia de que o TJUE se vai debruçar sobre os direitos da CEDH que, *in casu*, são violados. Em boa verdade, os poderes jurisdicionais do TJUE estão limitados às “ (...) questões de direito, relacionadas com a interpretação e a validade”.⁸⁸ *Em segundo lugar*, o TJUE, nas suas decisões, pode limitar-se a decidir com fundamento, exclusivamente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Segundo pensamos, nessa eventualidade, caberá ao TEDH determinar se os direitos da CDFUE que serviram de base à decisão do TJUE, correspondem aos direitos invocados pelo requerente que, posteriormente, apresenta a queixa junto do TEDH contra a União Europeia e/ou o Estado membro. Mas, então, o problema desloca-se para o *âmbito dos direitos* da CDFUE. Numa primeira análise, o artigo 52.º, n.º 3 daquele instrumento⁸⁹ esclarece que a CDFUE contém direitos que “equivalem” aos direitos tutelados pela CEDH. Porém, no momento de determinar esses direitos o intérprete é obrigado a analisar os documentos oficiais explicativos da Carta de modo a descobrir uma lista – bastante rudimentar, diga-se –, de direitos ali contidos que correspondem aos direitos da CEDH e dos respetivos protocolos. Assim, este trabalho interpretativo do Tribunal de Estrasburgo topa, porém, com algumas dificuldades nomeadamente, no momento de decidir se o TJUE já analisou a questão pelo prisma da Carta e se esse mesmo prisma é ou reconduzível ao da CEDH. *Em terceiro lugar*, permanece alguma incerteza relativamente às consequências de uma decisão do TJUE, na sequência daquele *controlo preliminar interno* proposto no artigo 3.º, n.º 5 do projeto. A decisão do TJUE pode ter dois desfechos, ou o TJUE declara que o ato da UE não está em conformidade com os direitos previstos na CEDH ou, pelo contrário, o TJUE não declara nenhuma violação aos direitos fundamentais. No segundo caso, o TEDH deverá dar continuidade ao processo e pronunciar-se sobre a questão de mérito. Já na primeira hipótese, julgamos que uma decisão daquelas deverá ser vinculativa enquanto *res judicata*, para o TEDH, e portanto, a queixa indeferida com o fundamento de que o requerente não é “vítima” segundo a CEDH, em harmonia com o artigo 34.º da CEDH.⁹⁰ *Em quarto lugar*, o projeto de acordo não prevê a eventualidade de a União decidir não assumir a posição processual de co-demanada. Não obstante, esta postura da UE pode ser interpretada como um *consentimento tácito permissivo* da revisão do seu direito.⁹¹ *Em quinto lugar*, ilumina-se uma incerteza prática

⁸⁸ MACHADO, J., *Direito da ...*, cit., pág. 580.

⁸⁹ Onde se pode ler “Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção (...)”.

⁹⁰ Nos processos perante o TEDH o requerente perde o estatuto de vítima quando a violação é removida. *Vide* FROWEIN, J. e PEUKERT, W., *Europäische Menschenrechtskonvention*, Art. 34, 3ª ed., Kehl, 2010, para. 32.

⁹¹ LOCK, T., “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU ...”, cit., pág. 27.

uma vez que o projeto de acordo não clarifica se é o TEDH que requer a análise do TJUE ou o inverso.⁹² *Por fim*, o projeto de acordo não concretiza os trâmites do procedimento junto do TJUE. A solução decorre do primeiro esboço deste acordo no qual se determinou que o *modus operandi* deste procedimento decorria nos termos das *regras internas* da UE.⁹³ Assim, tendo em conta o naipe de opções fornecidas pelos Tratados, a Comissão Europeia sugeriu, num documento de trabalho,⁹⁴ o reenvio prejudicial como modelo a seguir para assegurar a intervenção prévia do TJUE.⁹⁵ Nesse mesmo documento entendeu-se diferir a decisão final deste aspeto para o momento em que o Conselho delibere sobre a conclusão do acordo de adesão nos termos do artigo 218.º, n.º 6 e 8 do TFUE.⁹⁶

