

**A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA
RELEVÂNCIA PARA A PROTECÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA UNIÃO EUROPEIA
ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-SISTEMÁTICO**

SÉRGIO SARAIVA DIREITO

[❏] O presente trabalho constitui uma versão elaborada a partir do relatório escrito de mestrado, no âmbito da disciplina de Direito Comunitário Institucional I, sob a regência do Prof. Doutor Fausto de Quadros, no ano lectivo de 2001-2002, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O texto ora apresentado foi concluído em Setembro de 2002.

SUMÁRIO

- ❖ Principais abreviaturas utilizadas
- ❖ Introdução

Capítulo I

Delimitação conceptual e precisão terminológica

- § 1.º - Considerações preliminares: delimitação do objecto
- § 2.º - A opção pela expressão "direitos fundamentais" em detrimento de "direitos do Homem"
- § 3.º - Breve resenha histórica
 - 3.1. Razão de ordem
 - 3.2. Génese dos direitos fundamentais: concepção pré-estadual
 - 3.3. Direitos civis e políticos
 - 3.4. Direitos económicos, sociais e culturais
- § 4.º - Tendências hodiernas: da ambivalência à indefinição dos direitos fundamentais

Capítulo II

Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário: evolução histórica

- § 5.º - Razão de ordem
- § 6.º - Antecedentes históricos
- § 7.º - O Tratado de Roma e a dimensão económica da CEE
- § 8.º - O papel do Tribunal de Justiça
 - 8.1. Considerações preliminares
 - 8.2. As repercussões do(s) acórdão(s) *Solange* e o quadro evolutivo da jurisprudência
 - 8.3. Conclusão: a elaboração de um catálogo atípico de direitos fundamentais por via pretoriana
- § 9.º - A "Europa de Maastricht": a cidadania europeia e o artigo F
- § 10.º - As Instituições e os direitos fundamentais: referência sumária
- § 11.º - O Tratado de Amesterdão: reforço da protecção dos direitos fundamentais

Capítulo III

A Carta enquanto modelo referencial de protecção dos direitos fundamentais na União Europeia?

§ 12.º - Questões preliminares

§ 13.º - O processo de elaboração da Carta: a Convenção enquanto modelo de democraticidade e transparência

13.1. Antecedentes: o Conselho Europeu de Colónia

13.2. Composição e método de trabalho

§ 14.º - Divisão sistemática da Carta: o conteúdo material

14.1. Razão de ordem. Considerações gerais

14.2. Direitos e Liberdades pessoais

14.3. Direitos Sociais

14.4. Direitos de Cidadania

§ 15.º - Âmbito de aplicação pessoal - destinatários e competências

§ 16.º - Breves considerações sobre a natureza jurídica da Carta. Perspectivas futuras

§ 17.º - O gérmen da futura "Constituição Europeia"?

- ❖ Conclusões
- ❖ Jurisprudência comunitária citada
- ❖ Bibliografia
- ❖ Lista das principais abreviaturas utilizadas

PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS

| | |
|----------------|--|
| AAFDL | Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa |
| Ac. | Acórdão |
| AUE | Acto Único Europeu, de 28 de Fevereiro de 1986 |
| BCE | Banco Central Europeu |
| <i>BVerfGE</i> | <i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal Alemão) |
| <i>CDE</i> | <i>Cahiers de Droit Européen</i> |
| CDFUE | Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia |
| CEE | Comunidade Económica Europeia |
| CECA | Comunidade Europeia do Carvão e do Aço |
| CED | Comunidade Europeia de Defesa |
| CEDH | Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950 |
| CIG | Conferência Intergovernamental |
| <i>CMLR</i> | <i>Common Market Law Review</i> |
| Col. | Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância |
| CPE | Comunidade Política Europeia |
| <i>DDC</i> | <i>Boletim de Documentação e Direito Comparado</i> |
| DUDH | Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 |
| <i>ELR</i> | <i>European Law Review</i> |
| EUI | European University Institute |
| FDUC | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra |
| FDUL | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa |
| FDUNL | Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa |
| <i>GG</i> | <i>Grundgesetz</i> (Lei Fundamental de Bona) |
| IUE | Instituto Universitário Europeu |
| <i>MJ</i> | <i>Maastricht Journal of European and Comparative Law</i> |
| OIT | Organização Internacional do Trabalho |
| OUP | Oxford University Press |
| PE | Parlamento Europeu |
| PESC | Política Externa e de Segurança Comum |
| Proc. | Processo |
| <i>RDCE</i> | <i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i> |
| <i>RDUE</i> | <i>Revue du Droit de l'Union Européenne</i> |
| <i>RJ</i> | <i>Revista Jurídica</i> |

| | |
|--------------|--|
| <i>RMCUE</i> | <i>Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne</i> |
| RSCAS | Robert Schuman Centre for Advanced Studies |
| <i>RTDE</i> | <i>Revue Trimestrielle de Droit Européen</i> |
| <i>RTDP</i> | <i>Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico</i> |
| <i>RUDH</i> | <i>Revue Universelle des Droits de l'Homme</i> |
| TA | Tratado de Amesterdão, de 2 de Outubro de 1997 |
| TCE | Tratado que institui a Comunidade Europeia |
| TCEE | Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, de 25 de Março de 1957 |
| TEDH | Tribunal Europeu dos Direitos do Homem |
| TJCE | Tribunal de Justiça da(s) Comunidade(s) Europeia(s) |
| TUE | Tratado da União Europeia, de 7 de Fevereiro de 1992 |
| UAL | Universidade Autónoma de Lisboa |
| UE | União Europeia |

INTRODUÇÃO

I. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹ é hoje uma realidade incontornável. O seu significado simbólico e jurídico é incontestável. Não obstante, certezas quanto ao papel efectivo que desempenhará no ordenamento jurídico comunitário, ainda não (as) há.

O presente trabalho tem como objecto primordial o estudo da Carta e o levantar de questões² conexas (com a mesma). Mas, ultrapassando esta dimensão estática, pretende-se, duma forma necessariamente sucinta, *enquadrar a Carta no contexto histórico da protecção dos direitos fundamentais na União Europeia*, de molde a captarmos a necessidade do seu surgimento e a força das suas virtualidades ao nível do reforço da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário.

Podemos afirmar, por outras palavras, que para se atingir uma cabal compreensão do fundamento, do sentido, e das potencialidades da Carta dos Direitos Fundamentais, é necessário traçar, a jusante, ainda que em linhas sinópticas, um *quadro histórico*³ que forneça o enquadramento normativo susceptível de explicar o porquê e o como do surgimento desta Carta e o que ela encerra enquanto possível futuro paradigma de protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário.

II. Assim, começa-se por se delimitarem conceitos e quadros metodológicos de forma a que, fundamentalmente, saibamos qual a ideia de direitos fundamentais que a Carta propugna. Porque não "Carta de Direitos Humanos"⁴? Qual a dimensão que pode ser dada actualmente aos direitos fundamentais? Estará em crise esta noção, com as mudanças dos paradigmas Liberal e Social para a "gestão contínua de interesses antagónicos dentro da sociedade"?...

Enfim, pretende-se, no capítulo I, demonstrar que, para além do reduto mínimo e substancial ligado com a ideia de dignidade humana, pouco mais se pode afirmar, com segurança, sobre o que seja ou signifique a ideia (o *conceito*, enquanto referência mental associada a certos valores e padrões éticos) de "direitos fundamentais", tal a profusão de abordagens doutrinárias e históricas que podem ser aventadas.

¹ Doravante, por uma questão de simplicidade, utilizaremos a designação de *Carta*.

² É curioso, mas não deixa de ser significativo, notar que a grande maioria dos escritos sobre a Carta apresentam o título na forma de interrogação. Naturalmente, a novidade e as incertezas relacionadas com o futuro papel efectivo que a CDFUE assumirá dentro da União Europeia ditam que os Autores sejam cautelosos em não formular juízos dogmáticos. Assumiremos nós também uma atitude de humildade, mas arrogamo-nos o direito de adoptar sempre uma perspectiva crítica e não apenas narrativa.

³ Referindo-se ao "passado" dos direitos fundamentais na União Europeia, diz o Prof. CHRISTOPHER McCRUDDEN, *The Future of the EU Charter of Fundamental Rights*, Jean Monnet Working Paper (WP) 10/01, 2001, p. 7: "Why is this history relevant to the future of the Charter? The reason lies not simply in the tendency we all have to use history as scene setting, but also because *how we explain the past to ourselves profoundly seems to influence how we feel we should act in the future*" (itálico nosso).

⁴ O argumento formal de que não se quis correr o risco de se confundir a Carta com a já existente Convenção Europeia dos *Direitos do Homem* parece ser demasiado redutor e simplista para explicar a razão de se ter optado pela expressão "direitos fundamentais". Como pistas de reflexão, diremos, por ora, que a Carta pretende ir de encontro aos cidadãos comunitários, pretende legitimar as acções intrusivas das Instituições, pretende solidarizar as políticas comunitárias com os interesses e as angústias dos indivíduos concretos, desmistificando a eurocracia e envolvendo a opinião pública europeia, que se começa agora a delinear. As palavras de JEAN MONNET ecoarão perenemente e cada vez com mais simbolismo à medida que se corporiza a «famigerada» união política: "*Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes*".

No entanto, tal não obsta a que se proceda a uma clarificação básica, de princípio: não é forçoso falarmos de constitucionalização, nem sequer de positivação, para abarcarmos o conceito de direitos fundamentais, o que se exige é que estejamos perante *direitos atribuídos aos membros de uma comunidade política espaço-temporalmente delimitada*, em que se desenhem valores e tradições humanistas comuns, como é o caso da União Europeia⁵.

III. No capítulo II procede-se a uma breve análise do caminho que tem sido percorrido na defesa dos direitos fundamentais, desde o "económico" Tratado de Roma, passando pelo "revolucionário" Tratado de Maastricht, até ao actual Tratado de Nice⁶ que, espera-se, entrará em vigor, após a ratificação por todos os Estados membros⁷. Paralelamente aos tratados, é de salientar a construção pretoriana dos direitos fundamentais.

IV. A terceira parte deste estudo é, podemos dizê-lo, a mais importante, mas também aquela onde as lacunas serão, provavelmente, mais visíveis, dado que incidirá exclusivamente sobre a análise da Carta, na esperança de que se possa dar um (modesto) contributo para a compreensão da CDFUE, dentro do ambiente político-jurídico actual que se vive na União Europeia, em constante e permanente «ebulição».

Será que podemos afirmar que a Carta constitui o ponto de chegada, o culminar (*point of no return*) de um processo de *constitucionalização*⁸ da União Europeia⁹? O espectro do federalismo parece já não assustar ninguém. Mas, ao contrário, a ideia de uma Constituição Europeia¹⁰ ainda surge como uma imagem, aterradora para uns, algo estranha e bizarra para outros.

⁵ Assim se explica que, desde sempre, se tenha usado a expressão "direitos fundamentais" no seio da União.

⁶ Como se sabe, o povo irlandês pronunciou-se contra, através de referendo realizado em 7 de Junho de 2001, e disse "Nice is not nice". Adaptando uma expressão popular portuguesa, diríamos que este é um verdadeiro caso de "«tigre» (celta) que não conhece dono". Será que se pode conceber a hipótese de permanecer na União só pelos benefícios que daí se retiram? E a solidariedade, prevista no art. 10.º do TCE? Em todo o caso, parece que o obstáculo será ultrapassado com a realização de novo referendo, a realizar em Outubro de 2002. Aí, veremos se o governo irlandês já conseguiu "fazer passar a mensagem".

⁷ Mais concretamente, entra em vigor no 1.º dia do 2.º mês subsequente à entrega do documento de ratificação do último Estado membro a cumprir esta formalidade.

⁸ Como se antolha algo óbvio, não poderemos olvidar por completo esta questão. No entanto, dada a complexidade da mesma e a sua autonomia dogmática e científica face à Carta (*de per se*), queremos deixar claro que apenas focaremos a questão de uma forma instrumental e linear. Por se situar à margem do tema deste trabalho, mas ainda assim, assumir indiscutível importância, fomos colocados perante o dilema de abordar ou não, se sim, em que termos, esta questão. Optámos por fazer uma referência, já em jeito de conclusão. Entre nós, é indubitável que Autores como o saudoso Professor de Direito Comunitário FRANCISCO LUCAS PIRES e também o Professor MIGUEL POIARES MADURO, constituem referências incontornáveis, e ao que se sabe, o último é, actualmente, o único doutrinador português a dedicar-se com profundidade ao tema do Direito Constitucional Comunitário (ou Europeu).

⁹ E não apenas da Comunidade Europeia, visto o TCE ser já encarado como a «Carta Constitucional» de uma «Comunidade de Direito», com relativa naturalidade. Vd., nomeadamente, o acórdão de 23 de Abril de 1986, proferido no famoso caso *Les Verts*, onde o TJCE vem afirmar precisamente que "a CEE é uma *comunidade de direito*, na medida em que nem os seus Estados membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização de conformidade dos seus actos com a *carta constitucional* de base que é o Tratado". Já WALTER HALLSTEIN, na década de 60, sublinhava o facto de o Tratado de Roma representar o primeiro elemento de uma (futura) Constituição da Europa.

¹⁰ Que, em rigor, não poderá existir *qua tale*, se não se proceder a uma reformulação das categorias dogmático-conceptuais que, actualmente, caracterizam uma verdadeira Constituição formal, associada sempre às ideias de Estado (que, através dos seus

Limitar-nos-emos, por razões de ordem pragmática, a delinear um panorama geral, na certeza de que, quem se embrenhar pelos meandros desta temática não poderá, no actual *status quo*, formular posições dogmáticas ou sequer assertivas, pois a ausência de uma comprovação empírica conduzir-nos-á, na maioria das vezes, a elucubrações teóricas que se ficarão por aí. Tal como no caso da Carta, o devir constitucional da União, aparentemente já em marcha, deixa tudo em aberto.

V. Enquanto europeu e cidadão comunitário, julgo legítimo perguntar "*quo vadis* Europa?" Mais do que uma análise deveras interessante, do ponto de vista jurídico-formal, a Carta constitui um excelente

órgãos, exerce a vontade constituinte), soberania, povo e território. Cfr., no entanto, CARLA A. GOMES, *A natureza constitucional do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 1997, pp. 25 e 26: "Sempre que emerja, no plano internacional, uma entidade com uma individualidade própria, com características sociais e culturais que a distingam de outros sujeitos de Direito Internacional e que justifiquem a sua autonomização em termos políticos, existe a possibilidade de essa entidade se auto-dotar (ou ser dotada) de uma Constituição, em que a forma - norma com força formal superior, emanação de um poder constituinte originário - traduz a matéria que a suporta e legitima - uma ideia de Direito a prosseguir pela comunidade. [...]...dada a abrangência do conceito de Constituição, basta que haja uma comunidade de destinos partilhados por um determinado substracto populacional, um conjunto de características que permitam distinguir "o nós e os outros", para dele se poder fazer uso. Uma Constituição deve ser sobretudo um *bilhete de identidade* de uma comunidade susceptível de corporizar um projecto social irrepitível, único, independentemente do facto de ser ou não reconhecida como detentora de poder constituinte formal".

Concordamos com a Autora quando faz apelo à dimensão material-substancial da Constituição, enquanto norma suprema que diferencia uma comunidade de direito que corporiza valores morais e culturais comuns - neste caso, é possível falar de *Constituição material na UE*. Já temos mais dificuldade em entender como é possível desvalorizar a vertente formal da Constituição, quando é justamente através da forma (democrática-legitimadora), que o poder constituinte mandata os órgãos de governo para interpretarem os valores e princípios fundamentais, plasmando-os num documento formalmente solene (apesar de haver Constituições não escritas). Para além disso, também temos algumas reservas quanto ao entendimento de que os Estados soberanos podem dotar uma outra comunidade de uma (hetero-)Constituição, como a Autora afirma na p. 24. Na verdade, poderíamos concordar que a fonte de onde emana a legitimidade constituinte se radicaria nos Estados, mas nunca apenas neles, a base de legitimação teria que ser confirmada pelos cidadãos, cuja participação representativa confere legitimidade à Constituição de um Estado. Pode dizer-se que os cidadãos participam indirectamente na manifestação da vontade fundadora, uma vez que os Parlamentos nacionais ratificam esse acto de adesão (diga-se, aliás, que este é um dos argumentos invocados por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Coimbra, 1997, pp. 145-146, para defenderem que o TUE é um tratado internacional clássico, e não um tratado constitucional), mas o problema volta a colocar-se, depois de se dotar essa entidade de uma "constituição". É que a ausência de forma e o facto de a natureza constituinte não emergir no seio dessa entidade, mas através de um acto exterior, não são depois compensados ao nível da estrutura institucional interna da entidade: mesmo existindo um Parlamento representativo dos cidadãos, quem vai exercer as competências legislativas atribuídas por essa "constituição", é um governo(s) "exterior" à própria comunidade política que se forma a partir dessa hetero-Constituição. Ou seja: a falta de legitimidade constituinte inicial não é compensada depois, precisamente porque não existe uma Câmara de Estados, que assegure que o poder constituinte é agora exercido dentro da comunidade, e não do exterior, tal como sucede com o Conselho, formado a partir de órgãos de governo legitimamente eleitos, mas cuja referência é o próprio Estado. No fundo, trata-se de dar mais poderes ao Parlamento e criar uma instituição que se "desprenda" do tal poder constituinte exterior e interprete a "Constituição" dessa comunidade-entidade como um quadro jurídico-político que origina uma comunidade política diferenciada e não decalcada das comunidades estatais. Daí afirmarmos que há que superar, fazendo apelo a outras formas de legitimação política, as categorias típicas que envolvem a Constituição. Não obstante, parece-nos correcto falar em "hetero-pré-Constituição" (CARLA GOMES, *op. cit.*, p. 34) e em constituição material no seio da União Europeia, não devido aos Tratados em si, que nessa medida se limitam a regular competências e definir políticas de acção comunitária, mas devido à interpretação das disposições desses mesmos Tratados que foi feita pelo TJCE, usando, não uma linguagem de direito internacional, mas antes de direito constitucional, afirmando por esta via que a "soberania" da União derivava da supremacia sobre o direitos internos e não propriamente da transferência de poderes dos Estados para essa mesma União.

exercício de reflexão sobre o futuro desta "nau-Europa"¹¹ em que embarcámos, sem sabermos muito bem qual o (nosso) destino ou que perigos nos espreitam durante a viagem.

CAPÍTULO I

Delimitação conceptual e precisão terminológica

§ 1.º - Considerações preliminares: delimitação do objecto

1. Seria, com certeza, tarefa arriscada aventurarmo-nos por uma teorização explicativa e crítica do que significa a expressão *direitos fundamentais*¹². É usual falar-se, v.g., em dimensões dos direitos fundamentais, em perspectivas¹³ ou em classificações doutrinárias e históricas.

É óbvio que o nosso intuito é bastante mais modesto e pragmático. Da nossa parte, diremos que não seria possível analisar a *Carta dos Direitos Fundamentais da UE* sem, previamente, se ter uma noção (ainda que recorrendo a esquemas) do que significa "direitos fundamentais" neste contexto.

Trata-se apenas de fixar ideias e terminologias, de modo a "não trabalharmos no escuro". Como em qualquer outra realidade, também aqui os pré-requisitos necessários para a compreensão de um conceito têm de ser alcançados.

¹¹ A expressão é de EDUARDO LOURENÇO. Cfr. *A Europa desencantada*, Lisboa, 2001, p. 114.

¹² Para um maior aprofundamento da questão, cfr., por todos, nomeadamente, J. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001; do mesmo Autor, "Direitos Fundamentais", in *Polis*, Verbo, 1984, pp. 602 ss.; J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 4.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 369 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, 2.ª ed., revista e actualizada, Coimbra, 1993; MIGUEL FARIA, *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem, vol. I*, 3.ª ed. revista e ampliada, Lisboa, 2001, pp. 3-92. Repare-se que citamos estas obras, todas elas referenciadas à CRP de 1976, mas o que nos interessa, a este título específico, são as considerações gerais (*abstractas*), desprendidas de qualquer vínculo concreto à Constituição portuguesa. Do que se trata é de averiguar qual o sentido de "direitos fundamentais" mais condizente com a *ratio* da *Carta*.

¹³ À primeira vista, seríamos tentados a enquadrar os direitos fundamentais da Carta na perspectiva internacionalista, dado tratar-se de um documento de cariz internacional, mas parece mais adequado optarmos pela perspectiva «constitucional», apesar de todas as dúvidas relacionadas com a aplicabilidade das categorias típicas dos Estados soberanos (como é a constituição) a uma comunidade de Estados, no caso a CE. A este respeito, atentemos nas palavras lapidárias de VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 43: "A Carta Europeia de Direitos Fundamentais [...] constituirá um *nível «constitucional» de direitos fundamentais* aplicáveis nas relações jurídicas comunitárias no âmbito da União Europeia. Essa Carta servirá como parâmetro de validade e critério de interpretação e aplicação de todo o direito comunitário [...] - os cidadãos portugueses serão titulares dos direitos consagrados na Carta, que poderão invocar também perante as autoridades nacionais, quando estas actuem no contexto das matérias comunitárias, sem necessidade de qualquer acto estadual de recepção, ou sequer de regulação, se forem direitos imediatamente exequíveis" (itálico nosso).

§ 2.º - A opção pela expressão "direitos fundamentais" em detrimento de "direitos do Homem"

2. Nas palavras de GOMES CANOTILHO, "*direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta"¹⁴.

Perfilhamos, sem reservas, este entendimento, pois adapta-se na perfeição às conclusões que pretendemos extrair sobre a opção, na Carta, da expressão "direitos fundamentais".

Na verdade, há relativa unanimidade em entender-se que, por um lado, a ideia de "direitos do homem" é anterior à de "direitos fundamentais" e adequa-se mais às perspectivas filosófica e internacionalista. Por outro lado, pode também dizer-se que a ideia de direitos fundamentais surge, originariamente, ligada ao movimento de constitucionalização (positivação) emergente no séc. XVIII e também ao aparecimento do Estado moderno, basicamente como reacção ao absolutismo (iluminista) e ao poder ilimitado do soberano. O cidadão ganha foros de dignidade e passa a ser visto como o centro de todos os interesses, e a razão última da governação identifica-se agora com o bem-estar de todos os cidadãos.

Ou seja: o *breaking-point* reside precisamente no facto de os *direitos* (imutáveis e transcendentais) *do homem* se transformarem, sem perderem o seu conteúdo substancial de promoção da dignidade humana, em *direitos de cada homem*, concreto e integrado numa comunidade jurídico-política definida. A partir daqui, está definitivamente implantada a ideia de "direitos fundamentais".

3. Numa fórmula da qual não partilhamos, SÓNIA TEIXEIRA afirma que "os Direitos Fundamentais são um *minus* face aos Direitos Humanos na medida em que consistem numa forma de os positivar por via constitucional consistindo assim a suprema expressão da ordem axiológica da comunidade"¹⁵.

A Autora usa uma fórmula aliciante mas, a nosso ver, demasiado simplista. Se entendêssemos que os direitos humanos passavam a ser direitos fundamentais assim que eram incorporados numa Constituição¹⁶, teríamos à partida de concluir pela incongruência da designação da Carta, pois, actualmente, não existe uma Constituição Europeia *stricto sensu*. Há que ir mais longe, o critério formal não serve no caso da CDFUE, logo, resta-nos o substrato material da ideia de direitos fundamentais, é na

¹⁴ Cfr. *op. cit.*, p. 387.

¹⁵ *A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 1998, p. 54.