Síntese conclusiva

O projeto de acordo de adesão da União Europeia à CEDH, fruto de um fenómeno de *cooperação internacional*, alcançou o seu objetivo último: adaptar um sistema (o da CEDH) criado e pensado para Estados. Sem dúvida que a tarefa hercúlea de respeitar a *autonomia* do direito da União foi bem-sucedida essencialmente, por três ordens de razões: em primeiro lugar, o acordo de adesão proposto não cria novas competências para a União. Em segundo lugar, o âmbito do mecanismo do co-demandado permite assegurar que as queixas serão corretamente dirigidas contra a União ou contra os Estados membros. Em terceiro lugar, preservam-se a autonomia da ordem legal da União bem como a posição do TJUE enquanto *gatekeeper* dessa mesma ordem.

Todavia, os *aspetos processuais* desta adesão necessitam ainda de ser apurados. Em bom rigor e verdade, é desnecessária a complexidade em torno do funcionamento do mecanismo do

⁹² O artigo 3.º, n.º 6, refere vagamente que será “concedido tempo suficiente ao TJUE” (“(...) then sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment (...)). LOCK, T., defende que cabe ao TEDH autorizar o TJUE com fundamento na última parte do n.º 6 do artigo 3.º do projeto de acordo de adesão. V. “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU ...”, cit., pág. 28.

⁹³ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/CDDH-UE_documents/CDDH-UE_2011_04_en.pdf, consultado no dia 17 de maio de 2012.

⁹⁴ European Commission Working Document DS 1930/10, parágrafo 5., acessível on-line em http://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/ds_1930/10_previous_involvement_of_the/f=/vimuezriawbg.pdf, consultado no dia 16 de maio de 2012. Esta referência às regras internas foi mais uma vez, claramente, com a intenção de preservar a autonomia da UE na medida em que, se o acordo criasse um procedimento específico, traduzir-se-ia numa alteração travestida aos Tratados.

⁹⁵ Diferentemente, KUIJER, M., propõe a utilização do próprio mecanismo do co-demandado para garantir a prévia intervenção do TJUE. V. “The Accession of the European Union to the ECHR ...”, cit., pág. 26.

⁹⁶ V., *idem*, parágrafo 10. A doutrina concorda com esta solução e acrescenta que deveria caber à Comissão Europeia a iniciativa para desencadear este processo interno de revisão e controlo pois essa competência decorre já do artigo 263.º, n.º 2 do TFUE. Cfr. LOCK, T., “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU ...”, cit., pág. 30.

co-demandado. Mas sem dúvida que a maior fraqueza deste mecanismo reside na sua natureza voluntária. Por outro lado, não nos parece razoável a solução encontrada para os casos em que o TJUE não teve oportunidade para se debruçar sobre as situações que levantam questões de conformidade do direito da União com a CEDH. Segundo cremos, essa opção resvala numa discriminação do TJUE quando comparado com os demais tribunais de última instância que não beneficiam deste *privilégio de revisão judicial*. E, por último, esta intervenção prévia do TJUE adensa a complexidade do, já de si complicado, mecanismo do co-demandado podendo ser a causa de desrazoáveis atrasos nos procedimentos perante o TEDH.