¹⁶ Como adverte GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 372, "a positivação jurídico-constitucional não «dissolve» nem «consume» quer o momento de «*jusnaturalização*» quer as *raízes fundamentantes* dos direitos fundamentais". Já BARAV/PHILIP, "Droits Fondamentaux", in *Dictionnaire Juridique des Communautés Européennes*, Paris, 1993, p. 412, parecem atender apenas ao aspecto material ("núcleo de direitos essenciais e inalienáveis da pessoa humana, válidos em todas as circunstâncias e sem possibilidade de derrogação") do conceito, desligando-o de qualquer positivação e aproximando-o, assim, da ideia de «direitos do homem» que os próprios Autores vêm a reconhecer como sendo sinónimo de *direitos fundamentais*, no contexto comunitário.

densificação *radical* («raiz») do conceito que temos de encontrar o apoio para conceptualizarmos os direitos contidos na Carta. Por outro lado, não parece ser necessário afirmar uma relação de supremacia entre as duas categorias de direitos, ou sequer dizer que os direitos humanos¹⁷ englobam ou consomem os direitos fundamentais.

Inclinamo-nos até a pensar que os direitos fundamentais são um *plus* face aos direitos do homem. Isto por três razões:

Primeiro, os direitos do homem são geralmente declaratórios e desprovidos de tutela jurisdicional efectiva^{18 19}. Realça-se a sua vocação universal, mas descuram-se os meios de os garantir.

Em segundo lugar, enquanto direitos imutáveis e imanentes à dignidade humana, válidos para todos os tempos e povos, surgem com um carácter tipificado e fechado, ou seja, não possuem a característica própria dos direitos fundamentais, que é a elasticidade ou abertura²⁰ a novos direitos.

Finalmente, o argumento decisivo a favor dos direitos fundamentais prende-se com o facto de os direitos do homem serem direitos «cegos», «direitos sem vida» ou sem o *húmus* necessário que os faça «vibrar». E porquê? Precisamente porque são direitos intemporais e imutáveis, são direitos, ao contrário dos direitos fundamentais, que não servem para distinguir ou caracterizar uma determinada comunidade, justamente porque são inapropriáveis, são património da Humanidade, de todos e de cada um. Ora, o apelo aos direitos fundamentais é muito mais sedutor, já que corporiza um sinal distintivo (neste caso, da União como espaço político face ao mundo exterior) de pertença, de inclusão em determinadas raízes, tal como aliás acontece com o conceito de cidadania (europeia).

Transpondo estas ideias para o plano de análise da Carta, diremos que é precisamente pelo facto de se tratar de direitos concretos, reconhecidos numa ordem jurídica (comunitária) delimitada, que foi adoptada a expressão direitos fundamentais.

¹⁷ Concordamos, em parte, com MIGUEL FARIA, *op. cit.*, p. 5, na crítica que tece ao uso generalizado da expressão direitos humanos, que mais não é do que a tradução literal do inglês *human rights*. Poder-se-á objectar que se trata de um pormenor terminológico sem qualquer interesse, mas ainda assim, diremos que, quer por razões culturais-ideológicas, quer por razões de simbolismo e ênfase, é defensável insistir na fórmula "direitos do homem", tal como fazem os franceses, e generalizada a partir da Revolução Francesa e emergente *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*, de 26 de Agosto de 1789. Claro que a posição defendida pode ser facilmente atacável se adoptarmos uma perspectiva mais "feminista": neste caso, dir-se-ia que o (politicamente) correcto é falar-se em "direitos do Homem e da Mulher". Por esta razão, parece-nos que, dum ponto de vista terminológico, a expressão mais correcta, se quisermos ser preciosistas, é "*direitos humanos fundamentais*" (*fundamental human rights*) que, aliás, apesar de ser pouco utilizada, é aquela que melhor exprime o sentido último do conceito, ligado com a dignidade humana.

¹⁸ Vejam-se, *v.g.*, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 1969, a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, de 1981. Claro que a CEDH não se coloca ao mesmo nível, uma vez que constitui o sistema mais avançado de protecção (jurisdicional) internacional dos direitos do homem, no mundo. Também a DUDH e os Pactos de 1966 ocupam um papel de grande relevo, sendo pacificamente considerados como *ius cogens* internacional. Sobre esta matéria, cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pp. 277 ss..

¹⁹ "Os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos" - GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 372. Claro que, neste plano, a Carta ainda apresenta um grave *handicap*, mas parece errado reduzi-la a uma mera declaração de direitos. De todo o modo, dizer-se que a CDFUE deveria ser vinculativa depende da perspectiva em que nos colocamos.

²⁰ Várias designações se poderiam indicar: inclusividade, acumulação, variedade. Com VIEIRA DE ANDRADE, "Direitos Fundamentais", *cit.*, p. 602, diríamos que "nesta matéria [...] pouco ou nada se perde: cada mudança é um acréscimo e o passado permanece".

A nosso ver, não há necessidade da "referência constitucional" - pelo menos, nos moldes tradicionais - para que se fale de direitos fundamentais e para estes assumirem o papel que tradicionalmente lhes é reservado: o de, por um lado, protegerem os cidadãos contra os abusos de poder que tendem a ser exercidos por quem detém prerrogativas de autoridade; por outro lado, e mais importante ainda, impor obrigações, de facto e de direito, ao detentor do poder, com vista a alcançarem-se níveis elevados de segurança e paz jurídicas.

Digamos que a Carta é portadora, desde logo, de uma mais-valia: ela faz sentir aos cidadãos comunitários que são especiais e que merecem ser valorizados e defendidos, por pertencerem a uma comunidade com elevados padrões de exigência jurídica e ética.

4. Como advertência e clarificação final, queremos apenas deixar expresso que não é errado, do nosso ponto de vista, utilizarem-se as expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" em sinonímia. A doutrina fá-lo, também nós o faremos.

No entanto, pareceu-nos importante fazer a distinção *conceptual* entre as duas categorias, o que não significa que tenhamos, por essa via, aceite que existe uma distinção *substancial* a efectuar. Afinal, quer os direitos fundamentais, quer os direitos humanos nasceram, foram criados e têm-se expandido em função de um magno denominador comum: a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade moral a que todos os homens e mulheres têm direito.

§ 3.º - Breve resenha histórica

3.1. Razão de ordem

5. Em traços gerais, fixemo-nos em três momentos históricos correspondentes à evolução dos direitos fundamentais:

O primeiro período, situado entre a Antiguidade e o aparecimento do Estado moderno, não acolhe os direitos fundamentais, mas vai germinando ideias de "direitos naturais", "direitos inatos", "direitos originários", "direitos inalienáveis", que seriam transcendentais e imutáveis, imanentes ao Homem e ínsitos na sua natureza, apenas pelo facto de serem homens.

O segundo momento inicia-se com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*²¹, que constituiu, sem dúvida, a grande matriz de toda a legislação europeia em matéria de direitos fundamentais. Com a positivação dos direitos subjacentes à dignidade humana, dá-se um corte histórico

²¹ Repare-se que, se a Revolução Francesa é o ponto de viragem histórica para a constitucionalização dos direitos fundamentais (herdeiros do liberalismo), as *declarações anglo-saxónicas* são também referidas como contendo já uma ideia de catalogação de direitos (que não o eram verdadeiramente, pois tratava-se de pactos e de privilégios atribuídos a certas classes sociais - daí a designação de *direitos estamentais* ou "*direitos de desigualdade*"). Assim aconteceu, nomeadamente, com a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. Ao serem transplantados para os territórios coloniais, estes "direitos dos ingleses" vão frutificar na Revolução americana como direitos dos homens, recorrendo-se já, nas Declarações de Direitos dos Estados, a fórmulas universais. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 19.

com o passado e a ideia de direitos fundamentais, constitucionalizados, por referência a uma comunidade jurídica concreta, vai ganhando força.

Por último, o aparecimento das teorias socialistas marca a passagem para os direitos sociais²², abandonando-se assim a anterior visão individualista e liberal e passando a privilegiar-se uma perspectiva correctora em que o Estado assume um papel proeminentemente activo e intervencionista.

3.2. Génesse dos direitos fundamentais: concepção pré-estadual

6. Como referimos *supra*, a ideia de direitos fundamentais, como é hoje entendida, foi sendo construída paulatinamente. É geralmente apontado como embrião de uma ideia de direitos do homem, o período da *civilização romana*²³, nomeadamente, com o retomar e aprofundar do pensamento dos estóicos, pelo grande jurista CÍCERO. Este jusfilósofo procedeu a uma tripartição do direito, distinguindo entre o *ius civile*, aplicável aos cidadãos romanos, o *ius gentium*, para os estrangeiros, e o *ius naturale*, inscrito na natureza das coisas e aplicável a todos os homens, em qualquer época. É precisamente nesta última categoria que podemos encontrar a raiz do que viriam a ser os direitos fundamentais.

O marco seguinte, no período medieval, é o *cristianismo*, que vem nobilitar a universalidade do homem e introduzir o elemento do "amor ao próximo" e da caridade²⁴, fazendo apelo à ideia fundamental de igualdade e dignidade do ser humano.

Já a *Reforma*, no séc. XVI, serviria de mote para o desabrochar de novas correntes filosóficas, ao introduzir um elemento novo à definição da palavra divina: a liberdade²⁵ de o homem a interpretar, sem a mediação da Igreja e dos seus dogmas. Estava aberto o caminho para o jusnaturalismo, que viria a desembocar no juscontratualismo (GRÓCIO, HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU) e no jusracionalismo e que forneceria a ideologia necessária para o aparecimento da teoria liberal dos direitos fundamentais e dos direitos civis e políticos.

²² Optámos por não autonomizar os «direitos de terceira geração» que, em geral, são identificados com a fruição de bens colectivos ou difusos. Trata-se dos chamados *direitos de solidariedade*, que se vêm juntar às anteriores categorias dos "direitos de defesa" (direitos civis), "direitos de participação" (direitos políticos) e "direitos a prestações" (direitos sociais). Pensamos que não se trata de uma categoria nova *ab initio*, mas apenas o desenvolvimento lógico dos direitos sociais, daí o não tratarmos dela separadamente.

²³ Se regredirmos ainda mais no tempo, podemos apontar como referências o *Decálogo*, composto pelos 10 Mandamentos ou, mais simbolicamente, na cultura grega, o exemplo deixado por SÓFOCLES, na tragédia *Antígona*, em que se desenha já uma ideia de leis imanes ao homem, invioláveis e inalteráveis.

²⁴ Que viria mais tarde a revelar-se o prelúdio da acção social do Estado e dos direitos fundamentais sociais.

²⁵ O que, de certa forma, constituiu uma ruptura face à Escolástica e à autoridade dos Doutores da Igreja, de que são expoentes máximos Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.

3.3. Direitos civis e políticos

7. Pode dizer-se que a partir de 1789 a expressão "direitos do homem" obteve a consagração plena, em detrimento de "direito natural". Por outro lado, os direitos civis^{26 27} nasciam em todo o seu esplendor, abarcados pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do *Cidadão*.

Direitos civis, direitos de liberdade ou direitos de defesa, todas as designações querem significar que, ao lado dos direitos do homem "antropológico", se atende agora à dimensão social do homem integrado numa comunidade, ao homem político que convive inserido na *polis*. Doravante, os direitos fundamentais apenas o serão se e nos termos em que estiverem formalizados constitucionalmente.

8. Note-se que o fenómeno de *limitação de poder*²⁸, surgido da reacção ao período absolutista, é determinante para a compreensão destes direitos. Nas palavras de MIGUEL FARIA: "Condicionando-se a esses direitos e respeitando-os, o Poder adquire raízes naturais e legitima-se face ao povo, ao serviço do qual está toda a razão da sua existência"²⁹.

9. Ora, recorrendo aos valores da liberdade e da propriedade, a sociedade política de construção liberal vai sedimentando os direitos e formulando mecanismos de garantia (através da separação de poderes)³⁰, e à medida que se aprofunda a democracia começa-se a delinear o aparecimento dos chamados *direitos políticos*³¹, que se assumem como verdadeiros direitos de participação ou liberdades positivas³², no sentido de o indivíduo³³ passar a intervir na vida política, exercendo a sua quota-parte de poder para escolher o sistema de governo (dentro do modelo democrático) que mais lhe agrade. Neste âmbito, o *sufrágio universal* constituiu um ponto de viragem.

²⁶ Adoptámos esta classificação, por ser aquela que está mais generalizada. Queremos advertir, no entanto, que "direitos civis" não tem o mesmo significado de "direitos cívicos". A distinção entre os dois conceitos alcança-se facilmente se pensarmos que os direitos cívicos são direitos dos cidadãos activos, são *direitos de participação* ou direitos a prestações do Estado, decorrentes do facto de o indivíduo possuir a qualidade de cidadão membro de uma comunidade politicamente organizada. Neste sentido, poderíamos identificar os direitos cívicos com as liberdades e garantias de participação política e os direitos civis com as liberdades e garantias pessoais.

²⁷ Como exemplos clássicos de direitos civis, temos os direitos à vida, à integridade física, à liberdade, ao respeito pela vida familiar, o direito de propriedade, as garantias do processo criminal, as liberdades de expressão, reunião e associação, entre outros. Na Carta, estes direitos civis estão dispersos pelos capítulos da "Dignidade", das "Liberdades" e da "Justiça".

²⁸ De acordo com o clássico entendimento de ADRIANO MOREIRA, o poder deve ser encarado na sua tridimensionalidade: forma, sede e ideologia. Para mais desenvolvimentos, cfr. MIGUEL FARIA, *op. cit.*, pp. 55 ss., onde o A. expõe ideias interessantes e actuais, v.g. ao referir-se à contracultura e às "forças atípicas" de poder que condicionam a acção dos órgãos de governo.

²⁹ *Op. cit.*, p. 74.

³⁰ "A necessidade de prevenir arbitrariedades levou os Revolucionários franceses a alçar a ideia de Direito emergente da convulsão revolucionária a um documento escrito onde se plasmassem as linhas orientadoras da nova ordem política: a *separação de poderes* e o *respeito pelos direitos dos cidadãos*" (itálico nosso). Cfr. CARLA A. GOMES, *op. cit.*, p. 15.

³¹ Também os direitos políticos são facilmente identificáveis, actualmente. Temos, v.g. o direito de petição e de sufrágio, o direito de acesso a cargos políticos ou o direito de formação de partidos políticos. Parece que o cap. V da CDFUE trata precisamente dos direitos políticos. Mas também o art. 12.º (liberdade de associação) poderá considerar-se como um direito político.

³² Cfr. GOUCHA SOARES, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2002, p. 7.

³³ Não todos, mas apenas os cidadãos activos.

10. A Revolução Industrial, o sindicalismo operário, as doutrinas socialistas, entre outros, foram factores decisivos para o posterior reconhecimento dos chamados *direitos sociais*, que começaram por ser "direitos e garantias dos trabalhadores", numa luta pela melhoria das condições de trabalho e desenvolvimento da qualidade de vida.

3.4. Direitos económicos³⁴, sociais³⁵ e culturais^{36 37}

11. A segunda geração de direitos fundamentais começa a desenvolver-se com o aparecimento dos fenómenos de socialização e a superação da sociedade liberal.

A paz social passa a pressupor e responsabilizar a Administração e exigem-se do Estado medidas de planeamento e uma intervenção (directa) nos vários sectores da sociedade que preveja um sistema de prestações em prol dos cidadãos.

É então que surge a categoria dos "direitos a prestações", também designados de *direitos fundamentais sociais*.

Em geral, o traço comum a estes direitos é o facto de postularem uma intervenção estadual³⁸ que, muitas vezes, não se queda apenas com a criação de mecanismos jurídicos, antes exige prestações a que os cidadãos têm direito. Como refere VIEIRA DE ANDRADE, tem-se entendido que estes direitos são "*direitos sob reserva do possível*"³⁹, dado que a escassez dos recursos postos à disposição do Estado implica que este tome opções quanto à sua afectação material definindo, para tal, as suas prioridades, de acordo com um programa de governo.

§ 4.º - Tendências hodiernas: da ambivalência à flexibilidade dos direitos fundamentais

12. Actualmente, pode falar-se de dois movimentos em expansão, de âmbito diverso: o primeiro consiste no aprofundamento da chamada *consciência ético-jurídica internacional*, i.e., "à medida que as fronteiras se foram abrindo, a esfera de relevância internacional foi-se alargando e consagrou-se a ideia de

³⁴ V.g., o direito ao trabalho, a liberdade de empresa, ou o direito à propriedade privada.

³⁵ Como exemplos clássicos, temos os direitos à segurança social, à habitação, ao ambiente e qualidade de vida, à protecção da infância, da velhice, da maternidade, dos deficientes, entre outros.

³⁶ Por exemplo, os direitos à educação, à criação cultural e científica, ao desporto.

³⁷ É costume identificarem-se os *direitos de solidariedade* com os chamados *direitos de "terceira geração"*, enquanto que os "direitos sociais" são por vezes designados de *direitos de igualdade* (por contraposição a "direitos de defesa") *positiva*. Note-se que na Carta os direitos sociais *lato sensu* estão repartidos pelos capítulos "Liberdades" (artigos 13.º a 17.º), "Igualdade" (24.º a 26.º) e "Solidariedade" (34.º a 38.º). Como se vê, a Carta tem um arranjo sistemático original.

³⁸ De uma concepção liberal em que se entendia que o Estado devia pautar-se pela abstenção e pela mínima intervenção possível na sociedade civil, passa-se para uma concepção radicalmente diversa, que impõe ao Estado que intervenha para corrigir desigualdades de facto e ajudar as classes mais desfavorecidas.

³⁹ Cfr. "Direitos Fundamentais", cit., p. 606.

que o gozo efectivo, pelos cidadãos de todos os Estados, de certos direitos fundamentais é uma *questão de direito internacional*⁴⁰.

Nestes termos, é correcto dizer-se que o princípio que hoje se afirma na cena mundial relativamente aos direitos humanos é, sem margem para dúvidas, o do *international concern*⁴¹, em certa medida sustentado teoricamente pela actual construção do direito de ingerência comunitária.

Sempre se dirá que não se trata, em rigor, de aprofundamento dos direitos fundamentais (precisamente porque estes são sempre referenciados a uma comunidade concreta), mas de uma progressiva generalização de padrões mínimos de *direitos dos homens e dos povos*⁴².

Por outro lado, o segundo movimento, e aquele que assume maior destaque para o que nos interessa, tem a ver com o fenómeno da sociedade de informação⁴³ e de consumo e, correlativamente, com a *elasticidade do conceito de direitos fundamentais*, falando-se agora em "direito a um ambiente sustentável"⁴⁴, "direitos de informação", "direito ao progresso e à melhoria contínua das condições de vida", "direito ao património genético", ou ainda "direito à privacidade".

Em simultâneo com este *boom* de direitos, todos eles devendo ser garantidos pelo Estado, tem-se verificado uma multiplicação vertiginosa de interesses organizados⁴⁵, que reclamam para si privilégios ou pelo menos, uma atenção especial, incompatível com os interesses de outro grupo organizado. É neste contexto que se tem vindo a falar da *falência do Estado* que, de regulador a interventor, é agora visto como um árbitro a quem todos pedem que desvirtua as regras para obterem benefícios, muitas vezes ilegítimos, desleais ou até mesmo ilícitos.

13. Assim, temos para nós como válido que, no que se refere à Carta não é correcto falarmos em constitucionalização⁴⁶, em fundamentalidade formal⁴⁷, ou em direitos fundamentais em sentido formal.

⁴⁰ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 28.

⁴¹ Em oposição ao anterior princípio do *domestic affair*. Id., *Ibid.*

⁴² Claro está que, como em quase tudo na vida, uma coisa são as declarações de princípio ou intenção, outra bem diferente é a concretização prática desses princípios; basta estar minimamente atento para se perceber que estamos ainda muito longe de atingir padrões de direitos (humanos) fundamentais aferidos a nível internacional ou mundial; vejamos, desde logo, as situações especiais quer de África, quer de Ásia, vejamos as profundas diferenças culturais e ideológicas entre o mundo ocidental e o mundo árabe, veja-se o «monstro indomável» que é a China, e os exemplos poderiam continuar indefinidamente, pois os direitos humanos são ainda, em muitas partes do globo, apenas um "grito que ninguém ouviu" e um *slogan* para mostrar à comunidade internacional, mas que é espezinhado na ordem interna. Ainda assim, é no plano regional (como é o caso da UE) que os direitos "internacionais" encontram protecção mais eficaz.

⁴³ Já entrou no vocabulário de todos a expressão "aldeia global" para significar a irrelevância das fronteiras físicas, em que a informação viaja tão rápido como os acontecimentos e em que os *media* (o quarto poder), mais do que narrar os factos noticiosos, quase que condicionam o desenrolar da História.

⁴⁴ Há uma tendência crescente no sentido de o "verde" e a consciência ecológica serem um dado adquirido em todos os domínios de acção governativa. Na Carta, veja-se o art. 37.º.

⁴⁵ O anglicanismo *lobby* (átrios dos edifícios parlamentares, onde qualquer pessoa pode estar), tão banal nos dias que correm, significa precisamente que é permitida a «invasão» de certas áreas de actividade por sujeitos que lhe são estranhos.

⁴⁶ Em 1996, escrevia CARLA GOMES, *op. cit.*, p. 11, o seguinte: "... se ainda se não chegou a uma verdadeira Constituição da Europa, estão certamente traçadas as linhas que poderão levar ao seu aparecimento, num prazo mais ou menos longo". Como já referimos, pensamos que só havendo uma nova conceptualização de certas categorias jurídicas e filosóficas, como poder, povo e Estado, é que podemos aceitar a ideia de uma Constituição Europeia, ao lado das constituições nacionais dos Estados membros.

Neste caso, os direitos fundamentais surgem num contexto de positivação estadual, ao nível das constituições dos Estados e transformam-se em *direitos subjectivos*, salvaguardados jurisdicionalmente, ou *direitos a prestações*, garantidos por normas programáticas.

Resta-nos, pois, a unidade de sentido nos direitos fundamentais: a dignidade humana e o seu livre desenvolvimento.

Por outro lado - e esta parece-nos ser a *key notion* a reter -, é perfeitamente adequado, ao tratar da Carta, falarmos em *fundamentalidade material*⁴⁸ ou direitos fundamentais em sentido material⁴⁹.

14. Do *supra* exposto neste capítulo I, pensamos poderem inferir-se três postulados básicos:

- 1) A ideia de direitos fundamentais não é estática, antes deve ser delimitada pelo factor histórico-temporal.
- 2) Nota-se um movimento de expansão e elasticidade do conteúdo dos direitos fundamentais; correr-se-á o risco de diluição do "sentido fundamental", devido ao contínuo "alargar do leque"? É notório que a ideia de dignidade humana tem pouco a ver com *v.g.* o direito de acesso a serviços de interesse económico geral (art. 36.º CDFUE).
- 3) Finalmente, é de saudar o facto de a Carta ter adoptado a expressão "direitos fundamentais". Reforça o vínculo de cidadania europeia e dá cumprimento ao corolário lógico decorrente do facto de a União ser uma ordem jurídica própria, autónoma e específica.

Nem se diga que isto é o que se passa nos Estados Federais, pois, actualmente, ainda não se atingiu esse nível de integração. Na mais pura essência dos conceitos, a Comunidade (quanto à União, a sua ambiguidade impede a formulação de juízos correctos) é uma organização internacional não clássica, para quem os Estados membros transferem (*rectius*: delegam) parcelas limitadas de soberania, organização essa que actua agora no quadro de uma referência que se pretende política, como é a UE. A nossa posição de princípio está delineada: em rigor, não existe um *demos (polity)* europeu que possa legitimar uma verdadeira Constituição Europeia. O *pouvoir constituant* (os cidadãos europeus ou os cidadãos mais os Estados) pode, no entanto, vir a reclamar uma definição "constitucional" dos fins e dos objectivos da União Europeia. Mas tal desiderato é plenamente atingível com a mera reorganização e reestruturação dos Tratados, em que estes passariam a conter uma parte formalmente constitucional, naturalmente com um catálogo de direitos fundamentais (a CDFUE) incluído.

⁴⁷ Que poderá (vir a) existir, se a Carta vier a ser integrada nos Tratados. Cfr. GOMES CANOTILHO, "Compreensão jurídico-política da Carta", in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, p. 13: "*Fundamentalização formal* porque as normas da carta deverão ser incluídas no tratado e aí colocadas no grau hierarquicamente superior da ordem jurídica e comunitária. A fundamentalização afasta [...] a ideia de uma *carta--declaração* anteposta no Tratado da Comunidade, mas sem valor formal juridicamente vinculativo".

⁴⁸ Mesmo neste caso, é costume fazer-se referência ao Estado, para dizer que as estruturas constitutivas do mesmo são condicionadas por direitos materialmente fundamentais. *Mutatis mutandis*, diríamos que a União (no sentido amplo que engloba a Comunidade Europeia), enquanto *Comunidade de Direito*, está também vinculada ao respeito dos direitos materialmente fundamentais. A opção de os positivar (*rectius*: compilar e ordenar numa forma sistemática e escrita) não acrescenta nada à realidade prévia, apenas pretende tornar visíveis esses direitos para os cidadãos, reforçando a protecção daqueles no seio da UE.

⁴⁹ Será que neste caso teremos que nos cingir à ideia de "*droits de l'homme* na qualidade de normas de acção moralmente justificadas"? HABERMAS, *apud* GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...cit.*, p. 371. Parece-nos que os direitos plasmados na CDFUE são muito mais do que normas moralmente justificadas, o seu carácter jurídico é até pré-positivado, e a sua legitimação encontra eco no Direito e não na Moral. Por outro lado, é claramente excessivo dizer-se que "onde não existir constituição, não haverá direitos fundamentais". *Id.*, *Ibid.*, CRUZ VILLALON.

15. Em suma, podemos afirmar que os direitos contidos na Carta são *direitos do homem*, que encontram como ideia referente a dignidade da pessoa humana⁵⁰, mas vão para além disso. São *direitos dos cidadãos comunitários*⁵¹, são direitos e liberdades que são reconhecidos a uma comunidade jurídica concreta, com valores e tradições culturais e ideológicas comuns e que *fundamentam* (e são fundamentados através de) uma axiologia jurídico-comunitária, em franca expansão.

São, no fundo, direitos abonados e avalizados pela consciência colectiva dos cidadãos comunitários e, como tal, constituem limitações ao poder⁵² que se manifesta através da acção das instituições⁵³ comunitárias, poder esse que pode colidir directamente com a esfera jurídica dos indivíduos; por outro lado, são "direitos de desenvolvimento e bem-estar" que são reconhecidos, através de prestações que incumbe à Comunidade realizar, em prol dos cidadãos.

Como é afirmado no Preâmbulo da Carta, *é o ser humano que é colocado no cerne da acção da União Europeia*⁵⁴.

⁵⁰ Claro está que se deve ler esta afirmação *cum grano salis*. Obviamente que, por exemplo, certos direitos "sociais" não se reportam directamente à dignidade humana (v.g. artigos 36.º; 37.º; 38.º; 41.º da CDFUE). Por outro lado, é bom não esquecer o carácter evolutivo e a atipicidade que caracteriza os direitos fundamentais, estes são sempre reactivos e cumulativos, e o leque que se tem vindo a alargar faz parte de um processo dinâmico, histórico-temporal e geracional.

⁵¹ Isto não significa, obviamente, que a Carta seja um instrumento destinado apenas aos cidadãos da União. Exceptuando os direitos de cidadania, todos os outros (direitos) têm como titular qualquer indivíduo que se encontre dentro da previsão da norma. Logicamente, aquele "núcleo duro" de direitos do homem, ligado com a dignidade humana, é parametrizado a uma escala universal, tal como aliás, decorre do Preâmbulo, onde é afirmado que "a União baseia-se nos valores indivisíveis e *universais* da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade".

⁵² Que neste caso, não se identifica com a soberania, uma vez que esta é ainda um atributo dos Estados membros e não da Comunidade. Pode falar-se de soberania partilhada ou repartição de competência, mas, no estado actual, não é possível afirmar-se que a Comunidade (a União nem sequer tem personalidade jurídica; a sua definição conceptual rigorosa permanece um mistério, e daí ainda hoje se usar a famosa expressão de JACQUES DELORS de que "a União é um objecto político não identificado") possui (a) soberania ou que esta foi delegada totalmente pelos Estados. A este respeito, é importante não esquecer que, como ensina FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Lisboa, 1991, pp. 338--339, o conceito de soberania reveste dois aspectos diferentes: o primeiro exprime um *conceito qualitativo*, enquanto qualidade intrínseca, susceptibilidade ou aptidão para exercer o poder supremo e independente e, em princípio, não será nunca restringido; já a outra dimensão da soberania, chamada de *quantitativa*, representaria o conjunto (*quantum*) de todos os poderes soberanos exercidos, que poderia conhecer variações ou graus. Logicamente, no âmbito das transferências de soberania que operam a partir do Estado para as Comunidades, só o conceito quantitativo releva, uma vez que o Estado nunca perde, por essa via, a sua soberania, enquanto aptidão ou faculdade.

⁵³ Já é relativamente assente que não é correcto falar-se em instituições (no sentido clássico dado por HAURIOU, significam "uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura no meio social"), e que a tradução correcta portuguesa (e não "afrancesada", como sempre surgiu) da realidade subjacente é *órgãos*. No entanto, veja-se que o art. 51.º da CDFUE refere expressamente "*as instituições e os órgãos*" da União. Ainda que com dúvidas, utilizaremos a expressão "instituições" para nos referirmos a qualquer dos «*órgãos*» referidos no art. 7.º TCE. Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., p. 12, nota 3. Veja-se, também, a este propósito, a anotação do *Praesidium* ao art. 51.º da CDFUE, em que se distingue claramente instituições (art. 7.º TCE) de órgãos (art. 286.º, n.º 2 TCE).

⁵⁴ Nós acrescentaríamos "o ser humano..." contextualizado e identificado no seio do espaço jurídico-político europeu.

Capítulo II

Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário: evolução histórica

§ 5.º - Razão de ordem

16. Como tivemos já ensejo de assinalar, este estudo pretende fornecer um quadro perspectivado da CDFUE, inserida no contexto histórico de protecção dos direitos fundamentais.

A temática dos direitos fundamentais no espaço comunitário desde sempre despertou grande interesse doutrinário e constitui hoje um campo onde prolifera a produção literária⁵⁵. Note-se que o que está em causa é a revelação ou desmistificação de todo o projecto jurídico-político da União, que necessariamente só vingará enquanto estiver ao serviço dos europeus, dos cidadãos comunitários, que por sua vez só acreditarão nele se tiverem a garantia de que os seus direitos fundamentais são proclamados e defendidos, também a nível comunitário.

Se tivéssemos que estabelecer uma cisão e fixar duas ideias-chave na cronologia da protecção dos direitos fundamentais, diríamos que são as seguintes:

Primeiro, o papel de indiscutível relevo que assumiu (e assume) o *Tribunal de Justiça* na elaboração e defesa de um grande número de direitos fundamentais. O TJCE é, sem dúvida, também aqui, tal como em outras áreas, o grande obreiro de um modelo de protecção dos direitos fundamentais, revelados a partir dos casos concretos submetidos⁵⁶ à apreciação do Juiz Comunitário.

A segunda ideia-chave é o ponto de viragem, a "revolução interna" (dentro do espaço comunitário) que se iniciou com *Maastricht*⁵⁷. Foi, efectivamente, a partir do TUE que a CEE deixou de o ser para se humanizar, para se tornar mais "política" e trazer o Homem⁵⁸ para o centro da construção europeia. No entanto, é preciso advertir que Maastricht foi (só) o início desta cruzada pelos direitos fundamentais, e se Nice se saldou por uma enorme desilusão nesta matéria, já *Amesterdão* representa, apesar de tudo, um avanço considerável, quer quantitativa, quer qualitativamente, em termos de disposições que vão ser inseridas ou reformuladas com o intuito de reforçar os direitos fundamentais na UE.

⁵⁵ Teremos oportunidade de, no decurso do texto, fazer referência a certas obras, consoante a questão em causa. Por serem de âmbito geral, sobre esta matéria, cfr., por todos, PHILIP ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999; BARAV/ PHILIP, *op. cit.*, pp. 412-418; ARMIN BOGDANDY, "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", 37 *CMLR*, 2000, pp. 1307 ss.; EMMANUELLE BRIBOSIA, "La protection des droits fondamentaux", in *La Constitution de L'Europe*, Bruxelles, 2000, pp. 107-128; T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1994, pp. 139 ss.; cfr., ainda, a obra de ANGEL SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2.ª ed., 1999. Entre nós, cfr., designadamente, MARIA LUÍSA DUARTE, "A União Europeia e os Direitos Fundamentais. Métodos de protecção", in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2000, pp. 11 ss.; A. REIS MONTEIRO, *A educação da Europa*, Lisboa, 1997, pp. 51-79; finalmente, veja-se o já cit. estudo de SÓNIA TEIXEIRA.

⁵⁶ *Maxime* através do diálogo entre tribunais nacionais e TJCE, concretizado no mecanismo de reenvio prejudicial, previsto no art. 234.º do TCE.

⁵⁷ Note-se que falamos em Maastricht, mais pelo simbolismo que representa, do que propriamente pelos avanços reais na temática estrita dos direitos fundamentais

⁵⁸ E não apenas o trabalhador, como havia acontecido até aqui.

17. Considerando que neste capítulo as alusões à Carta serão reduzidas, e para não nos afastarmos do objecto do nosso trabalho, optámos por uma metodologia que privilegiará a remissão para as obras consultadas, limitando-nos nós, apenas, a focar as questões mais importantes, de uma forma sucinta.

§ 6.º - Antecedentes históricos

18. Tomemos como ponto cronológico de partida o final da II Grande Guerra⁵⁹. Este tem sido, tradicionalmente, o momento que serve para assinalar as raízes do surgimento das Comunidades⁶⁰.

Nas palavras de MOTA DE CAMPOS, "...Quando a guerra chega ao seu termo [...], a Europa não é mais do que um vasto campo de ruínas: exausta espiritualmente, dividida por ódios indivisíveis, profundamente endividada e economicamente destruída, defronta-se com a necessidade imediata de um ingente esforço de recuperação da sua capacidade de produção"⁶¹.

A palavra de ordem é então "reconstruir a Europa" e iniciar o longo processo de reconciliação entre os povos europeus, *maxime* a partir do *coeur de l'Europe*⁶². Começa-se então a desenhar um sentimento generalizado de necessidade de traduzir solidariedades (reais e práticas) entre os Estados que, no entanto, não descurassem ou pusessem em risco a sua soberania, agora mais do que nunca empolada, enquanto forma de recuperar a dignidade e o orgulho ferido das nações soberanas.

Em simultâneo com o surgimento de várias formas de cooperação no plano internacional, deparamos com movimentos filosófico-teóricos que, basicamente, caminhavam em dois sentidos: as *correntes federalistas* e as *correntes pragmáticas ou funcionalistas*⁶³, ambas corporizadas no seio do Movimento Europeu.

Como se sabe, é vulgar dizer-se que as doutrinas federalistas, que pugnavam por uma integração global e radical, não vingaram. Será que, realmente, podemos fazer tal afirmação, se nos pautarmos pelo rigor?⁶⁴ A questão não se reconduz à linearidade. Vejamos rapidamente o ambiente que antecedeu a criação da CEE.

⁵⁹ Para uma perspectiva (política) mais enquadrada e recuada no tempo, cfr., por todos, os textos de PITTA E CUNHA, "Tentativas históricas de União Europeia" e "Movimento Europeu", in *Integração Europeia*, Lisboa, 1993, pp. 9-58. Cfr., também, MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, vol. I, 8.ª ed., Lisboa, 1997, pp. 21 ss..

⁶⁰ Naturalmente, aquela que nos vai interessar é a CEE.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 35.

⁶² A chamada "Little Europe" congregava precisamente os seis Estados membros fundadores.

⁶³ A respeito do método funcional(ista), usam-se em sinonímia expressões como "técnica dos *small steps*", "integração parcial por sectores de actividade", ou "lógica dos *spill-overs*". O sentido comum é o seguinte: avançando faseadamente e calculando os riscos, haverá mais hipóteses de alcançar o objectivo final (que, em termos puros, seria a criação de uma Federação Europeia, ou pelo menos, uma verdadeira união política), mesmo que isso implique, como implica, uma grande dilação no tempo, até se chegar à consolidação do projecto que tenderá a concretizar-se por arrastamento, natural e gradualmente. Daí a designação (que pode parecer ambígua, no puro plano dos conceitos), de *federalismo funcional*, para significar que se usa o método funcional como meio de se atingir o fim, que é o federalismo.

⁶⁴ Veja-se, para um quadro perspectivado, PITTA E CUNHA, *op. cit.*, nomeadamente, pp. 43-58; FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., pp. 115 ss.. No essencial, seguimos a posição destes dois Autores, que nos parece ser suficiente para se apreender esta questão, duma forma sintética, mas rigorosa. Cfr., também, por todos, MIGUEL GORJÃO--HENRIQUES, *Direito Comunitário - Sumários Desenvolvidos*, Coimbra, 2001, pp. 7 ss..

19. Antes de mais, é necessário referir que a "história da Europa", tal como tantas outras, tem sido feita de avanços e recuos, de contradições e dogmas aparentes e que, paradoxalmente, a Federação (Europeia) de Estados de que hoje tanto se fala é uma ideia concreta que remonta já à famosa *Declaração SCHUMAN*⁶⁵, apresentada em 9 de Maio de 1950, e que marca o início do segundo período do Movimento Europeu, após a assinatura, em Maio de 1948, do Estatuto do Conselho da Europa⁶⁶.

A ideia central exposta por ROBERT SCHUMAN é bem conhecida: através de um sistema original⁶⁷ de transferência de poderes soberanos para uma estrutura europeia comum (transnacional), a França e a Alemanha abdicavam do exercício da autoridade nos domínios fundamentais do *carvão* e do *aço*⁶⁸ a favor dessa entidade superior, criando-se assim uma *Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*. Privilegiava-se, desta forma, uma concepção de integração parcial, limitada (inicialmente) a estes dois sectores, em detrimento da via federalista que defendia uma integração global. Prudência era aconselhada⁶⁹, não obstante o objectivo da CECA ser o desencadear do processo irreversível da federação europeia. Como refere PITTA E CUNHA, "a divergência entre funcionalistas e federalistas"⁷⁰ respeitava apenas ao meio de atingir um objectivo comumente aceite"⁷¹.

⁶⁵ Que tem sido, tradicional e unanimemente, considerada como o verdadeiro *motor de arranque* da história da integração europeia, tal como a entendemos hoje. Ao lado de SCHUMAN, surge, como teórico, a figura incontornável de JEAN MONNET. Há quem profetize o fracasso do projecto europeu e a sua falta de rumo, devido precisamente ao facto de, actualmente (e saídos de cena MITERRAND, DELORS e KHOL), não se vislumbrarem grandes arquitectos na senda dos *founding fathers*, ou sequer políticos de excepção ou líderes carismáticos.

⁶⁶ Que foi uma espécie de mal menor, face ao fracasso da primeira tentativa de federalizar a Europa, frustrada pela oposição do Reino Unido.

⁶⁷ A originalidade reside precisamente na criação da Alta Autoridade Comum, tendo entrado no vocabulário de todos a designação "supranacional", que ainda hoje permanece um conceito algo híbrido e indefinido. Aderimos, sem reservas, à definição dada por FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., p. 158: "A supranacionalidade determinará [...] o nascimento de um poder político superior aos Estados, resultante da transferência *definitiva* por estes da esfera dos seus poderes soberanos, relativos aos domínios abrangidos pela entidade supranacional, e em que designadamente o poder legislativo é exercido em função do interesse comum e não do interesse dos Estados" (itálico nosso).

⁶⁸ Considerados como os símbolos do poder industrial de uma nação.

⁶⁹ Note-se que a preocupação de evitar o surgimento de uma futura guerra entre a França e a Alemanha era o objectivo primário (primitivo) da CECA, e esse estava, em princípio, assegurado. É necessário, pois, estabelecer a distinção conceptual entre prudência e medo ou laxismo.

⁷⁰ É importante não confundirmos as categorias "funcionalismo" e "federalismo" com uma outra classificação, muito propalada actualmente, que é aquela que opõe *corrente supranacional* a *corrente intergovernamental*. Assim é que, fala-se hoje de *neofuncionalismo* para suportar a primeira corrente, e diz-se que os neofuncionalistas idealizam a integração europeia como um processo utilitário no qual as instituições supranacionais vão gradualmente expandindo as suas competências até se chegar a um estado de decomposição de soberanias e de centralismo das decisões ao nível comunitário. Ao invés, a *corrente intergovernamental* sustenta que o processo de integração deve avançar em função das negociações entre os Estados (*interstate bargaining*), e esses avanços devem consistir em *pequenos* sacrifícios de soberania para atingir objectivos comuns, privilegiando os interesses nacionais dos Estados soberanos. Como se vê, pode haver o risco de confundir as realidades, dado que o neofuncionalismo parece identificar-se mais com as doutrinas federalistas referidas no texto, que por sua vez se opõem às doutrinas funcionalistas. Claro que o risco de confusão é apenas aparente, dado que, como já referimos, o funcionalismo não é mais do que uma via para atingir uma estrutura federal. Cfr. ANA PAULA BRANDÃO e L. LOBO-FERNANDES, *O modelo político da União Europeia: da ambiguidade construtiva à via neo-federal*, Braga, 2001, p. 6 ss..

⁷¹ *Op. cit.*, p. 45.

Querendo transpor-se o dinamismo e a abordagem da CECA para o plano militar, foi proposto, através do Plano *Pléven*, a criação da chamada *Comunidade Europeia de Defesa* que, no entanto, viria a fracassar redondamente devido à recusa de ratificar o Tratado CED⁷², pela Assembleia Nacional Francesa, em Agosto de 1954. A questão militar ficaria relegada, a nível internacional, para a então criada UEO.

Paralelamente, e com mais interesse para o nosso tema, é de registar a tentativa de instituir uma *Comunidade Política Europeia*, cujo projecto de tratado que criaria o respectivo Estatuto⁷³ (da CPE) deveria ser elaborado pela Assembleia Comum da CECA, que havia entrado em funcionamento em Setembro de 1952.

Tratava-se de um projecto extremamente ambicioso que visava criar uma comunidade política que, para além de absorver os poderes da CECA e da CED (caso esta tivesse vingado), era dotada também de largas competências no âmbito da política externa e economia geral. Teria sido um passo de gigante e a grande vitória dos federalistas. Mas não o foi. Em vez disso, foi um grande revés, e o projecto viria a ser abandonado definitivamente, frustrando-se as aspirações daqueles que ansiavam por uma unidade política na Europa.

Assim, mais um vez se provava à saciedade que era aconselhável prosseguir a construção europeia com pragmatismo e sobriedade, insistindo naquela área que mais sucesso tinha tido (com a CECA): a área económica. E assim entramos no TCEE, que viria a frutificar na chamada *relance européene*.

§ 7.º - O Tratado de Roma e a dimensão económica da CEE

20. É comum afirmar-se que o TCEE⁷⁴ não continha, na sua versão originária, nenhuma disposição que visasse, numa forma directa e autónoma, proteger os direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados membros⁷⁵.

Tal afirmação, enquanto princípio geral, é correcta. Assim como ninguém duvidará de que era inexistente no Tratado a consagração de um *Bill of Rights*. Pois se a CEE prosseguia objectivos (sectoriais) de *integração (gradual) exclusivamente económica*, não se justificava *a priori* uma enunciação expressa de disposições protectoras dos direitos individuais. Esta asserção sai reforçada se nos lembrarmos dos "fiascos" que tinham sido os anteriores projectos (CED e CPE) de cariz político.

⁷² Refira-se que o art. 3.º, n.º 1 do Tratado da CED afirmava que eram garantidos os direitos políticos e os direitos fundamentais das pessoas.

⁷³ Para além da referência à protecção dos direitos humanos, tarefa que caberia à CPE, o projecto *Spaak* falava também na incorporação material dos preceitos mais importantes da CEDH.

⁷⁴ A própria designação de Comunidade *Económica* Europeia é ilustrativa no sentido de se entender que os fins e objectivos visados pela mesma eram primordialmente económicos, pelo que haveria uma relativa inutilidade em elencar direitos fundamentais no TCEE.

⁷⁵ Cfr., v.g. M. LUÍSA DUARTE, in *Estudos...*, cit., p. 14, que fala em "prudente silêncio sobre a protecção dos Direitos Fundamentais". Já M. GORJÃO-HENRIQUES, "A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário", in *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, p. 18, refere que os tratados se caracterizavam pela "fundamental omissão da previsão de um catálogo de direitos fundamentais".

O *pragmatismo* impunha, pois, que se avançasse pela via meramente económica⁷⁶. É correcto também dizermos que, se por um lado, se imaginava que a acção das instituições comunitárias (porque adstritas à realização de objectivos económicos, de acordo com o princípio da atribuição de competência específica e o princípio da especialidade do fim) não buliria com os direitos fundamentais individuais, por outro, estes mesmos direitos colhiam defesa quer no plano interno, através das disposições constitucionais, quer a nível internacional, através do sistema de protecção altamente eficaz⁷⁷ que era conferido no quadro da CEDH e do TEDH, especialmente vocacionado para a defesa dos direitos⁷⁸ humanos fundamentais.

No entanto, é falso, parece-nos, dizer-se que a CEE ignorava ou menosprezava os direitos fundamentais. Não podemos, a partir da simples constatação de que não existe uma referência no texto do TCEE aos direitos fundamentais, inferir daí que esta questão era indiferente ou insignificante, na visão inicial dos Estados fundadores. Subscrevemos integralmente as palavras de MARIA EDUARDA GONÇALVES quando esta Autora afirma que "a CEE não rejeitou os direitos do homem e do cidadão como sua referência filosófica e jurídica: ela foi criada, por assim dizer, sobre este património comum de valores e princípios. Mas não recebeu competências de intervenção específica neste domínio"⁷⁹.

Por outro lado, apesar do *statement* de que o TCEE não contém uma referência directa aos direitos fundamentais, os Autores têm identificado disposições⁸⁰ que, generosamente, podem ser consideradas como o embrião⁸¹ ou uma "ideia em potência" de direitos fundamentais, como é o caso da proibição de discriminação em razão da nacionalidade, da livre circulação dos trabalhadores⁸², da igualdade de remuneração entre trabalhadores femininos e masculinos⁸³, entre outros.

⁷⁶ Cfr. CRUZ VILAÇA, "A protecção dos direitos dos cidadãos no espaço comunitário", in *Valores da Europa*, Cascais, 1999, p. 51, utilizando uma fórmula deveras expressiva: "*In principio erat homo oeconomicus*".

⁷⁷ Porque possibilita o recurso directo do indivíduo, sob certas condições, ao TEDH.

⁷⁸ Inicialmente, direitos civis e políticos. Com a aprovação da Carta Social Europeia, em 1961, alarga-se o âmbito de protecção aos direitos sociais. Note-se, no entanto, que o TEDH funciona para fiscalizar as acções dos Estados que não respeitem os preceitos da CEDH, apenas. Não existe protecção jurisdicional com base na invocação da Carta Social Europeia, o que aliás se compreende bem, se pensarmos que a grande maioria dos direitos sociais são direitos a prestações ou direitos programáticos, obviamente não sindicáveis jurisdicionalmente. Como tal, os Estados apenas se vinculam à apresentação periódica de relatórios sobre os progressos efectuados nas áreas sociais, embora esteja já previsto um direito de queixa colectiva, a exercer pelas associações sindicais e patronais.

⁷⁹ Cfr. "Europeização e direitos dos cidadãos", in B. SOUSA SANTOS (org.) *Globalização: fatalidade ou utopia?*, Porto, 2001, p. 343.

⁸⁰ Há Autores que vêem também no Preâmbulo uma ideia germinária de direitos fundamentais, mas tal parece ser excessivo, em nossa opinião.

⁸¹ MARIA LUÍSA DUARTE, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*, Coimbra, 1992, p. 242, usa uma fórmula sugestiva: "...princípios de textura económica e social que constituem o *lastro normativo* de direitos e liberdades fundamentais" (itálico nosso).

⁸² Tendo o TJCE procedido a um alargamento progressivo do âmbito da noção de "trabalhador" inscrita no Tratado.