Na verdade, estes aspetos processuais exigem uma reflexão e um labor jurídico-técnicos mais profundos, sobretudo ao nível interno na União. De todo o modo, este projeto de acordo de adesão foi já enviado para o Comité de Ministros para aprovação ainda que não seja de excluir de forma absoluta a possibilidade de revisão e alteração do mesmo. Supondo que o Comité de Ministros aprova este projeto, a sua entrada em vigor topa com uma série de obstáculos. *Primo*, os quarenta e sete Estados partes na CEDH e a União terão de o subscrever. Nessa data a UE terá, então, a oportunidade para formular qualquer reserva à CEDH no caso de entender que a mesma enferma de alguma desconformidade com o direito da União. *Secondo*, no que respeita à ratificação do acordo, há que destringir as ratificações dos Estados Partes da CEDH da ratificação da EU. No segundo caso, o artigo 218.º do TFUE prevê um regime especial para a ratificação deste acordo segundo o qual o Conselho, deliberando por maioria qualificada, decidirá sobre o destino da celebração do acordo depois da aprovação do Parlamento Europeu. Posteriormente, a decisão do Conselho será aprovada por cada Estado membro de acordo com os respetivos requisitos constitucionais. De harmonia com o n.º 6 do artigo 218.º, pode ser solicitado parecer ao TJUE e, no caso de o mesmo ser negativo, o acordo projetado não pode entrar em vigor. *Last but not the least*, o acordo carecerá da aprovação dos quarenta e sete Estados Parte da CEDH, incluindo os vinte e sete Estados membros da UE, com o respeito, novamente, pelos requisitos constitucionais de cada um dos Estados membros.

Em conclusão, a adesão da UE à CEDH é um passo de gigante para o reforço da proteção dos direitos fundamentais na Europa. Porém, convém não esquecer que a União adere a um sistema em profunda crise e sob o perigo de asfixia pois luta com, aproximadamente, 150,000 casos pendentes.

Referências bibliográficas

CANOR, I. - “Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?”, *European Law Review*, 2000.

CATABIA, M. - “The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: The European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue”, in Carlo CASONATO (ed.) *The protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli studi, Trento, 41, 2004, pág. 81 e ss.

DUARTE, Maria Luísa - *União Europeia e Direitos Fundamentais. No espaço da internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2006

EECKOUT, P. - *External Relations of the European Union*, Oxford, 2004.

FROWEIN, Jochen e PEUKERT, Wolfgang - *Europäische Menschenrechtskonvention*, Art. 34, 3ª ed., Kehkl, 2010.

GOLSONG, Heribert - *Grundrechtsschutz im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften*, Europäische Grundrechtezeitschrift, 1978, pág. 346.

GROUSSOT, Xavier , LOCK , Tobias e PECH, Laurent - “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011”, *policy paper, foundation Robert Schuma, European Issues*, n.º 218, 7 de Novembro de 2011.

GUILD, Per e LEISIEUR - *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights. Who said what when?*, Kluwer, 1998.

JACQUÉ, J.-P. - “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, n.º 48, 2011, pág. 995 e ss.

KRUGER, Hans Christian e POLAKIEWICZ, Jorg - “Proposal for a Coherent Human Rights Protection System in Europe. The European Convention on Human rights and the EU Charter of Fundamental Rights”, *Human Rights Law Journal*, vol. 22, n.º 1-4, Outubro de 2001.

KUIJER, Martin - “The Accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR’s 60th anniversary or na Unwelcome intruder at the party?”, *Amsterdam Law Forum*, Vol. 3, n.º4, 2011 , pág. 17-32.

LEÃO, Anabela - “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Protegendo os direitos a um nível multidimensional”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra editora, Ano III, 2006.

LIMANTE , Agne - “Draft EU to ECHR Accession Agreement: fitting Cinderella’s shoes for Gulliver”, disponível on-line em <http://kslr.org.uk/blogs/europeanlaw/2012/01/29/50/>, consultado no dia 15 de maio de 2012.

LOCK, Tobias - “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order”, *Common Market Law Review*, n.º 48, Julho/Agosto 2011.

MACHADO, Jónatas - *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2010.

MIRANDA, Jorge - *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, “Sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia”, Princípia, 2006, pág. 483 e ss.

PUISSOCHET, P. - “La Cour européenne des Droits de l’Homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des Droits de l’homme”, in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold & L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective – Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Cologne: Carl Heymanns Verlag, 2000.

SCHUTTER, De - “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, n.º 83, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 2010, pág. 551-552.

SPIELMANN, D. - “Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg courts: conflicts, inconsistencies, and complementarities”, in P. Alston (ed.), *The EU and Human rights*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEILER, J.H.H. e FRIES, Sybilla C. - “A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences”, *The EU and Human Rights*, eds. Philip Alston, 1999.

VENTURA, Catarina Sampaio - “Contexto e justificação da carta”, *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

Anexos

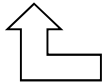
Quadro 1. O mecanismo do co-demandado em toda a sua simplicidade

Se o **TJUE interveio** durante o processo: esse envolvimento prévio depende de saber se o TJUE já analisou a compatibilidade com os direitos da CEDH

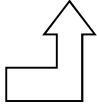
Se o **TJUE não interveio**: é necessário que tenha havido essa intervenção (com base e nos termos de um procedimento a ser

Quando a UE é **co-demandada**: o requerente apenas tem de provar que percorreu as “vias de recurso internas” – *ex vi* art. 35.º da CEDH (mas o reenvio prejudicial não cabe neste conceito)

Quando um Estado membro (EM) é **co-demandado**: o requerente só tem de provar a exaustão de todas as vias de recurso da União



Aplicação do mecanismo do co-demandado (cabe ao TEDH verificar se se encontram reunidas as condições exigidas pelo art. 3.º do acordo de adesão)



Mecanismo do co-demandado **não** aplicado

Mecanismo do co-demandado **não** aplicado

UE recusa ser co-demandada

UE quer ser co-demandada

EM quer ser co-demandado

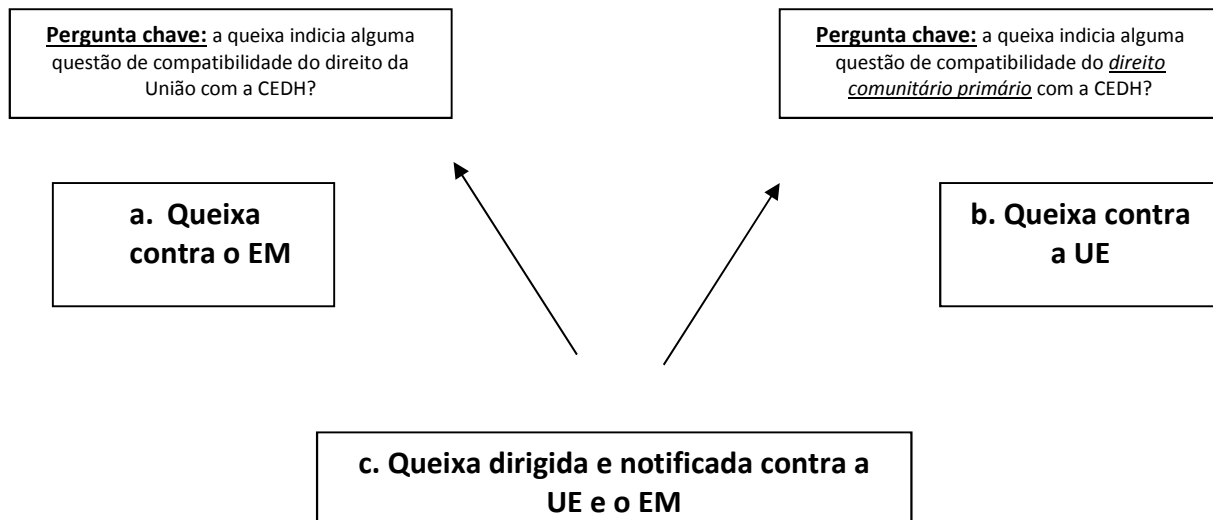
EM recusa ser co-demandado

NÃO

SIM

SIM

NÃO



Quadro n.º 2 : acesso ao Tribunal de Estrasburgo para queixas relacionadas com a EU. Antes e o depois da adesão

A . Queixas de indivíduos interpostas diretamente contra atos da EU com fundamento na violação da CEDH serão admissíveis após a adesão à CEDH

B. Queixas que já são admitidas nos casos em que um Estado membro alegadamente tenha violado um direito do requerente tutelado pela CEDH no momento da execução e aplicação do direito da União (o teste da “proteção equivalente” dever ser aplicado)