⁸³ Da extensa produção literária existente sobre este fascinante tema, permitimo-nos destacar GILLIAN MORE "The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?", in CRAIG/BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 517-550; MANCINI/O'LEARY, "The new frontiers of sex equality law in the European Union", 24 *ELR*, 1999, pp. 331-353; e, mais recentemente, EVELYN ELLIS, "The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality", 37 *CMLR*, 2000, pp. 1403-1426.

Ainda assim, as considerações de ordem pragmática e funcional não deixam de estar presentes, i.e. estes direitos são atribuídos numa *perspectiva instrumental* ao indivíduo enquanto sujeito económico⁸⁴, e não como valores autónomos, que devem ser defendidos, *de per si*, apenas por serem ínsitos ao Homem.

21. Por outras palavras: o TCEE, conforme foi architectado originariamente, alberga direitos que são concedidos aos indivíduos (logo, pode dizer-se que os destinatários directos do Tratado não eram apenas os Estados, mas também os nacionais desses Estados), mas esses direitos relevam fundamentalmente enquanto *os indivíduos assumem a veste de agentes económicos*.

Acontece que, progressivamente, o objecto competencial das Comunidades foi-se alargando; mesmo que não intencionalmente, os direitos individuais começaram a ser afectados pela acção das instituições comunitárias e cedo se revelou que, na ausência de normas expressas de protecção dos direitos fundamentais, só o TJCE estaria em condições de construir um edifício de protecção dos direitos, a nível comunitário.

§ 8.º - O papel do Tribunal de Justiça

8.1. Considerações preliminares

22. A matéria da relação entre os direitos fundamentais e o uso que deles tem sido feito pelo TJCE⁸⁵ é, pode dizer-se, das mais polémicas e estimulantes, dado que, muitas vezes se tem partido daqui para chegar a conclusões que transcendem em muito a temática estrita dos direitos fundamentais.

Fala-se, *v.g.*, que o TJCE tem vindo a exercer funções que correspondem substancialmente a uma "constitucionalização por via pretoriana"⁸⁶, ou que assume um papel de "legislador atípico", sendo por vezes até qualificado de "órgão pró-federal ou politizado". É comum também referir, no que toca aos

⁸⁴ É paradigmático o exemplo da liberdade de circulação ou ainda do direito de livre residência.

⁸⁵ É fundamental, para uma correcta apreensão da questão dos direitos fundamentais e o papel do Tribunal de Justiça, a leitura do já (quase) clássico diálogo travado por COPPEL/O'NEILL e WEILER/LOCKHART, subordinado ao «*dworokiniano*» título "Taking Rights Seriously?", 29 *CMLR*, 1992, pp. 669-692; e 32, 1995, pp. 51-94 e 579-627. Aqui, é analisada, com espírito crítico, a jurisprudência "defensiva" e (que se tinha tornado em) "ofensiva" do TJCE sobre direitos fundamentais, individualizando-se alguns dos principais acórdãos proferidos sobre a matéria. WEILER/LOCKHART concluem que as críticas tecidas por COPPEL/O'NEILL de que o TJCE deveria ser acusado de "manipulação instrumental" dos direitos fundamentais a favor da integração comunitária e de que utilizaria um duplo *standard*, conforme estivessem em causa actos da CE ou actos dos Estados membros, são algo injustas, se repararmos que o TJCE é chamado a pronunciar-se sobre questões de direito constitucional, sem estar especialmente qualificado para tal, o que o colocaria sempre, face aos tribunais constitucionais, numa posição de "fragilidade", quando somos levados a confundir direitos fundamentais constitucionalmente protegidos com direitos fundamentais reconhecidos a nível comunitário. Por outro lado, não se pode, primeiro acusar o TJCE de não proteger os direitos fundamentais e, depois, acusá-lo de impor aos Estados, quando recorrem a cláusulas derogatórias permitidas pelo TCE, a obrigação de respeitar esses mesmo direitos fundamentais na aplicação das cláusulas de excepção (*v.g.*, o caso *ERT*); ou se quer o respeito pelos direitos fundamentais ou não, mas querendo, têm de se retirar daí todas as consequências e não adoptar uma visão em que os Estados são sempre vítimas do "activismo judicial" do TJCE.

⁸⁶ LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997, afirma na p. 26 que "...a jurisprudência do Tribunal de Justiça [...] vem erguendo, desde os anos sessenta [...] os pilares da constitucionalização dos Tratados. Dir-se-ia que, na falta de uma estrutura democrática forte da CEE, foram os Juízes os "founding fathers" possíveis ou provisórios" (itálico nosso).

direitos fundamentais, que o Juiz Comunitário revela(va) uma nítida tendência para a "instrumentalização ou funcionalização dos direitos"⁸⁷.

No que os Autores parecem estar de acordo, apesar do sentido dúbio que as expressões podem às vezes assumir, é em afirmar que o Tribunal de Justiça tem vindo a impulsionar (*rectius*: liderar) fortemente o processo de integração europeia, falando-se a este propósito de "activismo judicial"⁸⁸.

23. A título preliminar, diremos que a nossa posição de princípio é a seguinte: demarcamo-nos de todas as expressões supra citadas, quando elas servem de arma para se atacar o TJCE, criticando com veemência a (suposta) "lógica integrativa" do Tribunal do Luxemburgo.

As chamadas "correntes cépticas"⁸⁹, que tendem a ver na jurisprudência do TJCE uma lógica de aumento dos poderes da Comunidade em detrimento dos Estados membros⁹⁰, não nos convencem. Parece-nos que a questão, da forma como tem vindo algumas vezes a ser colocada, conhece algum desvirtuamento e deturpação, o que só pode ser entendido após uma breve análise desta matéria.

⁸⁷ Cfr. MANUEL LOPES ROCHA, "A protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária (alguns aspectos)", in Colec. *Divulgação do Direito Comunitário*, Ministério da Justiça, n.º 11, 1992, p. 26: "Do que não parece haver dúvidas é que a tarefa do Tribunal de Justiça, aliado ao receio inicial, se revestiu claramente de aspectos de «funcionalização» dos direitos fundamentais; isto é, do seu manejo numa lógica claramente integrativa que o Tribunal vem propulsionando. Ou seja, os Direitos do Homem «revelados» pela tarefa daquele órgão judiciário, são-no pela adequação à estrutura e objectivos da Comunidade". O A. esclarece que esta é a posição de ANDREW CLAPHAM, mas vem, ele próprio, a concluir pelo possível esgotamento do modelo "judicial-normativo", através da análise do acórdão proferido em 4 de Outubro de 1991 no caso *SPUC vs Stephen Grogan* (para indicações completas sobre a jurisprudência citada, remete-se para o final deste estudo). Este aresto, como se sabe, trata de uma matéria bastante "melindrosa" que é o direito à vida e a sua conciliação com o direito de livre escolha (aborto). Há que realçar, como faz LOPES ROCHA., *op. cit.*, p. 41, que o TJCE está incumbido de uma "tarefa gigantesca e ímpar". Tal como refere T. C. HARTLEY, *op. cit.*, p. 144, "abortion is the best example of a controversial right [...]. The appropriate course, therefore, is to let each Member State decide for itself". Ora, foi precisamente isto que o TJCE fez, uma vez que não se considerou competente para formular juízos ético-morais. Desde que a questão não caiba no âmbito comunitário, não se pode pedir ao TJCE que se pronuncie. Diferentemente, um caso que, esse sim, é susceptível de algumas críticas, é o famoso caso *Grant*, cujo acórdão foi proferido em 17 de Fevereiro de 1998, e que respeita à temática (polémica) da discriminação em razão da orientação sexual. Para um perspectiva crítica, cfr. PEDRO CABRAL, "O direito Comunitário da igualdade em perspectiva: algumas reflexões a propósito do acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Grant*", *DDC* n.ºs 81/82, 2000, pp. 153 ss..

⁸⁸ Com uma posição original, M. POIARES MADURO, *We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, onde o Autor desenvolve uma teoria de *majoritarian activism*, em que a «política» jurisdicional do TJCE acabaria por ser condicionada pela influência decisiva que alguns Estados membros sobre ela exerceriam. De alguma forma, esta teoria relaciona-se com o "paradoxo de Weiler", na medida em que, se por um lado se ataca o primado, criticando-se a lógica integrativa deste "Governo de Juizes" em detrimento dos Estados e das outras instituições e se diz que tal conduz a um esvaziamento progressivo das soberanias, por outro, tem-se verificado uma tendência crescente no sentido de privilegiar a intergovernamentalidade, em detrimento do "método comunitário".

⁸⁹ Tal como SÓNIA TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 34, pensamos que "a "corrente céptica" adopta uma atitude de crítica pela crítica, constituindo doutrina minoritária".

⁹⁰ Quando, obviamente, não é essa a função do Tribunal, nem nunca poderia ser, já que um órgão jurisdicional interpreta e aplica a lei, não define nem traça cenários de orientação política.

8.2. As repercussões do(s) acórdão(s) *Solange* e o quadro evolutivo da jurisprudência

24. À semelhança do que faz a doutrina maioritária, podemos enquadrar esta questão, tomando como boas duas referências pressupostas: primeiro, o marco que assinala o início da chamado "método jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais" é o *obiter dictum*⁹¹ do acórdão proferido em 12 de Novembro de 1969, no caso *Stauder*. Em segundo lugar, o diálogo (nada pacífico) que se gerou entre o TJCE e os tribunais constitucionais nacionais, *maxime* o *Bundesverfassungsgericht (BVerfGE)* - Tribunal Constitucional Alemão⁹² -, a propósito da alegada insuficiência de protecção que o TJCE (não) conferia aos direitos individuais que eram consagrados constitucionalmente, está envolto na ideia do *primado*⁹³ e na (reprovável) concepção dualista que resulta do facto de não se acatar aquele princípio estruturante do direito comunitário.

25. Recuemos um pouco e passemos em revista os principais *leading-cases* sobre a matéria dos direitos fundamentais, que foram surgindo em simultâneo com a polémica que se levantou, por iniciativa⁹⁴ do *BVerfGE*, sobre a compatibilidade de normas comunitárias com os direitos protegido pela *Grundgesetz* (Constituição alemã).

Numa fase inicial⁹⁵, o acórdão emblemático que representa a grande oportunidade (perdida) para o TJCE se pronunciar a favor dos direitos fundamentais foi proferido em 1959, no caso *Stork*, quando

⁹¹ Que, no entanto, jamais poderia passar despercebido, pela sua tamanha importância.

⁹² É comum destacar a posição assumida pela *Corte Costituzionale Italiana*, que também travou um braço de ferro com o TJCE, através do conhecido acórdão *Frontini*, de 27 de Dezembro de 1973. Limitamo-nos a fazer uma breve referência, porque nos parece que a questão de fundo fica entendida com a alusão ao *BVerfGE*. Para além disso, a doutrina *Solange* é particularmente relevante para o nosso tema, na medida em que pode ser vista como o antecedente (pré)histórico que está na base do impulso dado pela Alemanha no sentido de se avançar para a Carta, ou seja, para a aprovação de um catálogo de direitos, tal como o *BVerfGE* havia defendido, logo em 1974. Sempre se dirá, no entanto, que também no caso italiano existem dois acórdãos (*Frontini* e *Granital*, este de 1984) que espelham uma concepção dualista, em que o tribunal nacional se reserva o direito de apreciar a compatibilidade de actos comunitários com normas constitucionais, quando estas visem a protecção dos direitos humanos.

⁹³ Que, como é sabido, foi construído pela jurisprudência, a partir dos famosos acórdãos *Costa/Enel* e *Simmenthal*, de 1964 e 1978, respectivamente.

⁹⁴ Apesar de o Tribunal Constitucional Italiano ter afrontado abertamente a autoridade do TJCE em 1973 (antes do acórdão *Solange I*), o seu eco não iria ser tão grande como no caso do *BVerfGE*. Refira-se também que o Tribunal de *Kalsruhe* já vinha ameaçando a autonomia do sistema comunitário e a duvidar da maioria democrática da CE, desde 1967, quando se considerou competente para, ele próprio, aferir da compatibilidade das normas comunitárias com os direitos fundamentais consagrados na Constituição alemã, reservando-se o direito de as considerar inaplicáveis dentro do território alemão. Sobre a posição assumida pelos tribunais alemão e italiano, cfr. LUÍS ANTUNES, *Direito da Concorrência - Os poderes de investigação da Comissão e a protecção dos direitos fundamentais*, Coimbra, 1995, pp. 71 ss.; M. LUÍSA DUARTE, *A liberdade...*, cit., pp. 243 ss.; M. MOURA E SILVA, *Direito Comunitário I - Jurisprudência, Questões e notas*, Lisboa, 2000, pp. 391 ss.; SÓNIA TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 38 ss.; CRUZ VILAÇA, *op. cit.*, pp. 61 ss.. Mais recentemente, numa perspectiva mais ampla, e defendendo a coexistência pacífica das jurisdições do Luxemburgo e de Estrasburgo, IGLESIAS/GÁLVEZ, "El Derecho Comunitario y las relaciones entre las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales", *RDCE*, 2, 1997, pp. 329-376. Também sobre as relações entre o TJCE e TEDH, cfr. IRIS CANOR, "Primus inter pares: Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?", 25 *ELR*, 2000, pp. 3-21.

⁹⁵ M. LUÍSA DUARTE, *Estudos...*, cit., p. 19, defende que o TJCE, até ao acórdão *Stauder*, escolheu a via do "agnosticismo valorativo", chegando a A. a concluir que "não permitindo ao indivíduo a invocação da sua Constituição [...] para se opor à aplicação de um acto comunitário potencialmente restritivo de Direitos Fundamentais, nem garantindo a sua tutela autónoma, o

algumas empresas alemãs vieram impugnar uma decisão da Alta Autoridade da CECA, alegando que a mesma violava o direito fundamental de livre iniciativa económica e exercício da profissão, *direito esse que se encontrava protegido pelas constituições dos Estados membros*.

Esta argumentação, que começava ser algo recorrente, nomeadamente em Itália, Alemanha e França, tinha como consequência que, tal como refere ANGEL SANCHO, "na ausência de um sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais, o ordenamento da CEE corria o risco de ser "reestatalizado" ou "renacionalizado", em nome da protecção dos direitos e através dos mecanismos estatais de protecção"⁹⁶.

No entanto, o TJCE não se impressionou e continuou "igual a si mesmo", afirmando que a validade de um acto comunitário nunca poderia ser posta em causa por uma disposição nacional, ainda que de dignidade constitucional e com conteúdo de direito fundamental⁹⁷.

As vozes críticas por parte de alguns tribunais nacionais começavam a ecoar cada vez mais alto. Até que, em 1969, o já referido acórdão *Stauder* parece (e dizemos parece, porque na verdade, as críticas por parte dos tribunais constitucionais continuaram) trazer consigo uma inflexão na posição do Tribunal: pela primeira vez, o TJCE vem expressamente proclamar que os direitos fundamentais devem ser assegurados pelo Tribunal, uma vez que fazem parte integrante dos *princípios gerais do direito comunitário*.

Ora, logo no ano seguinte, no também famoso acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, o TJCE começa por reafirmar a doutrina do primado ao dizer que *a unidade e eficácia do direito comunitário não eram compatíveis com uma aferição da validade das normas comunitárias em função de disposições de direito interno, mesmo que se tratasse de normas constitucionais que salvaguardassem direitos fundamentais*⁹⁸. Mas, como que prevendo as consequências devastadoras que poderiam surgir desta formulação (que já vinha de trás) tão «agressiva», e já atento ao ambiente hostil que se vinha a manifestar entre alguns tribunais constitucionais mais ciosos da defesa dos "seus" direitos fundamentais⁹⁹, o TJCE

Tribunal violava o próprio Tratado". Já ANGEL SANCHO, *op. cit.*, pp. 88 ss., fala em era "pré-Stauder" e "pós-Stauder" e diz, p. 88, que até finais dos anos 60 "el Tribunal estaba mucho más preocupado en cimentar la integración que en proteger al individuo". Se estamos parcialmente de acordo com este último Autor, já não podemos partilhar do entendimento de M. LUÍSA DUARTE, ao referir que o TJCE violava o próprio Tratado. Parece-nos que a questão é outra: o TJCE, colocado perante a ameaça de brechas no ordenamento comunitário que vinha construindo como sendo uniforme e superior e, por outro lado, na ausência de competências atribuídas à CE para a defesa dos direitos humanos, logicamente pronunciou-se a favor da CE, mas precisamente porque estava adstrito ao respeito pelo Tratado e não porque fosse avesso à ideia de proteger os direitos.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 75.

⁹⁷ Cfr. M. LUÍSA DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 243.

⁹⁸ "O recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade teria por efeito *pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário*. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário [...]. Portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o efeito no território desse Estado". - Considerando 3.

⁹⁹ Justamente, as maiores reservas apostas ao TJCE partiram dos Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Itália, dois Estados que tinham saído de duas ditaduras e onde a questão dos direitos fundamentais era um "ponto de honra", em que não havia lugar para cedências.

vem, precisamente, densificar a anterior doutrina *Stauder*, ao fazer agora apelo às *tradições constitucionais comuns*, o que marca a segunda fase importante da construção pretoriana.

Primeiro, o TJCE havia integrado os direitos fundamentais nos princípios gerais de direito, que incumbe ao Tribunal salvaguardar; agora, vem dizer que a protecção dos direitos fundamentais, enquanto princípios gerais do direito comunitário, é inspirada nas tradições constitucionais comuns e, como tal, deve ser assegurada no *contexto da estrutura e dos objectivos da Comunidade*.

26. Se, por um lado, este acórdão - *Internationale* - traduz um claro avanço no reconhecimento jurisdicional do respeito pelos direitos fundamentais, por outro lado, constitui o mote para que o *BVerfGE* venha a declarar "guerra aberta" ao TJCE e à sua doutrina do primado, através da decisão de 29 de Maio de 1974, que ficaria conhecida como *Solange I*.

Nesta decisão, o *BVerfGE* vem considerar que nenhuma disposição (comunitária) que venha a ser considerada incompatível com direitos fundamentais previstos na Constituição, pode ser aplicada pelos tribunais alemães.

Assim, o *BVerfGE* considera-se competente para formular juízos de conformidade entre as normas comunitárias e o nível de protecção conferido pela *Grundgesetz* (GG) aos direitos fundamentais. Repare-se que o *BVerfGE* não diz que fica posta em causa a *validade* da norma comunitária, isso seria inadmissível e nem o *BVerfGE* se atreveria a tanto. Mas também não precisa, porque é suficiente dizer, como fez no *Solange I*, que, quando se verificar, após o juiz nacional ter consultado o TJCE através de reenvio, que determinado acto comunitário de direito derivado ou disposição nacional em sua execução, são incompatíveis com a salvaguarda de um direito fundamental constitucionalmente protegido, o *BVerfGE* pode declarar a disposição em causa (potencialmente restritiva de direitos) *inaplicável*. Claro que sobre a validade só o TJCE se pode pronunciar, mas mesmo sendo válidos, esses actos perderão o seu efeito útil se não respeitarem na íntegra o núcleo fundamental da *Grundgesetz*.

Por outras palavras, o *BVerfGE* vem dizer que, no estágio actual¹⁰⁰ de integração, em que a protecção dos direitos fundamentais é ainda incipiente e frágil face aos parâmetros da GG relativamente aos direitos fundamentais, "enquanto (*solange*) as Comunidades não tivessem atingido um estágio suficientemente caracterizado pela *presença de um catálogo de direitos fundamentais*, aprovado por um Parlamento democraticamente eleito", e que corresponda, no essencial, à protecção conferida pela GG¹⁰¹, o Tribunal de *Kalsruhe* considerar-se-ia competente para declarar inaplicáveis no ordenamento alemão, quaisquer actos de direito comunitário derivado, que colidissem com direitos de dignidade constitucional.

¹⁰⁰ Estávamos no início da década de 70, quando nem sequer o PE se podia considerar um órgão democrático. Tal, como se sabe, só viria a acontecer em 1979, com a eleição, por sufrágio universal e directo, para o PE.

¹⁰¹ É precisamente aqui que reside a "força" (a fraqueza, diríamos nós, por atentar abertamente contra a autonomia do direito comunitário) da argumentação do *BVerfGE*, e que ele nunca abandonará, nem sequer numa fase posterior, em que abdica da competência para fiscalizar os actos comunitários. Ou seja, o parâmetro de aferição é sempre a GG e o grau de protecção por si conferido.

Segundo o *BVerfGE*, esta solução encontrava apoio na aplicação da chamada "teoria da congruência estrutural" entre o estágio de desenvolvimento do direito comunitário e o grau de protecção oferecido pela ordem jurídica interna.

Ora, é fácil de ver que a doutrina ora proclamada¹⁰² representou uma grave ruptura com o espírito enformador da ordem comunitária, que o TJCE vinha sedimentando. Logicamente que esta concepção dualista, ao colocar o acento tónico na inexistência de um catálogo de direitos fundamentais que oferecesse um nível de protecção semelhante ao da GG, vem sobreestimar o aspecto formal em detrimento da aplicação pelo TJCE dos princípios gerais de direito comuns aos Estados membros.

Mas, mais grave ainda, coloca em risco a unidade, a aplicação uniforme e a própria autonomia do direito comunitário, que nunca podem estar dependentes da liberdade selectiva de os Estados decidirem quais os actos comunitários aplicáveis no seu território.

27. Apesar de tudo, mas certamente consciente do impacto¹⁰³ que teria o acórdão *Solange I*, ao nível da unidade e solidariedade entre Estados membros, o TJCE prossegue na senda pelos direitos fundamentais, e em 1974¹⁰⁴, no caso *Nold*, acrescenta mais um pilar ao sistema de protecção comunitária de direitos fundamentais: *os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos humanos de que os Estados membros sejam signatários ou em que tenham cooperado na respectiva elaboração.*

Como se imagina, o Tribunal referia-se primordialmente¹⁰⁵ à CEDH, abrindo assim o caminho para nela se apoiar, o que viria a ser confirmado em várias decisões subsequentes, tais como *Rutili*¹⁰⁶, *Prais*, *Hauer*, *Pecastaing*, *Wachauf*, e podíamos citar muitas mais. Interessa referir é que a referência expressa à CEDH tornou-se uma constante na jurisprudência do TJCE sobre direitos fundamentais, tendo aquele proclamado que *a Convenção Europeia reveste um significado particular, entre os princípios gerais do direito, cujo respeito é assegurado no ordenamento comunitário.*

¹⁰² Que, para além da acesa polémica que gerou, tendo sido alvo de críticas severas por parte das Instituições, apresenta-se como frágil, do ponto de vista da construção teórica. Cfr. M. LUÍSA DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 245.

¹⁰³ Impacto esse que poderia gerar um efeito (espiral) multiplicador, até se chegar a uma situação de contestação frontal e aberta e, no pior dos cenários, à desagregação da ordem jurídica comunitária, devido ao seu não reconhecimento por parte dos tribunais constitucionais. Esta situação de confronto entre as duas jurisdições (constitucional e comunitária) viria depois a ser apelidada pela doutrina de lógica MAD (*Mutually Assured Destruction*), o que não deixa de ser expressivo, como forma de significar que as duas ordens jurídicas (interna e comunitária) não tencionavam ceder ou transigir.

¹⁰⁴ Precisamente o ano em que a França veio a aderir à CEDH.

¹⁰⁵ Mas não exclusivamente, dado que o TJCE referiu-se já várias vezes a outros instrumentos, tais como a Carta Social Europeia, a Convenção n.º 111 da OIT, ou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. É notório, no entanto, que a CEDH ocupa um lugar de destaque.

¹⁰⁶ Foi na decisão deste caso, em 1975, que o TJCE inaugurou uma fase promissora no que toca à "utilização" da CEDH para apoiar a fundamentação dos seus acórdãos.

28. No acórdão *Hauer*, de 1979, o TJCE vem introduzir uma importante precisão ao afirmar que, tal como acontece nas Constituições nacionais¹⁰⁷, também os direitos fundamentais podem ser restringidos e não são absolutos, devendo antes ser entendidos *de acordo com o espírito e os objectivos prosseguidos pela Comunidade*.

Já no caso *Cinètheque*, de 11 de Julho de 1985, o Tribunal do Luxemburgo viria reiterar que o seu controlo de aplicação se situa no âmbito restrito do direito comunitário, ao afirmar que "se é certo que incumbe ao Tribunal de Justiça garantir o respeito pelos direitos fundamentais no âmbito próprio do direito comunitário, já não lhe cabe, porém examinar a compatibilidade, com a Convenção Europeia, de uma lei nacional que se situa, como no caso concreto, no âmbito da competência do legislador nacional"¹⁰⁸.

Também no já referido caso *SPUC vs. Grogan*, relativo à interrupção voluntária da gravidez na Irlanda, o Tribunal acabou por concluir que, estando em causa "apenas" a liberdade de expressão¹⁰⁹ (logo, fora da competência do juiz comunitário e do âmbito de aplicação do direito comunitário), a situação não podia por ele ser apreciada, sendo antes o TEDH a jurisdição competente para dirimir a questão, para o qual se remeteu.

Ainda quanto ao âmbito de aplicação, o TJCE vem, no acórdão *Wachauf*, de 1989, esclarecer que também os Estados membros estão vinculados a respeitar as exigências decorrentes da protecção dos direitos fundamentais quando *apliquem*¹¹⁰ *regulamentação comunitária*, e que as restrições efectuadas pelos Estados aos direitos consagrados nos Tratados eram sempre balizadas pelo princípio da proporcionalidade, enquadrado nos objectivos de interesse geral da Comunidade, mas que esses regimes derogatórios implantados pelos Estados membros teriam sempre como limite inultrapassável o respeito pelos direitos fundamentais e jamais poderiam atentar contra a essência desses mesmos direitos (caso *ERT*, em 1991). Por outras palavras, para o TJCE, o controlo sobre a conformidade dos actos comunitários com os direitos fundamentais reporta-se não apenas à acção das Instituições, mas também às *normas e medidas nacionais que entram no campo de aplicação dos Tratados*¹¹¹.

¹⁰⁷ Este é precisamente um dos pontos de grande importância: para além de analisar detalhadamente algumas disposições da CEDH, o TJCE refere-se expressamente a normas constitucionais de três Estados para constatar que, também aqui, os direitos fundamentais (*in casu*, o direito de propriedade) estão sujeitos a restrições e não são valores absolutos.

¹⁰⁸ Parágrafo 26.

¹⁰⁹ Tratava-se de uma situação, na Irlanda, em que uma organização para a defesa dos nascituros veio processar uma associação estudantil (liderada por S. Grogan) por esta fazer propaganda entre os estudantes, a clínicas de aborto no Reino Unido, quando o aborto é proibido pela Constituição irlandesa. Foi então solicitado ao TJCE que dissesse se o aborto pode ser considerado um serviço (ao que ele respondeu afirmativamente) e se poderia um Estado membro proibir a difusão de informações relativas a clínicas de aborto noutro Estado membro, ao que o TJCE respondeu que o direito comunitário não se opunha a tal e que a questão não relevava do âmbito comunitário.

¹¹⁰ Não apenas no sentido restrito de aplicação positiva, mas devendo interpretar-se de forma a abranger, pelo menos, as limitações nacionais às liberdades comunitárias.

¹¹¹ Cfr. RUI MEDEIROS, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português", in *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 - Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Lisboa, 2001, p. 248: "...o Tribunal do Luxemburgo não circunscreveu a chamada *aplicação* do Direito Comunitário aos actos internos de execução ou concretização [...] da normação comunitária. Na realidade [...], o Tribunal de Justiça repudiou uma leitura

O respeito pelos direitos fundamentais é um princípio geral de direito comunitário, tal como decorre da CEDH e das tradições constitucionais comuns aos Estados membros e que, obviamente, condiciona as instituições comunitárias, mas também os Estados membros quando ajam ao abrigo, ou em execução ou aplicação do direito comunitário¹¹², ou quando estabeleçam restrições¹¹³ aos direitos previstos no TCEE.

Como se vê, o TJCE foi construindo um sistema de protecção, ampliando cada vez mais o leque de direitos, garantido assim uma melhor tutela autónoma desses mesmos direitos.

29. Em face deste considerável caminho percorrido, o *BVerfGE* vem pronunciar-se em 22 de Outubro de 1986, através daquele que ficaria conhecido como o acórdão *Solange II*, assumindo agora uma posição conciliadora e, de certa forma¹¹⁴, inversa àquela manifestada no *Solange I*.

Isto é, o *BVerfGE* vem agora dizer no acórdão *Solange II*, decorrido esse período de consolidação jurisprudencial de um sistema comunitário de protecção dos direitos individuais, que, "enquanto" as Comunidades, *maxime* o TJCE, assegurarem, de uma forma geral, uma protecção efectiva dos direitos fundamentais que garanta um *nível equivalente*¹¹⁵ ao estabelecido pela GG, encontram-se reunidas as condições para que o *BVerfGE* renuncie ao seu poder de fiscalização e devolva ao TJCE, enquanto juiz natural, a competência exclusiva para fiscalizar o respeito dos direitos fundamentais pelos actos emanados das Instituições.

30. De tudo o que fica exposto parece resultar que, tal como nota T. C. HARTLEY, a abordagem do TJCE em relação ao respeito pelos direitos fundamentais difere em grande medida daquela outra que o Tribunal tem adoptado no que toca a outros princípios gerais de direito¹¹⁶. A razão reside basicamente no

restritiva do conceito de aplicação do Direito Comunitário, afirmando a sua competência para fiscalizar também os actos legislativos ou regulamentares dos Estados-Membros que estabelecessem derrogações às liberdades comunitárias fundamentais".

¹¹² Parece-nos que, ao contrário do que sucede nos EUA, não existe na UE uma verdadeira "incorporação dos direitos fundamentais comunitários" nas ordens jurídicas nacionais, uma vez que o "catálogo" criado pelo TJCE é enquadrado pelos "direitos fundamentais tal como os garante a CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros". No entanto, logicamente, há normas comunitárias que correspondem a verdadeiros direitos fundamentais e que condicionam a validade das normas nacionais, logo, ao falar-se em incorporação de direitos fundamentais, estar-se-á sempre a pensar em direitos (eminentemente) relacionados com liberdades económicas. Note-se que a Carta refere expressamente que as suas disposições têm por destinatários (também) os Estados membros, apenas quando estes apliquem o direito da União - art. 51.º, n.º 1.

¹¹³ Nomeadamente, recorrendo às cláusulas derogatórias típicas ligadas à ordem ou saúde públicas.

¹¹⁴ Dizemos de certa forma, porque na verdade, o *BVerfGE*, apesar de vir considerar que a protecção dos direitos fundamentais na CE já atingiu um estado satisfatório, e como tal, renunciar à sua competência de fiscalização, não abandona no entanto a concepção dualista, ao fazer depender esta posição de uma aferição face ao direito interno alemão e ao seu elevado grau de protecção.

¹¹⁵ A doutrina construída neste acórdão é conhecida como, precisamente, a "teoria da protecção equivalente", teoria esta que veio, em certo sentido, a ser confirmada no acórdão *Maastricht*, de 1993 (embora haja Autores que afirmem que o TJCE recuou face à doutrina *Solange II*), e que, com o chamado acórdão *Solange III*, de 7 de Junho de 2000, volta, de novo, a ser posta em crise. Diga-se que a equivalência a que o *BVerfGE* se refere concretiza-se, nomeadamente, no conteúdo e no modo de aplicação das normas em causa.

¹¹⁶ Tais como o princípio do primado, o princípio da unidade, o princípio da liberdade, o princípio do efeito directo, o princípio da aplicabilidade directa, o princípio da efectividade ou efeito útil, o princípio da proporcionalidade, o princípio da

facto de que uma doutrina expressa de direitos fundamentais foi, de certa forma, *instigada* pelo desejo de persuadir os tribunais germânicos (e italianos) a aceitarem o primado, mesmo nos casos em que as normas comunitárias (ou nacionais, que visassem aplicar directrizes emanadas de Bruxelas) pudessem entrar em conflito com leis constitucionais de salvaguarda dos direitos humanos¹¹⁷.

Neste sentido, parece resultar óbvio que se trata de uma área em que o TJCE se viu "forçado"¹¹⁸ a reconhecer o enorme peso das disposições nacionais, mas apesar disso, o Tribunal não "dá a mão à palmatória", e engendra uma construção que, de uma forma subtil e conciliadora, apazigua o fervor do *BVerfGE* na defesa dos seus princípios humanistas, ainda assim mantendo inabalável a *doctrine of the supremacy of Community law*, ao dizer que o conceito comunitário de direitos fundamentais é (meramente) *inspirado* no ideário filosófico subjacente às disposições nacionais.

Daqui decorre, a nosso ver, o seguinte:

- 1) *O TJCE nunca está vinculado a entender que determinado direito deve ser considerado como fundamental* (numa perspectiva comunitária), *apenas porque o é pelas constituições de alguns Estados*, ou mesmo pela maioria. Parece-nos que a questão não pode ser vista em termos quantitativos, na medida em que, como resulta claramente do acórdão *Hauer*, as tradições constitucionais comuns aos Estados membros são apenas fontes de inspiração¹¹⁹ (e não directrizes vinculativas), enquanto *princípios gerais do direito comunitário*¹²⁰, que o Tribunal deve salvaguardar.
- 2) Mas por outro lado, estes mesmos princípios devem ser entendidos dentro do espírito do Tratado e das especificidades que têm norteado a integração comunitária, em comparação com a defesa pura e simples¹²¹ dos direitos fundamentais a nível nacional¹²².

cooperação ou solidariedade, entre outros, que são princípios estruturantes da ordem comunitária (e, como tal, vinculam o TJCE na apreciação dos casos), mas que emergem autónomamente, sem necessidade de se irem "buscar" referências aos ordenamentos nacionais para a sua construção e delineamento. Naturalmente que, sendo o TCEE um tratado-quadro que confere às Instituições um amplo poder normativo, o TJCE teve que procurar estes princípios que enformam o ordenamento comunitário, interpretando-os com recurso ao método sistemático-teleológico e recorrendo à teoria das competências implícitas, plasmada no (actual) art. 308.º do TCE. Sobre esta norma, cfr., por todos, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O artigo 235.º do Tratado da Comunidade Europeia*, Lisboa, 1995.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 143.

¹¹⁸ Embora não concordemos com o uso desta expressão, usamo-la enquanto imagem figurativa. Há Autores que falam em *pressing* o que, para nós, é quase insultuoso para a dignidade do TJCE.

¹¹⁹ Veja-se o sentido da expressão inglesa: "The Court is bound to *draw inspiration* from constitutional traditions"...

¹²⁰ Conforme refere M. LUÍSA DUARTE, *Estudos ...*, cit., p. 27, nota 42: "No contexto comunitário, os princípios gerais de direito são arquétipos da configuração funcional de uma "Comunidade de Direito" que não se confundem com o Direito Comunitário positivo - nem pela sua fenomenologia, nem pela sua força conformadora".

¹²¹ Que nunca o é, já que existem princípios de proporcionalidade, de necessidade e de adequação que ditam, muitas vezes, o afastamento da protecção quando valores mais altos se levantam.

¹²² Com base no que vai dito no texto, discordamos de GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 13, quando este A. refere que a partir do acórdão *Internationale*, o TJCE "não permitiria a aplicabilidade de preceitos comunitários que se revelassem incompatíveis com os direitos fundamentais consagrados pelas Constituições desses Estados". Se bem interpretamos, não é pelo facto de um acto comunitário se revelar incompatível com direitos fundamentais consagrados nas constituições que ele deve, automaticamente, ser considerado inaplicável; não nos podemos abstrair de considerações de carácter teleológico e é sempre necessário ter presente os "fins e objectivos da Comunidade", algo que o TJCE sempre deixou bem claro, de forma a mostrar que, apesar de serem inspirados

Finalmente, parece-nos que a chamada "reviravolta jurisprudencial" que se deu a partir dos anos 60 não se reconduz apenas, como afirma a doutrina maioritária, a um esforço de sossegar os tribunais constitucionais, garantindo assim o primado¹²³. Se adoptarmos uma perspectiva mais generosa, facilmente descortinamos que a referida alteração se deu (também) porque o TJCE se foi apercebendo de que "a expansão verificada no âmbito de aplicação do direito comunitário poderia provocar situações em que a actividade da Comunidade Europeia era susceptível de afectar direitos fundamentais dos particulares, hipótese que de todo não havia sido considerada aquando da elaboração dos Tratados"¹²⁴.

8.3. Conclusão: a elaboração de um catálogo atípico de direitos fundamentais por via pretoriana

31. Em jeito de conclusão¹²⁵, poderíamos elencar um conjunto significativo de direitos¹²⁶ que a jurisprudência tem vindo a revelar e qualificar como fundamentais, dando-lhes uma dimensão comunitária, inspirando-se para tal nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros e na CEDH. Parece que, mais uma vez, o TJCE sai reforçado na sua posição de arauto da construção europeia, conseguindo pacificar (por enquanto)¹²⁷ os espíritos mais irrequietos, fazendo-os ver que o Direito Comunitário, enquanto ordenamento dinâmico e evolutivo, está aberto à contribuição das constituições nacionais em domínios que lhes são particularmente caros.

Como se viu, o Juiz Comunitário encontrou, habilmente, uma fórmula para apaziguar as vozes críticas que se faziam ouvir (corporizadas por alguns tribunais constitucionais) na defesa daquilo que é

nas constituições nacionais, os direitos fundamentais (comunitários), de certo modo, pretendem autonomizar-se, enquanto princípios gerais do direito *comunitário*.

¹²³ M. POIARES MADURO, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 63, afirma, enfaticamente, que "o primeiro motivo a partir do qual se criou e desenvolveu uma política de protecção dos direitos fundamentais [...] foi, pois, a defesa do primado. O segundo motivo foi o próprio mercado comum". Concordamos com esta posição, desde que, como já referimos, não sirva para se criticar "desalmadamente" o TJCE. Afinal, é a este órgão que devemos a protecção de direitos fundamentais que temos hoje na União, independentemente de se poderem fazer juízos valorativos sobre qual terá sido o *main goal* do TJCE.

¹²⁴ Cfr. GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 13. Invocando igualmente razões de conjuntura internacional e ligadas ao primeiro alargamento, cfr. AUGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ, *Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Arena WP 01/13, p. 10.

¹²⁵ Que está longe de o ser, já que a Carta vem trazer um quadro de enormes potencialidades (deixa quase tudo em aberto) que poderão vir a ser utilizadas pelo TJCE. Resta saber em que termos, e isso só o futuro o dirá, à medida que forem sendo levadas questões concretas à apreciação do Tribunal.

¹²⁶ Remete-se, nomeadamente, para CRUZ VILAÇA, *op. cit.*, pp. 66 ss.; BARAV/PHILIP, *op. cit.*, pp. 414 ss..

¹²⁷ Veja-se que o acórdão *Maastricht*, proferido pelo *BVerfGE* em 12 de Setembro de 1993, lança algumas dúvidas sobre a legitimidade do primado, dúvidas que são «apaziguadas» porque se conclui que os Estados são os *Herren der Verträge*, uma vez que não existe uma comunidade política que permita autonomizar a União dos Estados (*no demos theory*). No entanto, a questão, em tese, ainda se mantém em aberto: o risco de conflito entre constituições nacionais e «constituição europeia» é real, pois ambas assumem, na lógica interna dos seus ordenamentos jurídicos, o lugar mais alto na hierarquia das fontes de direito, sem que esteja definido a quem pertence a *Kompetenz-Kompetenz*, em caso de colisão. Ou seja, a chamada "guerra fria" entre TJCE e tribunais nacionais pode recomeçar a qualquer momento, mas não se prevê que não haja, como sempre tem havido, flexibilidade e diálogo entre as duas jurisdições, de forma a conciliar o primado com as tradições constitucionais comuns, deixando os dois lados satisfeitos. Cfr. JONAS BERING LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, Jean Monnet WP 04/01, Cambridge, 2001, p. 52.

"seu" e que constitui o alicerce do seu património de valores e princípios. Por outro lado, o TJCE não cede no primado, porque recorre à ideia de *princípios gerais de direito*¹²⁸, e vê reconhecida a sua orientação ao nível formal dos Tratados, a partir de *Maastricht*, nomeadamente através do papel preponderante que assume a CEDH e também através da referência às tradições constitucionais comuns aos Estados membros.

Claro que com isto não pretendemos dizer que o (ainda) actual método jurisdicional de protecção dos direitos fundamentais seja perfeito ou, sequer, correcto¹²⁹. Os cidadãos europeus precisam e desejam saber quais os direitos que podem invocar e em que casos estão salvaguardados contras as violações da sua esfera jurídica por parte das autoridades que detêm prerrogativas de poder.

O casuísmo e a insegurança (incerteza) jurídica não se ajustam à defesa daquilo que é o mais profundo da natureza humana: a dignidade do Homem e os valores fundamentais que daí decorrem. Simplesmente, o TJCE só pode trabalhar com aquilo que, em cada momento da construção europeia, tem ao seu dispor¹³⁰. Parece-nos que a sua posição tem sido coerente e pragmática, dentro do espírito fiel à ideologia vertida nos Tratados, ou seja, caminhar para um aprofundamento progressivo de um ordenamento jurídico autónomo, superior¹³¹, que se quer coeso e uniforme, que não atrepele (na medida do possível) a soberania dos Estados, mas que inevitavelmente, acaba por restringir a liberdade de actuação estadual em domínios que, dentro da lógica *spill over*, serão cada vez mais amplos e extensos.

Para suportar a nossa posição de que o comportamento do TJCE não é susceptível de merecer censura" (é óbvio que se podem criticar pontualmente algumas decisões; mas estamos a trabalhar com base num quadro abrangente, em termos de evolução da jurisprudência), atente-se num excerto do relatório de peritos sobre direitos fundamentais, apresentado à União em 1998:

"The European Court of Justice deserves immense credit for pioneering the protection of fundamental rights within the legal order of the Community when the Treaties themselves were silent on

¹²⁸ Ideia esta, diríamos nós, "maravilhosamente vaga", onde «cabe tudo» o que não colida directamente com o TCEE. ANGEL SANCHO, *op. cit.*, p. 77, qualifica os princípios gerais como "fuente de grande ductilidad y que permite al Tribunal una amplia libertad de acción".

¹²⁹ Em sentido contrário, parece pronunciar-se M. LUÍSA DUARTE, ao afirmar que o Juiz comunitário assegura um "nível de protecção dos direitos fundamentais que é considerado comparável ou pelo menos equivalente ao nível garantido pelas ordens jurídicas dos Estados membros" (cfr. *Estudos...*, cit, p. 34). Parece-nos ser esta posição excessiva, mas reiteramos que, se os Direitos Fundamentais são protegidos com maior intensidade nos Estados membros do que a nível comunitário, a responsabilidade por tal realidade não pode ser assacada ao TJCE, mas antes às instituições políticas, *maxime*, ao Conselho Europeu. Por outro lado, quando se falava [fala] da insuficiência do modelo comunitário de protecção dos direitos fundamentais, sugeria-se como uma natural solução (ao lado da adesão à CEDH que, apesar do Parecer 2/94, ainda não é uma questão encerrada, como se lê na Declaração de Laeken sobre o Futuro da UE, de Dezembro de 2001) para obviar ao "défice de salvaguarda", a aprovação de um catálogo de direitos. Ora, esse catálogo já existe, pelo que se conclui que a opinião pública europeia sentiu que o anterior(?) método pretoriano não era o mais indicado para a protecção dos direitos individuais.

¹³⁰ Nas palavras do Advogado-Geral FRANCIS G. JACOBS, "Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice", 26 *ELR*, 2001, p. 332: "There was nothing in the Community Treaties on which the Court could draw".

¹³¹ Esta superioridade terá que ver com a necessidade de assegurar a uniformidade da *superlegalidade comunitária*, que não é compatível com concepções dualistas ou "entendimentos livres" sobre o que seja o direito comunitário.

this matter. It has been the Court that has put in place the fundamental principles of respect for human rights which underlie all subsequent developments"¹³².

32. Por outras palavras, agora nossas: enquanto as instâncias com legitimidade política e competência institucional para tal, não dessem um passo em frente, *v.g.* no sentido de expressamente contemplar os direitos fundamentais como uma verdadeira política comunitária¹³³, assumindo todas as consequências que daí adviessem (e elas são muitas, especialmente para Estados mais ciosos da sua soberania), o TJCE estaria (e, de certa forma, estará) sempre numa posição de constrangimento e teria sempre que optar, inevitavelmente, pela defesa da integração europeia, pois é para isso que ele existe, para interpretar e aplicar a Lei Fundamental da *Comunidade*¹³⁴, mesmo que isso implique, por vezes, a colisão com direitos garantidos a nível constitucional.

Sempre diremos que, se ainda não se chegou ao fim na caminhada pelos direitos fundamentais - e parece lícito assim concluir - a Carta representa, certamente, um bom passo nessa direcção.

§ 9.º - A "Europa de Maastricht": a cidadania europeia e o artigo F

33. Se o AUE é caracterizado por uma fundamental ausência, no que toca a inovações¹³⁵ em termos de direitos fundamentais, já o mesmo não se poderá dizer do TUE, que veio reestruturar a anterior CEE, ao instituir um quadro institucional (político) único, que ao lado do pilar comunitário, prevê agora mais duas grandes políticas, de cariz intergovernamental: a PESC e a JAI.

Com *Maastricht*¹³⁶ dá-se (um) o salto qualitativo que pretende superar o "complexo económico originário", atendendo-se agora ao indivíduo, não só como agente económico, mas na sua vertente humana, de cidadão contextualizado no espaço da União, espaço que se pretende organizado em termos político-constitucionais.

¹³² Citado em FRANCIS G. JACOBS, *op. cit.*, p. 340.

¹³³ Nem se imagine que esta hipótese é totalmente descabida. Vejam-se, *v.g.* as posições de J. WEILER e de M. POIARES MADURO, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., pp. 169 e 60, respectivamente.

¹³⁴ E não da União, já que aqui ainda se nota a relutância dos Estados em dar um salto qualitativo para a supranacionalidade e superar a lógica intergovernamental, que ainda persiste (mas que cada vez se vai atenuando mais, como se tem visto) em domínios como *v.g.* a Política Externa e de Segurança Comum, agora redenominada de Política Europeia de Segurança e Defesa.

¹³⁵ De referir apenas que o texto preambular faz referência aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições nacionais, na CEDH e na Carta Social Europeia. No entanto, vale como apenas como preâmbulo, o que é pouco.

¹³⁶ Como se compreende, por razões de pragmatismo, não podemos senão limitarmo-nos a sumariar as novidades trazidas pelo Tratado de Maastricht, no que toca aos direitos fundamentais. Omitiremos, em absoluto, quaisquer considerações (e elas poderiam ser muitas, já que este é um verdadeiro paraíso da produção literária e onde as questões a levantar espreitam em todos os cantos) ligadas com a arquitectura política e a dimensão *federal-constitucional* que emergem do TUE. Diremos apenas que, em nosso entender, a partir de Maastricht, dá-se um verdadeiro *turning-point*, em que uma Comunidade de Estados fundada através de um tratado (instrumento de direito internacional público clássico) assume verdadeiramente a sua vocação de se vir a tornar numa entidade política organizada e estruturada em torno de um património comum. Parece-nos que, com Maastricht e a partir de Maastricht, já "nada será como dantes".

A este título é então instituída a *cidadania da União* (art. 8.º TCE)¹³⁷, como forma de enfatizar o vínculo pretendido entre os direitos de participação política que são atribuídos e o aprofundamento da CE, redimensionada a uma escala (tendencialmente) de competências gerais¹³⁸. Proclama-se também o respeito integral pelo novo princípio da *subsidiariedade*¹³⁹ (art. 3.º-B TCE), presente para lembrar aos mais "pró-integracionistas" que a União não pode engolir ou dissolver os Estados no seu turbilhão de poderes crescentes.

34. Vejamos esquematicamente os principais direitos que enformam a chamada *cidadania*¹⁴⁰ da *União*, previstos nos então artigos 8.º a 8.º-E do TCE¹⁴¹.

Logo no art.º B¹⁴² (3.º travessão) do TUE, é proclamado que um dos objectivos a que a União se atribui é o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos Estados membros, mediante a instituição de uma cidadania da União, a que iria corresponder o ponto C do Título II do TUE relativo às disposições que alteram o TCE e autonomizada como Parte II deste Tratado.

A cidadania desdobra-se em cinco direitos¹⁴³: *direito de livre circulação e permanência; direito de eleger e ser eleito nas eleições municipais e para o PE*, nas exactas condições que os nacionais do Estado de residência; *direito geral de petição*, repartido pelos direitos de petição ao PE e direito de queixa¹⁴⁴ ao (recém-criado) Provedor de Justiça Europeu, e finalmente, *direito de protecção diplomática ou consular*, a que alguns Autores chamam "dimensão externa da União".

¹³⁷ Por razões de facilidade expositiva, referir-nos-emos aos artigos, tal como resultaram de Maastricht. Como se sabe, essa foi uma das principais críticas formais apontadas e daí o TA ter vindo renumerar e clarificar a sistematização algo confusa que tinha resultado do TUE. Repare-se que o TUE veio introduzir as disposições referentes à cidadania no TCE, aditando-lhe uma Parte II, mas o próprio TUE consagra disposições relativas aos direitos fundamentais.

¹³⁸ Com isto não se pretende dizer, logicamente, que a CE deixa de estar sujeita ao princípio da especialidade do fim. É claro que os seus poderes resultam sempre de mandatos atribuídos pelos Estados em que estes "transferem parcelas limitadas de soberania". O que se pretende afirmar é que de uma CEE eminentemente económica, passa-se para uma CE, onde os domínios de acção se vão alargando a quase todas as políticas (mas nem todas... *v.g.* direitos humanos). Mas o princípio da competência por atribuição mantém-se, consagrado agora no artigo 3.º-B (actual artigo 5.º), 1.º parágrafo do TCE.

¹³⁹ Que, como é sabido, é um princípio característico dos Estados federais. Sobre este princípio, *cfr.* FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995; RUTE GIL SARAIVA, *Sobre o Princípio da Subsidiariedade (gênese, evolução, interpretação e aplicação)*, Lisboa, 2001.

¹⁴⁰ De entre a vastíssima bibliografia sobre o tema, *cfr.*, por todos, M. LUÍSA DUARTE, *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do direito comunitário*, Lisboa, 1994; F. LUCAS PIRES, *Os novos direitos dos portugueses*, Lisboa, 1994; R. MOURA RAMOS, "Maastricht e os direitos do cidadão europeu", in AAVV, *A União Europeia*, Coimbra, 1994, pp. 93-129; SÍOFRA O'LEARY, *The evolving concept of Community Citizenship*, The Hague, 1996; M. REBELO DE SOUSA, "A cidadania europeia - nível de concretização dos direitos, possibilidade de alargamento e suas implicações", in *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997, pp. 119-129; FRANÇOISE PARISOT (coord.), *Cidadanias nacionais e cidadania europeia*, Lisboa, 2001.

¹⁴¹ Como é fácil de ver, o art. 8.º-D (actual artigo 21.º) limitava-se a remeter para os artigos 138.º-D e 138-E.º, uma vez que são estas disposições que abarcam o conteúdo material dos direitos de petição ao PE e de queixa ao Provedor de Justiça.

¹⁴² Ao nível do texto preambular, é de salientar que o 9.º parágrafo refere que os Estados estão "resolvidos a instituir uma cidadania comum aos nacionais dos seus países".

¹⁴³ Não trataremos de nenhum direito em especial, limitando-nos a traçar um quadro de análise geral. Sobre cada direito e as questões envolventes, remete-se, pois, para a bibliografia *supra* indicada.

¹⁴⁴ Ou direito de acesso.

Quanto ao art. 8.º-E, não assume especial significado, dado tratar-se de uma disposição meramente adjectiva, que se limita a estabelecer os mecanismos de acompanhamento e evolução nesta área, nomeadamente através de um relatório elaborado pela Comissão que permitirá ao Conselho dirigir recomendações com vista a aprofundar os níveis direitos de cidadania.

Numa apreciação geral, diremos o seguinte: a cidadania, enquanto factor psicológico que reforça o sentimento de pertença e o vínculo político, não adquire, no âmbito comunitário, expressão material mas antes é, fundamentalmente, *simbólica*¹⁴⁵. Claramente se vê que ela não substitui a cidadania nacional¹⁴⁶, assumindo um carácter precário, ao dizer-se que está dependente dos critérios nacionais de atribuição de nacionalidade.

Como se percebe, são então os Estados a determinar, em última instância, quem é cidadão da União¹⁴⁷, o que demonstra, verdadeiramente, a fragilidade (artificialidade) desta cidadania. Mas não se conclua que não deveria ser assim. Subscrevemos as palavras de MARIA LUÍSA DUARTE, quando esta Professora diz que "A União Europeia não é uma entidade política soberana e, como tal, não poderia definir critérios próprios de determinação do vínculo da cidadania¹⁴⁸. [...] A União ainda não se perfila [...] como uma entidade política soberana que se possa substituir aos Estados membros através de critérios comuns de determinação da cidadania, como acontece nos Estados federais. Assim, a cidadania da União é um estatuto de sobreposição e não um estatuto de substituição"¹⁴⁹.

Ou por outras palavras, a cidadania da União é um objectivo ainda longe de estar alcançado, porque não se é cidadão "à força", e enquanto os nacionais dos Estados membros não sentirem a União como sua, não compreenderão o porquê de se atribuir (mais) uma cidadania a cidadãos que já o são, por referência a um patriotismo que os individualiza e os faz sentir unidos "contra os outros". No entanto, parece-nos que *Maastricht* marca o início de uma era em que se abandona, finalmente, a visão economicista, e assim, avança-se para uma concepção mais centrada no Homem, algo que o TJCE já vinha fazendo há algum tempo.

¹⁴⁵ Sufragamos, nesta questão, a posição veiculada por R. MOURA RAMOS, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴⁶ Como viria a ser expressamente consagrado a partir de Amesterdão: "A cidadania da União é complementar da cidadania nacional e não a substitui" - actual art. 17.º.

¹⁴⁷ SÓNIA TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 75, fala em "vínculo reflexo", o que nos parece substancialmente correcto. Inversamente, não concordamos quando esta Autora, p. 76, diz que "estamos perante uma dupla atribuição de direitos e deveres, a nível nacional e comunitário". Ora, como a doutrina tem repetidamente afirmado, não se descortinam deveres recortados a partir da cidadania da União. Aliás, nem imaginamos outra solução, uma vez que os Estados é que são *membros* e não os cidadãos. Se a cidadania europeia, no estágio actual, consubstanciasse deveres, como parecem defender alguns Autores, como forma de densificar o vínculo político, isso seria precisamente o inverso do que se pretende, pois iria provocar um divórcio mais acentuado entre Instituições e cidadãos comunitários, uma vez que não se atingiu ainda uma fase de maturação política (e tal vai demorar ainda bastante tempo) que permita conceber a imposição de deveres comunitários, sem que os cidadãos vejam isso como uma agressão, o que decerto iria acontecer. Note-se que a comunidade política europeia está ainda em gestação, foram precisos 40 anos para avançar para uma União Europeia e uma União Económica. Imagina-se quantos anos é que serão necessários para concluir uma União Política? Muitos mais, diríamos nós, a avaliar pela forma como a "tartaruga política" se distancia cada vez mais da "lebre económica". No entanto, tudo pode acontecer a meio do caminho...

¹⁴⁸ Em sentido contrário parece pronunciar-se MOURA RAMOS, ao afirmar, *op. cit.*, p. 115, "...nada se opondo em princípio a que a União definisse, de modo independente da nacionalidade dos Estados membros, a titularidade da cidadania respectiva".

¹⁴⁹ Cfr. *A cidadania...*, cit., pp. 32 e 33.

35. Quanto aos direitos fundamentais *stricto sensu*, temos que:

- 1) O preâmbulo do TUE vem clarificar que todos os Estados confirmam o seu *apego quer aos direitos do Homem e liberdades fundamentais, quer aos direitos sociais fundamentais*, tal como resultam da Carta Social Europeia e da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989.
- 2) A recém criada PESC tem como objectivo, entre outros, o desenvolvimento e o reforço da democracia e do Estado de direito, bem como o *respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais* (art. J.1, n.º 1, 5.º travessão do TUE).
- 3) A nova *política de cooperação para o desenvolvimento* tem como objectivo, também, contribuir para o respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais (art. 130.º-U, n.º 2 do TCE).

Finalmente, o contributo mais relevante trazido por Maastricht é justamente a inserção do art. F que vem consagrar a doutrina jurisprudencial já sedimentada, ficando a partir de agora expresso que *a União está vinculada ao respeito pelos direitos fundamentais*¹⁵⁰, *tal como estes resultam da CEDH*¹⁵¹ *e das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário*.

A grande crítica a apontar é que não se reconhece a competência do Tribunal nesta matéria¹⁵², o que não deixa de ser um paradoxo algo caricato¹⁵³, na medida em que o compromisso de garantir os direitos fundamentais não é formalmente sindicável pelo TJCE, quando justamente foi este o grande construtor da doutrina que agora se formaliza nos Tratados. Pode fazer-se um juízo de desvalor sobre esta ausência de reconhecimento formal de competência, mas não se pode afirmar que seja, em termos práticos, grave, pois o Tribunal nunca precisou de base jurídica legal para afirmar que o respeito pelos direitos fundamentais era (e é) um compromisso solene da CE para com os (agora) cidadãos comunitários.

¹⁵⁰ Repare-se que é a única disposição onde se fala expressamente de direitos fundamentais e não de direitos do Homem.

¹⁵¹ Quanto às consequências de o art. F mandar atender à CEDH, veja-se SÓNIA TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 62 ss.. Não nos parece que esta questão seja problemática, na medida em que entendemos que o art. F é tributário da orientação jurisprudencial (logo, a referência à CEDH seria incontornável) e, para além disso, todos os Estados membros são signatários da CEDH, o que se concilia bem com as "tradições constitucionais comuns". Num plano distinto, parece-nos que o facto de o art. F se referir somente à CEDH não preclude a invocabilidade de quaisquer outros instrumentos de direito internacional (cfr. CONSTANTINESCO, *apud.*, id., p. 64, nota 147) mas significa apenas que ela assume um papel preponderante, tal como aliás o TJCE já tinha reconhecido em várias ocasiões.

¹⁵² Ou seja, o respeito dos Direitos Fundamentais, pela UE-CE era uma obrigação de directriz (meramente) política, conforme refere M. LUÍSA DUARTE, *Estudos...*, cit., p. 30. A propósito da falta de jurisdição do TJCE sobre esta matéria, fala KOEN LENAERTS, "Fundamental Rights in the European Union", 25 *ELR*, 2000, p. 577, em "singular omission when considered in the light of the case-law of the Court".

¹⁵³ V.g. "extravagância" (GARCÍA) ou "anomalia" (TESAURO) são outros termos usados para qualificar esta situação. Cfr. RICARDO ALONSO GARCÍA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Jean Monnet WP 4/02, 2002, p. 3.

§ 10.º - As Instituições e os direitos fundamentais: referência sumária

36. Naturalmente que, não obstante o método jurisdicional e o *método político*¹⁵⁴ assumirem o maior protagonismo na matéria dos direitos fundamentais, é óbvio que as outras instituições comunitárias (para além do TJCE) não se mantiveram alheadas e, em várias ocasiões, o Parlamento Europeu tentou dinamizar a protecção dos direitos, acompanhado pela Comissão. As propostas, em geral, andaram sempre ligadas com a aprovação de um catálogo de direitos fundamentais e com a adesão à CEDH¹⁵⁵.

Podemos indicar em jeito de tópicos¹⁵⁶, as seguintes iniciativas:

- A) A aprovação pelo PE, em 4 de Abril de 1973, de uma Resolução relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados membros na elaboração do direito comunitário.
- B) *Declaração Comum dos Presidentes das Instituições*, em 1977, a sublinhar a importância do respeito pelos direitos fundamentais, tal como resultam das constituições nacionais e da CEDH.
- C) Em 1979, a Comissão apresenta um *Memorando a suscitar a questão da adesão da Comunidade à CEDH*, proposta essa que viria a ser retomada, nomeadamente numa Comunicação emitida em 1990.
- D) O *projecto de "Tratado sobre a União Europeia"*, baseado no Relatório SPINELLI, e contendo um catálogo de direitos fundamentais, é aprovado pelo PE, em 1984.
- E) *Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais*, de 1989, aprovada por Resolução do PE.
- F) Em 1989, é proclamada a *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*, que passa a constituir, ao lado da Carta Social Europeia, o modelo normativo no que toca aos direitos sociais.
- G) A Comissão Europeia, apesar de reconhecer que não pode desenvolver uma política comunitária de direitos do homem, vem propor, em 1990, que a cidadania europeia tenha como substrato uma declaração de direitos e deveres que inclua os direitos fundamentais, com uma referência específica à CEDH.

¹⁵⁴ A expressão é de M. LUÍSA DUARTE, *Estudos...*, cit., p. 29, e refere-se aos contributos trazidos por Maastricht e por Amesterdão. É interessante notar que, no que toca aos Tratado de Roma e AUE a A. fala, simplesmente, em *método de enunciação expressa nos tratados*.

¹⁵⁵ Logicamente, as propostas não eram excludentes entre si. Isso mesmo é confirmado pela realidade actual, em que, depois de um catálogo, ainda se pretende a adesão à CEDH, não só porque os Estados membros são dela signatários, como também porque, dessa forma, suprimir-se-ia uma das principais lacunas que é apontada ao actual sistema comunitário de protecção dos direitos: a ausência de um controlo jurisdicional externo no que toca à defesa dos direitos fundamentais.

¹⁵⁶ Naturalmente, muito ficará por dizer. Não queremos transmitir a sensação de que a acção das Instituições neste domínio é de menor relevância (basta lembrarmo-nos do Projecto *Spinelli* e da sua importância e valor simbólico que assumiu no domínio dos direitos fundamentais). Limitamo-nos, não obstante, a traçar uma cronologia sumária. Como pano de fundo, diríamos apenas que a Comissão e o PE sempre se pronunciaram a favor de um catálogo, e posicionaram-se como fortes entusiastas da Carta. Se existem movimentos críticos que vêm a CDFUE com relutância e cepticismo, não se pode afirmar que eles estão no seio das duas Instituições. Compreende-se, desta forma, que toda a expectativa esteja centrada no TJCE (que ainda não se pronunciou abertamente) e no uso que vai fazer da Carta, dinamizando-a e vivificando-a ou optando por lhe atribuir um estatuto semelhante à

- H) É criada, em 1992, pelo PE, uma *Comissão das Liberdades Públicas e dos Assuntos Internos*, que elabora um relatório anual sobre Direitos do Homem na Comunidade.
- I) *Projecto de uma Constituição Europeia*, aprovado pelo PE, em 1994.
- J) Em 1996, a Comissão nomeia um "Comité de Sábios", presidido por MARIA LOURDES PINTASILGO, com vista a elaborar um relatório sobre a questão dos direitos cívicos e sociais, e em que termos deveria ser encarada por Amesterdão.
- K) "*Agenda dos Direitos do Homem para o ano 2000 na União Europeia*", apresentada em 1998 por um grupo de peritos¹⁵⁷, em nome do Instituto Universitário Europeu (IUE), de Florença, a pedido da Comissão.
- L) Novo relatório sobre direitos fundamentais (coordenado pelo Professor SPIROS SIMITIS) encomendado pela Comissão e entregue em 1999 - "*Afirmar os Direitos Fundamentais na União Europeia: Tempo de Agir*".

37. Pode dizer-se que, em geral, a maioria dos especialistas em direitos humanos que a Comissão havia consultado, concordavam que o carácter casuístico e disperso das referências aos direitos fundamentais eram factores de enfraquecimento do espaço político da União que se pretendia coeso, e

CEDH ou às tradições constitucionais comuns, ou simplesmente, ignorando-a ou considerando-a como mera declaração política, não apta a produzir efeitos jurídicos de espécie alguma.

¹⁵⁷ O grupo de trabalho era constituído pelos especialistas: ANTONIO CASSESE, CATHERINE LaLUMIÈRE, PETER LEUPRECHT e MARY ROBINSON. Pode dizer-se que, em certa medida, este Comité de Sábios foi fortemente influenciado pelas conhecidas propostas de ALSTON e WEILER, no sentido de se caminhar para a implementação de uma política (comunitária) de direitos humanos. Para uma perspectiva crítica sobre a posição de ALSTON/WEILER, cfr. ARMIN BOGDANDY, *op. cit.*, pp. 1310 ss., p. 1317: "In sum, the prospect of a forceful and comprehensive human rights policy might upset the constitutional balance within the Union, infringe the subsidiarity principle and encroach on the guarantee of constitutional autonomy as part of national identity". Este Autor apresenta depois a sua posição, defendendo, p.1318 ss., que deverão existir três *standards* de direitos humanos: a) o primeiro, básico, no âmbito da política externa, aplicar-se-ia a Estados terceiros só em casos extremos de violações de direitos humanos (art. 177.º, n.º 2 do TCE); o segundo, mais exigente (mas ainda deixando margem de manobra aos Estados membros, no âmbito da sua política interna de protecção dos direitos), deveria servir de parâmetro para as acções dos Estados, nos termos do actual art. 7.º do TUE; finalmente, o nível mais exigente aplicar-se-ia às Instituições e aos Estados membros quando agissem no âmbito do direito comunitário. O A. deixa, no entanto, sem resposta, a questão de saber qual seria o critério para este último nível. Atrevemo-nos a dizer que a CDFUE (vinculativa, claro) poderá vir a reunir todas as condições para ocupar esse lugar, algo que, aliás, é ventilado (se bem que não assumido) por BOGDANDY.

Tal não obsta a que possamos (e devamos) ver na Carta, enquanto repositório dos valores e princípios fundamentais em que se funda a União e que são partilhados pelos povos europeus, um credível *yardstick*, que sirva para aferir se os países candidatos passam o "teste da democracia". Simplesmente, não se pode exigir um nível de protecção tão elevado para os que não entraram como para os que já fazem parte deste *enshrinement* de princípios e valores comuns à ordem comunitária. Note-se que, paradoxalmente, o que se passa é que a União é muitas vezes acusada precisamente do inverso que defendemos, ou seja, é acusada de ter dois *standards*, sendo que o mais rígido seria aplicável na política externa e nas relações com Estados terceiros. Assim, como é que se pode pedir aos países candidatos (*v.g.*, a "eterna pré-candidata" Turquia) que respeitem os valores enunciados no art. 6., n.º 1 do TUE, se a própria União não dá o exemplo? A propósito da Carta, escreve a Professora JACQUELINE de la ROCHÈRE (que, não por acaso, foi representante da França na "Convenção Carta"), *Droits de l'homme. La Charte des droits fondamentaux et au delà*, Jean Monnet WP 10/01, 2001, p. 11: "La Charte a évidemment vocation à servir de référence dans l'application de ce test de démocratie aux pays candidats, avex cette seule différence que là où l'exigence est immédiate pour les Etats membres, elle pourra s'imposer par étapes aux pays candidats".

que, por outro lado, se impunha uma sistematização, uma catalogação de direitos que, inclusivé, deveria ser integrada nos Tratados.

§ 11.º - O Tratado de Amesterdão: reforço da protecção dos direitos fundamentais

38. Amesterdão vem trazer novos desenvolvimentos¹⁵⁸, *maxime* a dois níveis:

Primeiro, é aprofundado o anterior artigo F, ficando definitiva e inequivocamente consagrado que a União é uma *comunidade de Direito*, assente em valores humanistas.

Em segundo lugar, verifica-se um reforço da protecção dos direitos sociais, o que de certo modo se explica pela grave crise do desemprego e problemas sociais em que a UE estava mergulhada à data.

39. Nas palavras de CRUZ VILAÇA, "os preceitos do art. 6.º, n.ºs 1 e 2 passam agora a ter uma importante tradução política e simbólica nos comandos dos novos artigos 49.º e 7.º do TUE. O primeiro faz do respeito do princípios enunciados no n.º 1 do art. 6.º uma condição de admissão à Comunidade. O segundo institui um procedimento de suspensão do exercício dos direitos dos Estados membros que violem de maneira grave e persistente os princípios enunciados no art. 6.º"¹⁵⁹.

Este novo *mecanismo de controlo e sanções políticas* (art. 7.º TUE) é, sem dúvida, um sinal de que a questão dos direitos fundamentais e dos princípios humanistas¹⁶⁰ (agora expressamente referidos no novo art. 6.º, n.º 1) em que a União se funda é uma questão que não releva apenas da ordem interna e da soberania de cada Estado, mas antes traduz um compromisso que deve ser respeitado, de vinculação a esses princípios. Como facilmente se compreende, a mensagem que se quer(ia) fazer passar era virada para o exterior, *maxime* para os países candidatos à adesão e não, propriamente, para o seio da União já que, aqui, o respeito por esses valores pode considerar-se um dado relativamente adquirido, quer mercê das tradições e do património comum democrático e liberal, quer devido à formalização constitucional da salvaguarda desses direitos na ordem interna.

40. Tal como referimos, o TA representa também um progresso¹⁶¹ no que toca aos *direitos sociais fundamentais*, na medida em que implementa uma política de emprego (artigos 125.º a 130.º TCE) e, por

¹⁵⁸ Segundo KOEN LENAERTS, *op cit.*, p. 577, "the Treaty of Amsterdam has strengthened the constitutional basis for the protection of fundamental rights by the Union itself".

¹⁵⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 72.

¹⁶⁰ E que são os princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais e, finalmente, do Estado de direito.

¹⁶¹ Progresso que, diga-se, é ainda mitigado. Basta notar que o n.º 6 do art. 137.º do TCE exclui expressamente o direito de associação sindical, assim como os direitos à greve e ao *lock-out*, e ainda as remunerações, do dever da CE de apoiar e complementar os esforços dos Estados membros com vista à implementação dos objectivos de política social definidos no art.136.º. Por outras palavras, a CE está impedida de agir autonomamente para melhorar a protecção de direitos que, tradicionalmente, integram o *núcleo duro* dos direitos sociais fundamentais. Por outro lado, tal como refere GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 66, "os termos da redacção do art. 136.º não conferem qualquer possibilidade [...] de invocar a aplicação de direitos sociais fundamentais com base apenas nas disposições do Tratado".

outro lado, procede à incorporação no texto do TCE do Acordo sobre Política Social, que vigorava anteriormente como Protocolo¹⁶² anexo. Definem-se agora, ao nível formal do Tratado da CE, certos objectivos sociais¹⁶³, tendo como referência a Carta Social Europeia e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais¹⁶⁴ (artigos 136.º a 140.º).

A outro nível, é importante notar que Amesterdão vem introduzir uma nova cláusula horizontal - artigo 13.º - que confere poderes ao Conselho para combater a discriminação, desta vez já não limitada à nacionalidade, mas com vários factores novos de discriminação previstos¹⁶⁵. Note-se, no entanto, que o art. 13.º não prevê expressamente a proibição de medidas discriminatórias, mas apenas a possibilidade de o Conselho adoptar, por unanimidade, medidas de combate a tais comportamentos, o que constitui um avanço, mas bastante limitado¹⁶⁶.

Por outro lado, formaliza-se ao nível dos Tratados a chamada "estratégia de *mainstreaming*" (art. 3.º, n.º 2 do TCE), sendo aproveitado o princípio da igualdade remuneratória, previsto no anterior art. 119.º, para se consagrar uma base legal explícita para o princípio da igualdade de tratamento, através da inserção de dois números no agora art. 141.º do TCE.

41. Ora, não obstante o TA ter dado um passo significativo em frente na protecção (*rectius*: consagração formal) dos direitos fundamentais, ainda subsiste um quadro bastante confuso e até contraditório: enquanto a CEDH é citada duas vezes no TUE, não existe uma única referência no TCE. Por seu turno, tanto a Carta Social como a Carta Comunitária são citadas em ambos os textos. Mas à

Num plano de análise distinto, parece-nos ser irrealista pedir que o TCE fizesse referência a convenções da OIT, o que seria formalmente correcto, pela importância que assumem, mas desfasado de uma "identidade ou tradição europeias", que se concilia bem apenas com o Conselho da Europa. Por outro lado ainda, cremos que revela alguma ingenuidade dizer-se que a CE adoptou como «suas» a CEDH ou a Carta Social, sem mais. É certo que o TJCE tem vindo a reiterar que a CEDH é parte integrante do Direito Comunitário, mas também é certo que foi (e é) uma solução de último recurso, pois o TJCE não tinha mais nada, dentro do ordenamento comunitario, em que pudesse pegar. Se realmente, a CE tivesse sido dotada de um catálogo de direitos *ab initio*, não teria surgido a necessidade de «pedir ajuda» à CEDH e ao Conselho da Europa. Agora que a UE já possui um quadro específico de referência, que é a Carta, é legítimo perguntar se o TJCE ainda terá necessidade de invocar disposições da CEDH, quando estejam em causa direitos fundamentais que estão previstos na CDFUE. Pela nossa parte, diríamos que não tem necessidade de fazê-lo, nem sequer é aconselhável que o faça. Mas tememos bem que o faça, porque os Estados membros não dão os passos que deveriam dar: tornar a Carta vinculativa e (a CE) aderir à CEDH.

¹⁶² E do qual estava isento, através de cláusula *opting-out*, o Reino Unido.

¹⁶³ Que constituem o chamado "princípio de igualização no progresso".

¹⁶⁴ Passando estas duas Cartas a constituir verdadeiras *guidelines*, no que toca a metas sociais a atingir (pelos Estados), agora com a sua importância reconhecida e dignificada ao nível dos Tratados.

¹⁶⁵ Quanto aos factores de discriminação, que nunca o são em demasia, a Carta (art. 21.º) vai, compreensivelmente, mais longe, em 2 aspectos: primeiro, consagra uma cláusula aberta, ao fazer uso do advérbio "designadamente"; segundo, o leque de factores discriminatórios é substancialmente mais alargado do que no art. 13.º. Como resulta fácil de ver, uma coisa é enunciar o princípio (tarefa fácil, até porque a Carta ainda não é vinculativa), outra é vir-se dar poderes ao Conselho para combater a discriminação; logicamente que no segundo caso as coisas tornam-se bastante mais melindrosas.

¹⁶⁶ Conforme nota GOUCHA SOARES, *op. cit.*, pp. 21-22, "os autores do Tratado foram cautelosos na redacção deste preceito [...]...evitando assim que esta disposição possa ser objecto de produção de efeito directo, em virtude da sua interpretação pelo Tribunal de Justiça". Como refere M. LUÍSA DUARTE, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 156, este artigo é apenas uma norma de habilitação, não consagra um princípio de não discriminação.

menção expressa no preâmbulo do TUE não corresponde uma referência no artigo 6.º, onde só a CEDH é mencionada.

Enfim, poderíamos dar mais exemplos de contradições que não se percebem bem mas obviamente, a maior crítica é aquela que se prende com a alteração da competência do TJCE, na medida em que é corrigido o grave *handicap* de tutela jurisdicional que vinha de Maastricht, mas ainda assim, *o controlo que o TJCE passa a poder efectuar quanto à verificação do respeito pelos princípios enunciados no artigo 6.º do TUE, é (incompreensivelmente) limitado à acção das instituições comunitárias*, ou seja, o progresso é apenas parcial e titubeante.

Tal, apesar de não ter grande significado prático¹⁶⁷, pode ser entendido como uma fraqueza e relutância dos Estados membros em realmente assumirem uma jurisdição plena e responsável na área dos direitos fundamentais, sem "pruridos" ou receios de que a protecção comunitária seja insuficiente ou deficitária face àquela conferida no ordenamento interno ou que, por esta via, os Estados vejam a sua esfera de influência e capacidade política diminuída.

Para além disso, a competência do TJCE não abrange a fiscalização do novo processo de "controlo e sanções políticas"¹⁶⁸ estatuído pelo art. 7.º do TUE, o que não pode deixar de ser visto como uma falha¹⁶⁹ a colmatar¹⁷⁰. Em todo o caso, o art. 7.º, em conjugação com o art. 49.º, tem a virtualidade de constituir um aviso para os países candidatos à adesão, de que a União, enquanto espaço político, não se reconduz às meras liberdades económicas, antes assenta em princípios democráticos de liberdade e respeito pelo Estado de direito, e não tolerará o desrespeito por estes valores e princípios em que se inspira e os quais salvaguarda.

Vale a pena lembrar que a decisão de elaborar a Carta foi lançada oficialmente no Conselho Europeu de Colónia, em Dezembro de 1999, apenas um mês depois de o Tratado de Amesterdão ter entrado em vigor. Daqui se depreende que o progresso alcançado em Amesterdão, no que toca a direitos fundamentais, foi claramente insuficiente, e um novo *elan* para a integração europeia e que despertasse o

¹⁶⁷ Recordem-se, *v.g.*, os acórdãos *ERT* ou *Wachauf*.

¹⁶⁸ LENAERTS, *op. cit.*, p. 586, relevantemente, chama a atenção para o facto de este controlo político depender em última instância daquelas duas instituições que se podem considerar como legitimamente democráticas: O Conselho que, indirectamente, representa os nacionais dos vários Estados membros; e o PE, que representa todos esses nacionais, agora na qualidade de cidadãos da União. Da nossa parte, diremos que, ainda assim, nos parece que o papel do PE é muito mais apagado do que deveria ser, e por outro lado, não se percebe muito bem a atribuição à Comissão da faculdade de propor o início do processo, já que se trata de matérias eminentemente políticas, e como se sabe, a Comissão não tem poderes para prosseguir uma política de direitos do Homem e liberdades fundamentais. Ou seja: o papel do PE, nomeadamente numa fase avançada do processo, deveria ser reforçado, em detrimento da Comissão que, apesar de tudo, só intervém no início. No fundo, este mecanismo depende fundamentalmente do Conselho e das suas decisões. Por último, parece-nos que o "problema austríaco" mostrou que deveria efectivamente prever-se um mecanismo de controlo judicial paralelo que pudesse "fiscalizar" este (outro) controlo político instituído por Amesterdão.

¹⁶⁹ Se pensarmos que foram precisos quase 40 anos até a CE se consciencializar de que, enquanto ordenamento autónomo, baseado na liberdade e na democracia está, desde logo, vinculada ao princípio do respeito pelos direitos fundamentais e de que se exige uma clarificação formal desse respeito ao nível dos Tratados, compreende-se que os Estados tenham agido com muita cautela e contenção. A "falha" é também menos censurável se considerarmos que se trata (reflexo do próprio cariz assumidamente político do TUE) de uma área onde impera a intergovernamentalidade e considerada por muitos como um (último?) reduto de soberania.

¹⁷⁰ A este propósito, *cfr.*, numa perspectiva crítica, M. LUÍSA DUARTE, *Estudos...*, *cit.*, p. 32.

interesse dos cidadãos era desejado e necessário. A Carta seria o instrumento, no entender dos governantes europeus, para concretizar tal objectivo superior.

42. Quanto ao *Tratado de Nice*¹⁷¹, não há muito a dizer, em matéria de direitos fundamentais, excepto que, na sequência dos acontecimentos ligados à mudança de governo em Áustria, depois das eleições gerais de Fevereiro de 2000, com a subida ao poder de uma coligação que integrava um partido de extrema-direita (*Freiheitliche Partei Österreichs-FPÖ*)¹⁷², foi introduzida uma alteração ao art. 7.º TUE, no sentido de permitir o accionamento do mecanismo sancionatório, no caso de haver um simples "risco manifesto" de violação de algum dos princípios enunciados no art. 6.º, n.º 1. O artigo 49.º, que trata do processo de alargamento, manteve-se inalterado.

Como nota final, é de assinalar que na Cimeira de Nice a Carta foi proclamada, em 7 de Dezembro de 2000, pelas Instituições - Conselho, Comissão e Parlamento Europeu. Parece-nos claramente que o facto de não se ter integrado¹⁷³ a Carta no Tratado de Nice representou uma grande "oportunidade perdida" e, como tal, a questão fica relegada para a CIG 2004.

¹⁷¹ Sobre as alterações político-institucionais trazidas por Nice e as possíveis implicações futuras, cfr., por todos, M. POIARES MADURO, *O Tratado de Nice e o futuro da Europa* e M. GORJÃO-HENRIQUES, *Novas reflexões sobre o sistema institucional comunitário antes e depois de Nice*, respectivamente os pareceres da FDUNL e da da FDUC, entregues a pedido da Assembleia da República.

¹⁷² Como se sabe, este facto fez (supostamente) tremer os baluartes dos ideais liberais e democráticos da Europa. Se tomarmos em linha de conta o fantasma ainda presente do nazismo, e por outro lado, o facto de os Estados membros procurarem há muito uma oportunidade (em face da crescente popularidade na Europa de vários partidos radicais de direita) para tornarem bem claro (para os Estados candidatos) que não admitiriam machadadas nos valores da liberdade e da igualdade, então percebemos que as sanções políticas adoptadas (bilateralmente) pelos Estados membros contra a Áustria mais não foram do que uma acção "politizada" de *setting an example*. Repare-se que o caso "Áustria-Haider" é exemplificativo da inabilidade política da União (ou dos Estados concertados) em lidar com problemas de direitos fundamentais: o art. 7.º do TUE referia (e refere, uma vez que o Tratado de Nice ainda não entrou em vigor) "uma violação grave e persistente dos princípios enunciados no art. 6.º, n.º 1". Claramente, excederam-se as competências conferidas por esta norma, uma vez que não tinha havido sequer nenhuma ameaça *concreta* de que aqueles princípios poderiam vir a ser postos em causa. Desta forma, foi frontalmente violada a soberania da Áustria, que se viu confrontada com uma situação inédita de intromissão na sua política interna, por parte dos "Quatorze".

Não deixa de ser significativo, a outro título, que o relatório do grupo formado pelos três *Wise Men* (composto por juízes do TEDH) encarregados de analisar a "questão austríaca", se tenha referido directamente em vários parágrafos à CDFUE, mesmo antes de ela ter sido adoptada no seio da UE, e só depois se ter referido às fontes de onde emanavam as disposições, *maxime* a CEDH. Cfr. AUGUSTÍN J. MENÉNDEZ *Chartering...*, cit., p.11.

¹⁷³ Ou pelo menos, adoptar a solução de compromisso proposta pelo PE, que consistia na inclusão de uma referência à Carta no n.º 2 do art. 6.º do TUE. Note-se que o PE, logo em Março de 2000, se tinha pronunciado a favor da incorporação da Carta nos Tratados, em virtude da sua aprovação por unanimidade. No entanto, seis governos de Estados membros (Reino Unido, Irlanda,

Capítulo III

A Carta enquanto modelo referencial de protecção dos direitos fundamentais na União Europeia?

§ 12.º - Questões preliminares

43. Ao propormo-nos a uma reflexão sobre a Carta, não pode deixar de acorrer ao nosso espírito uma questão «básica», de cariz formal e aparentemente terminológico.

Desde logo, o porquê da designação escolhida? Porquê chamar ao documento objecto de análise "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia"?

Num *exercício de «livre-pensamento»*¹⁷⁴, permitimo-nos decompor a designação, na tentativa de extrair alguma motivação ou *ratio* que esteja na base da escolha deste nome. Assim, já tivemos oportunidade de referir o porquê de, em nosso entender, se ter optado pela fórmula "direitos fundamentais", em detrimento de outras (*maxime*, direitos do Homem), também formalmente correctas. Resta-nos, pois, os outros dois elementos em causa: *Carta e União Europeia*.

44. Quanto ao primeiro - *Carta* -, diremos apenas que outras designações¹⁷⁵ teriam sido possíveis, desde logo a mais óbvia de "*Declaração dos Direitos Fundamentais da UE*"¹⁷⁶. Mas, como nada acontece por acaso, o termo "*Carta*"¹⁷⁷ é, sem dúvida, preferível, uma vez que uma declaração assume geralmente um carácter cristalizante e unidireccional, tem um sentido centrípeto, dogmático e cerrado. Declarar, parece-nos, significa transmitir uma ideia que não tende a ser passível de réplica, é algo que se afirma e pronto. Veja-se, a este propósito, que tradicionalmente, as Declarações encerram direitos do homem,

Dinamarca, Finlândia, Suécia e Países Baixos) opuseram-se a tal cenário, e a partir daí passou a dizer-se que a Carta tinha apenas um valor simbólico e político (*political accountability*).

¹⁷⁴ Queremos deixar este ponto bem claro. É óbvio que as considerações que se seguem não têm fundamento jurídico, são apenas notas introdutórias e imaginativas. Já não diremos que não têm relevância alguma, na medida em que, muitas vezes, "brincando" com as palavras e com a sua polissemia inerente, chegam-se a conclusões ocultas *prima facie*.

¹⁷⁵ Para se ter uma ideia de conjunto, a Carta, enquanto documento com conteúdo, pode traduzir-se por várias palavras, que transmitem todas a mesma ideia: rol, catálogo, cardápio, leque, *and so on...* simplificando, trata-se de algo que contém (neste caso) uma *enunciação de direitos*, enunciação essa que pretende tornar visíveis para os cidadãos comunitários os direitos de que são titulares e que advêm do facto de estarem no espaço político da UE.

¹⁷⁶ Esta fórmula teria, certamente, uma conotação assumidamente "constitucional", muito mais do que "Carta", já que, em geral, as Declarações de Direitos do Homem pretenderam estar antes e por cima das constituições nacionais. É óbvio que ninguém (defensores e críticos da Carta), pelo menos assumidamente, pretende uma "Carta" que venha a posicionar-se acima das constituições nacionais. Mesmo os fervorosos apologistas do federalismo insistem na necessidade de salvaguardar as identidades nacionais e de não as apagar ou diluir.

¹⁷⁷ Veja-se que, em geral, também as outras línguas designam a CDFUE como "carta", com o sentido que geralmente lhe é atribuído na língua portuguesa. Neste sentido, compare-se a "carta" portuguesa com "carta", quer em espanhol, quer em italiano. Também o vocábulo francês "charte" significa carta, mas aqui, à semelhança do que acontece com a "charter" inglesa, o significado aproxima-se mais de uma carta solene, tais como um alvará, uma escritura pública, uma espístola ou até mesmo um decreto. Ou seja: podemos ver que "Carta", no sentido que nos interessa, é algo que é escrito solenemente, que é instituído por força de uma vontade, mas que encerra dentro de si a potencialidade e a virtualidade de estar aberto à mudança e ao dinamismo, daí ser distinto de uma declaração, por um lado, e aproximar-se de uma catálogo ou lista, por outro.

aqueles direitos invioláveis, inquestionáveis e insobreponíveis que se ligam com o mais profundo da natureza humana e daí, o querer-se que não sejam susceptíveis de interpretações livres. Claro que, paradoxalmente, é precisamente aqui que estas declarações encerram a sua maior fragilidade pois, ao serem dotadas de tamanha rigidez e ao recorrerem a termos universais e abstractos, tornam-se quase inaplicáveis ao caso concreto e às vicissitudes da vida, verificando-se assim, uma enorme dificuldade em garantirem uma adequada protecção dos direitos. *A contrario*, daqui se depreende já, a nosso ver, o porquê de se ter escolhido "Carta"¹⁷⁸:

Uma carta transmite, logo à partida, uma ideia de dinamismo, de fluidez, de liberdade de movimento. Quer fazer-se passar uma mensagem, mas espera-se uma resposta¹⁷⁹, deseja-se que o «*boomerang*» seja recebido (pelos cidadãos) e volte (para as Instituições poderem interpretar os sinais políticos dados pela opinião pública europeia, *maxime*, se a CDFUE deve ser integrada no TUE) com mais força e mais vontade. Se pensarmos bem, a Carta pode ser um instrumento revolucionário, ao servir para aproximar Bruxelas dos indivíduos reais, dos europeus que querem viver num *espaço de liberdade, segurança e justiça*¹⁸⁰, mas sem que isso signifique uma restrição ou diluição das identidades nacionais, identificadas com uma cultura e tradições concretas.

Reforçamos, no entanto a ideia inicial, de que estas considerações são apenas o reflexo de uma certa liberdade criativa ("colorida") da nossa parte. É óbvio que poder-se-á dizer que *a Carta é uma declaração de direitos*, sem que por isso, possamos ser acusados de imprecisão ou falta de rigor.

45. Por outro lado, alcança-se com alguma facilidade porque seria inviável, no actual estado da integração europeia, uma "Carta... *da Comunidade Europeia*"¹⁸¹.

Basicamente, apontamos duas razões, sem excluirmos que possam existir muitas mais:

Primeiro, os direitos fundamentais, como decorre do que temos vindo a dizer, relevam a um nível primordialmente político¹⁸² e constitucional e seria inviável inseri-los no TCE¹⁸³, dado serem das matérias

¹⁷⁸ Claro que se pensarmos na Carta das Nações Unidas, o argumento *supra* referido pode ser rebatido. Ainda assim, parece-nos que não cai inteiramente por terra.

¹⁷⁹ Diríamos, quase romanticamente, que a União, a comunidade política europeia que não os "tecnocratas de Bruxelas", escreve uma carta aos cidadãos a dizer-lhes que tenham confiança no que toca à defesa dos seus direitos, e por sua vez, pede aos mesmos cidadãos que, reversamente, depositem a confiança necessária nas instituições comunitárias para o aprofundamento da UE.

¹⁸⁰ É sobejamente conhecida a posição do Comissário António Vitorino de que a Carta deve constituir o *fundamento do espaço de liberdade, segurança e justiça*. Ou por outras palavras, também do Comissário, a Carta é o instrumento em que se baseia a legitimidade política da União. Cfr. ANTÓNIO VITORINO, *A Carta dos Direitos Fundamentais, fundamento do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça*, 2000, pp. 3 e 8. Há que reconhecer, no entanto, que o referido espaço de liberdade, segurança e justiça se encontra hoje seriamente ameaçado, nomeadamente, pelos fenómenos do terrorismo internacional, da imigração clandestina e do crime organizado.

¹⁸¹ Como referimos, já existia (e existe) a Carta *Comunitária* dos Direitos Sociais Fundamentais (não obrigatória), só que esta diz respeito apenas aos direitos sociais fundamentais, e ainda assim, apesar de o TCE se referir a ela expressamente, alguns direitos «fundamentalíssimos» são excluídos da acção comunitária.

¹⁸² Nem se diga que os direitos económicos não têm cariz político, basta recordar que na sua origem estão ideias de dignificação do homem, enquanto agente económico integrado na *polis*, e de bem estar e desenvolvimento, só atingíveis dentro de uma comunidade política estruturada em torno da igualdade e da solidariedade.

mais sensíveis e "constitucionais", dentro do reduto de soberania que cabe aos Estados. A União política ainda está em fase de gestação, e a História já demonstrou que o *método funcional*, de dar pequenos (mas seguros) passos para se chegar à integração plena é aquele que deve ser privilegiado. Pensamos que os cidadãos não acolheriam de bom grado, ainda mal refeitos da perda da sua moeda¹⁸⁴, a opção de, ao lado das políticas de pescas ou de transportes, «enfiar» uma "política de direitos fundamentais", sem se ter estudado e teorizado o alcance que tal desígnio teria.

Em segundo lugar, é de referir que também razões de ordem mais prática impediriam (em tese, seria possível) que a Carta se denominasse Carta da Comunidade Europeia: é que tal equivaleria a atribuir *jurisdição plena* nessa matéria ao TJCE, o que causa, com certeza, «arrepios» no seio de alguns Estados.

É claro que Amesterdão já veio trazer um dado importante, através da alínea d) do art. 46.º do TUE, mas repare-se que, tal como já vimos, só é reconhecida competência "no que respeita à acção das Instituições" e a Carta tem igualmente como destinatários os Estados membros, quando ajam em aplicação do direito comunitário (art. 51.º, n.º 1 da CDFUE).

Isto não significa, no entanto, que a CDFUE não deva, em nosso entender, ser integrada nos Tratados. A nossa posição é precisamente a inversa, mas sempre diremos que, enquanto não se proceder a uma simplificação dos actuais Tratados, prevendo, *v.g.*, uma parte com dignidade constitucional e outra(s) mais virada para questões pragmáticas¹⁸⁵, a Carta só faz sentido se for incluída¹⁸⁶ no TUE, e não no TCE.

Temos de reconhecer que, apesar de se caminhar no bom sentido, seria um passo gigantesco passar dos direitos (estritamente) sociais fundamentais, já previstos formalmente¹⁸⁷ nos artigos 136.º ss. do TCE, para a enunciação do núcleo duro dos direitos do homem.

46. A última questão prévia que nos surge é saber *porque é que a Carta foi meramente proclamada*. Repare-se que, na linha do que dissemos supra, a proclamação é semelhante a uma declaração, logo, este é um factor que infelizmente enfraquece a Carta, logo à partida¹⁸⁸, e retira-lhe

¹⁸³ Pelo menos, enquanto não se atingir aquele estágio que permitirá considerar os direitos fundamentais como uma política verdadeiramente comunitária.

¹⁸⁴ Que, como se sabe, é um dos elementos típicos tradicionalmente associados à soberania. Diga-se, no entanto, que as repercussões do euro estão a ser surpreendentemente positivas, numa perspectiva política (as considerações económicas não relevam para o nosso tema), já que passou a *ligar*, entre si, em termos simbólicos e práticos, os cidadãos dos Estados membros aderentes.

¹⁸⁵ Que, diga-se, não é nenhuma ideia nova, na medida em que é uma das principais propostas que constam do relatório entregue à Comissão pelo IUE, em 1998.

¹⁸⁶ Ou anexada como protocolo, de acordo com o art. 311.º do TCE. Neste sentido pronuncia-se M. LUÍSA DUARTE, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 152.

¹⁸⁷ E ainda assim, com as limitações já referidas, dado que em geral, se limitam a enunciar que a CE promoverá e apoiará as acções dos Estados membros, mas estes continuam a ser os "reis e senhores" das suas políticas sociais, sem que a Comunidade possa interferir directamente.

¹⁸⁸ Inclusivé, fornece um argumento para criticar a Carta (lembre-se, em sentido inverso do referido no texto, da "chuva de críticas" que foi veiculada por vários prestigiados órgãos de comunicação social, *v.g.* *The Economist*, ou *The Times*, quanto à oportunidade, o conteúdo e a suposta *hidden* agenda que a CDFUE encerrava), pois vai de encontro à ideia de que se transmitiu um sinal errado para a opinião pública ao dizer-se que a Carta é *soft-law*, logo, os direitos fundamentais na UE têm uma dignidade *soft* e uma protecção *soft*. Esta é, *v.g.*, a posição bem conhecida de WEILER. O próprio representante pessoal do Primeiro-Ministro

aquela dinâmica que referimos de "processo dialéctico". Ora, não encontramos nenhuma razão válida para que a Carta tenha sido proclamada e não adoptada.

Só razões ligadas à *low-politics* de «bastidores»¹⁸⁹ e que em nada dignificam o processo de construção europeia, podem ter ditado que as Instituições tenham preferido "proclamar" um documento que foi redigido como se tivesse carácter vinculativo (*ready to use*), em vez de o terem adoptado, como deveriam. Concedemos, no entanto, que o facto de a Carta não se apresentar como um documento juridicamente vinculante, é certamente um argumento invocável por aqueles que vêm na Carta uma "declaração de princípio(s)", com natureza meramente proclamatória, à semelhança dos *Bills of Rights* dos Direitos do Homem, e para esses, a Carta foi correctamente proclamada, já que o seu objectivo não vai para além de uma enunciação de princípios, direitos e liberdades, sem que daí se retire a "justiciabilidade" da mesma.

Da nossa parte, não descortinamos razões que nos levem a acreditar que é incorrecto dizer-se que a Carta foi adoptada, pelo que, inclinamo-nos para a "adopção", em detrimento da "proclamação".

§ 13.º - O processo de elaboração da Carta: a Convenção enquanto modelo de democraticidade e transparência

13.1. Antecedentes: o Conselho Europeu de Colónia

47. Tendo presente o contexto histórico que delineámos em traços gerais, entramos agora, verdadeiramente, no "nascimento" da Carta. Convém fazermos algumas considerações sobre o processo concepcional que deu origem ao documento que hoje se apresenta como a Carta dos Direitos Fundamentais. Como já referimos, a iniciativa de lançar a Carta partiu da Presidência alemã, no primeiro semestre de 1999, e veio a lograr concretização plena no *Conselho Europeu de Colónia*, onde foi formalmente confirmada a decisão de elaborar uma carta de direitos fundamentais.

britânico reconheceu que: "Reaction to the Charter has been a heady mixture of misunderstanding, hostility and unrealistic expectations". Cfr. LORD GOLDSIMTH Q.C., "A Charter of Rights, Freedoms and Principles", 38 *CMLR*, 2001, p. 1201.

¹⁸⁹ Por aqui já se vê que adoptamos uma posição muito crítica quanto ao facto de não ter sido atribuído *binding effect* à Carta. No entanto, reconhecemos que não houve a tentativa de criar quaisquer ilusões ou expectativas em relação a este ponto, na medida em que, desde o início, foi afirmado que a Carta seria (apenas) solenemente proclamada e só numa fase posterior se estudaria a oportunidade e a eventual possibilidade de a integrar nos Tratados. Por outro lado, é óbvio que o presente trabalho não pretende de forma alguma expressar juízos valorativos e pessoais; a nossa posição é politicamente asséptica, mas não nos podemos escusar a tecer comentários que podem ser entendidos como (sendo) "politizados", uma vez que vêm suportar a ideia de que os direitos fundamentais na UE, paradoxalmente, nasceram com a jurisprudência do TJCE, mas são conduzidos a um nível intergovernamental. A propósito da "política de bastidores" referida no texto, veja-se um dos exemplos que é dado (obviamente, noutro contexto que não o nosso) por FLORENCE DELOCHE-GAUDEZ, *The Convention on a Charter of Fundamental Rights: A Method for the Future?*, Notre Europe Research and Policy Paper n.º 15, 2001, p. 15: "In early September, Lionel Jospin travelled to London to discuss the Convention's drafts with Tony Blair. The United Kingdom allegedly demanded that the charter should remain a simple declaration - a position they had championed from the outset. In exchange, the French obtained agreement that it should include an explicit reference to the right of strike" (itálico nosso). Como se pode constatar, ambas as posições vieram a lograr acolhimento: a Carta tem natureza declaratória, e faz-se uma referência à greve, no art. 28.º, *in fine*, da CDFUE.

Recuemos um pouco para tentar enquadrar alguns factores *conjunturais*¹⁹⁰ que influenciaram directamente esta inédita e histórica decisão. Em 1999 vivia-se, como é sabido, uma gravíssima situação de falta de confiança nas Instituições. As acusações de corrupção e incompetência que haviam levado à demissão colectiva da Comissão (na sequência da moção de censura apresentada pelo PE) e a elevada taxa de abstenção nas eleições para o PE mais não eram do que reflexos do défice democrático e défice de cidadania que se vinha a aprofundar, afastando cada vez mais os cidadãos do epicentro comunitário de Bruxelas, colocando desta forma em risco a continuidade de um projecto político que jamais poderia avançar sem a chancela dos cidadãos e da opinião pública europeia. Ninguém acreditava que a UE estivesse realmente interessada em outra coisa senão no mercado comum e no lançamento do euro.

Se adicionarmos a isto o facto de a Presidência alemã ter acolhido bastante positivamente a proposta contida no relatório do IUE, de elaborar um catálogo de direitos, e também o facto ainda muito presente de o TJCE ter vindo clarificar que a União não poderia aderir à CEDH¹⁹¹, então começamos a ter uma ideia do cenário envolvente que levou à decisão de lançar um projecto de Carta¹⁹².

Podemos entender, pois, que havia um ambiente propício, dinamizado quer pelas propostas sucessivas do PE e da Comissão, quer pelos vários relatórios dos *Sages*, quer ainda pela grave crise de legitimação popular existente no seio da União, a que a Presidência alemã conferisse o necessário *input* conducente à aprovação de um *Bill of Rights* na UE¹⁹³, virado para os cidadãos comunitários.

¹⁹⁰ Parece-nos que o que fica dito nos capítulos anteriores é suficiente para um enquadramento estrutural ou amplo: pense-se na progressiva elaboração jurisprudencial e as críticas inflamadas que foram dirigidas contra a "deriva pretoriana"; pense-se no aprofundamento da união política e da necessidade crescente que a UE-CE vinham a sentir em chegar até aos cidadãos; atente-se na acção das Instituições que, insistentemente, apelavam para que se desse um passo em frente, no sentido de reforçar a protecção dos direitos humanos; pense-se na situação geo-estratégica internacional, com problemas de imigração massiva, com a ameaça crescente do terrorismo e das máfias internacionais, com o temor de conviver com o vizinho russo, com a dificuldade de lidar com a crise nos Balcãs; pense-se também no processo de alargamento em marcha - quando os países candidatos têm ainda uma fraca tradição de valores democráticos -, enfim, mais factores poderiam ser aventados.

¹⁹¹ O tema da relação da Carta com a CEDH é um dos mais fascinantes. No entanto, porque foge substancialmente do âmbito deste estudo, não será focado. Apenas diremos que foi através do famoso Parecer 2/94 que o TJCE veio afirmar que a Comunidade não tinha competência para aderir à CEDH, uma vez que tal alteraria radicalmente a estrutura "constitucional" dos Tratados que, como se sabe, não estabelecem como objectivo a prossecução de uma política geral de direitos humanos. O TJCE "remeteu" a questão para os Estados ao dizer que só através de revisão formal dos Tratados seria possível divisar a hipótese de adesão à CEDH, uma vez que esta implicaria um sistema de protecção internacional que assentava em conferir ao TEDH um poder de controlo externo, o que não era concebível na fase actual da integração europeia. A questão foi encerrada, mas não definitivamente.

¹⁹² GRÁINNE DE BÚRCA, "The drafting of the European Union Charter of fundamental rights", 26 *ELR*, 2001, p. 128, refere que, para além dos relatórios que vinham sendo apresentados sobre direitos fundamentais, também o quinquagésimo aniversário da DUDH e todas as iniciativas que daí decorreram, fomentaram a vontade política da Presidência alemã de impulsionar a Carta.

¹⁹³ Cfr. KOEN LENAERTS, *op. cit.*, p. 576. O Autor vem estabelecer uma relação, ao que parece, directa, entre a decisão da Presidência alemã e a doutrina do *BVerfGE* emergente dos acórdãos *Solange* e *Maastricht* (*ibid.*, nota 5). Esta posição parece-nos ser um pouco excessiva mas, logicamente, admitimos que haja uma conexão, ainda que indirecta e remota. Na verdade, pensamos que não se pode apontar *uma razão principal* para o surgimento da Carta. Por um lado, estão presentes factores conjunturais e, a outro título, trata-se do corolário (e aqui já podemos entender a posição de LENAERTS) lógico de um processo de auto-legitimação que a União vinha sentindo como necessário para recuperar a confiança dos cidadãos, ao lado de uma crescente densificação do conteúdo jurisprudencial dos direitos fundamentais, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

48. Desta forma, em Colónia, o Conselho Europeu vem atribuir o mandato respectivo para a elaboração da Carta a um "grupo de trabalho"¹⁹⁴, a que chamou de *instância (body)*, definindo, em termos genéricos, a extensão e os termos (relativamente rígidos) em que esse mandato deveria ser cumprido.

Assim, num quadro de "constitucionalismo ambivalente"¹⁹⁵, a motivação política que se escondia por detrás da Carta veio a ser reconhecida nas *Conclusões de Colónia* nos seguintes termos:

"Na presente fase de evolução da União, impõe-se elaborar uma carta dos direitos fundamentais, na qual fique consignada, com toda a evidência, a importância primordial (*overriding importance*) de tais direitos e o seu alcance para os cidadãos da União".

Ou seja, pretendia-se tornar visíveis *os direitos dos cidadãos e para os cidadãos*, através de uma carta que, constituindo sem dúvida um importante *showcase*¹⁹⁶ de direitos existentes, que visava uma aproximação aos cidadãos, no entanto não alterava em nada as competências comunitárias em matéria de direitos humanos, conciliando-se desta forma, dois objectivos que, à partida, seriam antagónicos.

As Conclusões de Colónia vêm definir o mandato da instância e estabelecem que a Carta deveria conter três grandes categorias de direitos:

- A) os direitos e liberdades pessoais¹⁹⁷, tal como garantidos na CEDH e nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros;
- B) os direitos próprios dos cidadãos comunitários (que estavam já previstos no TCE);
- C) finalmente, a Carta deveria enunciar os direitos económicos e sociais, tal como estavam consagrados na Carta Social e na Carta Comunitária, na estrita medida em que não constituíssem (meros) objectivos de política social a que a União se propunha¹⁹⁸.

Daqui se retira, desde logo, que *a Carta não poderia em caso algum ampliar as competências da União*.

Resultou também do mandato de Colónia um dos aspectos mais marcantes e inovadores que foi precisamente o modo de elaboração da Carta¹⁹⁹, *maxime* da composição da instância que deveria

¹⁹⁴ Utilizamos esta expressão apenas para dizer que foi o Conselho Europeu de Colónia que decidiu denominar este "corpo organizado" de instância. Note-se que, geralmente, faz-se alusão à "instância" como a designação originária que, como era de esperar, soava demasiado *funcional* e pouco lisonjeira face à dignidade da missão que era atribuída a esta "instância".

¹⁹⁵ GRÁINNE DE BÚRCA, "The drafting"..., cit., pp. 126 ss.. A Autora apresenta três motivos que podem explicar esta "ambivalência constitucional" aquando da elaboração da Carta: a) o facto de não se saber qual seria o estatuto legal da CDFUE; b) o nítido contraste entre a vontade de aprovar a Carta e a contenção (e limitação) dos poderes da UE em matéria de direitos humanos que, em caso algum, deveriam ser ampliados ou sequer modificados por acção da Carta; c) a indefinição sobre o âmbito (extensão) de aplicação da Carta relativamente aos Estados membros.

¹⁹⁶ Esta expressão foi utilizada pela delegação representativa do Reino Unido, mas com um sentido mais crítico. Usamo-la apenas para realçar que a motivação foi fazer uma Carta para "mostrar aos cidadãos". Cfr. GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 35, referindo-se a uma "estratégia de marketing político". Cfr. MARIANNE GIJZEN, "The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?", *MJ*, 8, 2001, p. 34; G. DE BÚRCA, "The drafting"..., cit., pp. 130 e 138.

¹⁹⁷ Mais correctamente, a primeira categoria deveria incluir os direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos processuais fundamentais, tal como garantidos na CEDH e como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

¹⁹⁸ Não poderiam ser introduzidos direitos como *v. g.* "direito ao pleno emprego" ou "direito ao salário justo e equitativo", ou "direito a habitação condigna", na medida em que não se tratava de verdadeiros direitos (subjectivos), mas de metas sociais a atingir.

apresentar o *draft* da Carta antes do Conselho Europeu de Dezembro de 2000 que, depois de o aprovar, proporia às três Instituições²⁰⁰ que proclamassem solenemente a Carta, com base no projecto apresentado.

Finalmente, o Conselho Europeu de Colónia tornava bem explícito que a questão de atribuir carácter vinculativo à Carta ficava adiada *sine die*.

Em suma, e nas palavras da Comissão, o mandato do Conselho de Colónia ia apenas no sentido de atribuir uma "missão de revelação e não de criação, de compilação mais do que de inovação".

13.2. Composição e método de trabalho

49. Como já dissemos, o Conselho Europeu de Colónia havia afirmado qual deveria ser a composição da instância encarregue de redigir o projecto de Carta. A declaração de princípio estava feita. Entre o Conselho Europeu de Colónia, em Junho, e o de Tampere, em Outubro, o Conselho "Assuntos Gerais" decidiu sobre as disposições instrumentais que norteariam a missão da instância.

Assim, num anexo às Conclusões do *Conselho Europeu de Tampere*, são definidas a composição (indo para além do que vinha de Colónia, já que se especifica o número de membros), o método de trabalho e as disposições práticas da instância, com vista à elaboração do projecto de Carta.

Foi fixado que a instância seria composta, num total de 62 membros, por:

- 15 representantes dos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados membros;
- 1 representante do Presidente da Comissão²⁰¹;
- 16 membros do PE, designados por esta Instituição;
- e, finalmente, 30 membros dos *parlamentos nacionais* (dois por parlamento nacional), a indicar pelos próprios parlamentos nacionais²⁰².

A estes 62 membros juntar-se-iam 4 observadores (2 representantes do TJCE e dois do Conselho da Europa, sendo que um destes pertenceria ao TEDH). Por outro lado, o Comité Económico e Social, o Comité das Regiões e o Provedor de Justiça eram também incentivados a dar o seu contributo. Seriam ouvidos os Estados candidatos de forma a ter-se em conta (se possível) no texto final as suas "sensibilidades políticas" e, finalmente, apelava-se às contribuições de diversos órgãos nacionais, grupos representativos dos vários quadrantes sociais²⁰³ e peritos que desejassem pronunciar-se.

¹⁹⁹ Há Autores que referem que a composição e o método de trabalho da instância são até mais importantes do que a Carta, *de per sí*. Claro que a Carta não pode considerar-se inovadora quanto ao conteúdo, na medida em que o mandato atribuído em Colónia era restrito e claro: compilar e codificar aquilo que já havia, através de um processo deliberativo que privilegiasse a participação e o diálogo.

²⁰⁰ Conselho, Parlamento Europeu e Comissão.

²⁰¹ Inicialmente, a Comissão iria participar com o estatuto de mero observador mas foi depois decidido que faria parte integrante da instância. O Comissário que integrou a Convenção (e o *Praesidium*) foi ANTÓNIO VITORINO. Cfr. F. DELOCHE-GAUDEZ, *op. cit.*, p. 6, que refere que a presença da Comissão traduziu um papel de *legal watchdog*, fazendo jus à sua clássica atribuição de "guardião dos Tratados".

²⁰² Como é sabido, os membros designados pelo Parlamento português foram JOSÉ BARROS MOURA (PS) e MARIA EDUARDA AZEVEDO (PSD).

²⁰³ Estes grupos sociais seriam representados pelas chamadas Organizações Não Governamentais (ONG's).

50. Logo nas primeiras reuniões²⁰⁴ da "instância" decidiu-se, sob proposta do PE, que esta "instância" se auto-intitularia *Convenção*, por referência simbólica à *Convention Nationale*²⁰⁵, a Assembleia Constituinte da Revolução Francesa que havia promulgado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

Foi também decidido que o chamado "Comité de Redacção do anteprojecto de carta"²⁰⁶ se designaria de *Praesidium*. Este órgão assumia um natural destaque, pois era a ele que competia elaborar o anteprojecto da Carta, tendo em conta as propostas de redacção apresentadas pelos membros da Convenção, até finalmente se chegar a um texto final que seria depois transmitido pelo Presidente da Convenção ao *Conselho Europeu de Biarritz*, (em Outubro de 2000) e este, depois de o aprovar, proporia a proclamação solene desse texto, em Nice, pelas três Instituições

Ao Secretariado-Geral do Conselho (através de uma *task-force*) caberia a tarefa de auxiliar o *Praesidium* e fornecer as condições logísticas de apoio para a realização da sua tarefa²⁰⁷. Quanto aos membros da Convenção dividiram-se por grupos de trabalho *ad hoc*, consoante as suas áreas específicas.

51. Em Tampere ficou estipulado que a instância escolheria, de entre os seus membros, o *Presidente*, a que se juntariam três Vice-Presidentes: um, eleito de entre os membros do PE²⁰⁸; um, eleito de entre os membros dos parlamentos nacionais²⁰⁹, e finalmente, o representante da Presidência do

²⁰⁴ Apesar de o Conselho Europeu de Tampere ter estabelecido que as reuniões da instância se realizariam alternadamente nas instalações do Conselho e do PE, verificou-se depois que o Parlamento reunia as melhores condições, pelo que foi aí que as reuniões tiveram lugar. Não se pense que esta é uma questão menor, dado que um dos principais traços característicos deste processo era a transparência e visibilidade dos trabalhos, através do princípio fixado em Tampere de que as reuniões de trabalho (bem como os documentos daí emergentes) eram abertas ao público em geral. Como tal, convinha que houvesse condições para que pudessem assistir às reuniões todas as pessoas que assim o desejassem, sem limitações relacionadas com a exiguidade das salas.

²⁰⁵ Nas palavras de J. BARROS MOURA, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 15, "o paralelismo assim assumido tanto pode referir-se à composição predominantemente parlamentar da instância como ao carácter constituinte que a proclamação de um *Bill of Rights* deve revestir, e ainda à necessidade de uma verdadeira revolução, ao menos das mentalidades políticas dominantes, para fazer a União Política da Europa". Note-se que o facto de a instância ter adoptado esta designação foi um dos argumentos (formais) invocado por aqueles que viram neste processo o primeiro passo para uma futura Constituição Europeia, a que, obviamente, não reconheciam qualquer tipo de legitimidade. Deve dizer-se, no entanto, que se tratou de puras especulações fantasiosas, uma vez que, desde o início, o Presidente HERZOG tornou bem claro que o mandato da Convenção deveria ser cumprido, nos exactos termos em que estava definido nas Conclusões de Colónia, i.e., a estrita missão da Convenção era elaborar um catálogo de direitos que já existiam na UE e não seria dada qualquer relevância a hipotéticos *large-scale objectives*, tais como a (imaginada) Constituição Europeia.

²⁰⁶ Composto pelo Presidente, pelos três Vice-Presidentes eleitos e pelo representante da Comissão.

²⁰⁷ Note-se que o Secretariado-Geral do Conselho não auxiliava apenas o *Praesidium*, mas prestava serviços de secretariado à Convenção, em geral.

²⁰⁸ Os membros do PE elegeram IÑIGO MÉNDEZ DE VIGO, que desde o início dos trabalhos manifestou uma posição altamente favorável à incorporação da Carta nos Tratados. Nem outra coisa seria de esperar, uma vez que o PE era claramente a Instituição que mais tinha tentado dinamizar a concretização de um catálogo de direitos que pudesse servir de *Lei Magna do Parlamento Europeu*.

²⁰⁹ Tendo sido escolhido GUNNAR JANSSON.

Conselho, consoante os Estados assumissem rotativamente a presidência²¹⁰. O Presidente tinha como funções principais propor um plano de trabalho inicial para a instância, dirigir os trabalhos nas sessões plenárias e coordenar, no seio do *Praesidium*, a redacção do projecto.

Como é sabido, o Presidente eleito foi ROMAN HERZOG, um distinto e reputado especialista em Direito Constitucional, que tinha sido Presidente da República Federal da Alemanha e do *BVerfGE*²¹¹, reunindo o consenso em torno das suas capacidades de gestão e liderança política e de domínio técnico-científico da temática dos direitos fundamentais. Desde o início, o Presidente HERZOG "tomou a dianteira" da Convenção e definiu três pontos de agenda que acabariam por influenciar toda a evolução do processo:

Primeiro, ROMAN HERZOG deixou bem claro que avalizava na íntegra o mandato de Colónia, e que a Convenção limitar-se-ia a fazer emergir os direitos já existentes, sem beliscar o actual quadro de competências da União.

Em segundo lugar, ele foi o grande responsável pelo facto de a Convenção ter elaborado o projecto de uma Carta que, apesar de envolta em grande incerteza quanto ao seu futuro estatuto legal e de tudo apontar para que não lhe fosse concedido carácter vinculativo (desde logo), estava no entanto destinada - na visão de HERZOG²¹² - a, num futuro incerto, vir a ser incorporada nos Tratados, logo, os trabalhos decorreriam *como se* a Carta fosse revestida de vinculatividade, ou *como se* ela devesse ser já integrada nos Tratados. Tal posição ficaria depois conhecida como a doutrina do *as if*.

Por último, a sua influência foi decisiva no sentido de se entender que a melhor forma de deliberar (*decision-making*) seria através do chamado método "iterativo de busca do consenso", ou seja, privilegiar-se-ia a busca de um consenso²¹³ amplo e alargado, em detrimento do recurso ao voto. Basicamente, o *Praesidium* submetia sucessivas propostas à Convenção, até que não houvesse oposição ou uma oposição muito reduzida.

52. Fazendo uma apreciação de ordem geral, cumpre dizer o seguinte:

²¹⁰ Assim, o representante finlandês PAAVO NIKULA foi logo substituído por PEDRO BACELAR VASCONCELOS (o representante do Primeiro-Ministro português), durante o primeiro semestre de 2000, enquanto Portugal assumiu a Presidência. Também GUY BRAIBANT, o representante do Presidente da República Francesa, apesar de formalmente só iniciar as funções de Vice-Presidente em Julho, quando a França assumisse a Presidência da União, participou desde o início no Comité de Redacção, invocando que desta forma estaria em melhores condições para assegurar a coordenação entre os trabalhos da Convenção e a Presidência francesa, a partir de Julho.

²¹¹ Não deixa de ser curioso notar que o representante da Alemanha, que viria a ser escolhido para dirigir a Convenção que elaboraria um *Bill of Rights* para a UE, tenha, no passado, presidido ao Tribunal (*BVerfGE*) que, logo em 1974, falava "arrojadamente" em catálogo de direitos fundamentais e afrontava o primado da ordem comunitária.

²¹² Também o antigo Presidente do Tribunal Constitucional Espanhol e representante da Espanha na Convenção, A. RODRÍGUEZ BEREIJO, defendeu que as disposições da Carta deveriam ser elaboradas *como se* aquela tivesse, desde logo, vinculatividade jurídica - Cfr. RICARDO ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 1. Já A. MENÉNDEZ, *Chartering...*, cit., p. 10, nota 45, afirma que a opção de trabalhar *como se* a Carta fosse um documento vinculativo *ab initio* partiu do Sr. GABRIEL CISNEROS (representante do Parlamento espanhol) logo na primeira reunião da Convenção.

²¹³ Note-se que consenso não significa unanimidade. Quanto à versão final da proposta que foi apresentada ao Conselho Europeu de Biarritz, houve "quase total unanimidade", o que é claramente positivo, se pensarmos que trabalharam juntos 62 membros, com posições político-ideológicas bastante distintas, e com interesses bastante diversificados.

Como se nota a partir da composição abrangente da Convenção, podemos dizer que há, desde logo, uma ruptura clara com os tradicionais processos decisórios que caracterizam a UE, *maxime*, com o processo cerrado e formal de revisão dos Tratados, através de convocação da CIG. Esta era claramente a mais-valia do processo de elaboração do projecto de Carta: a ideia era conferir a esta instância uma dimensão eminentemente parlamentar, atendendo-se à missão "constituente-deliberativa" que estava em jogo.

Repare-se, no entanto, que o facto de se reunirem "representações" tão heterogéneas no seio da Convenção apresentava riscos de fractura e desunião. Por exemplo, os membros discordavam inicialmente em pontos essenciais tais como: a sua margem de manobra²¹⁴ em relação à CEDH, a natureza e extensão dos poderes da União Europeia em matéria de direitos fundamentais, o âmbito de aplicação da futura Carta relativamente aos Estados, ou ainda a natureza vinculativa ou não vinculativa da Carta dos Direitos Fundamentais²¹⁵. Apesar disso, a Convenção conseguiu criar uma dinâmica de trabalho que permitiu a superação dos obstáculos ligados com a divergência de opiniões.

Por outras palavras: pretendeu-se atribuir, através da Carta, maior legitimidade democrática à União e às suas instituições. E que melhor forma de reforçar esta ideia, se não apostando nos representantes eleitos dos europeus, encarados quer como cidadãos nacionais de cada Estado membro, quer como cidadãos comunitários? Digamos que esta bidimensionalidade do cidadão estava bem patente em todo o processo, assim como nos direitos que surgiriam na Carta: por um lado, aqueles que resultavam da CEDH e das tradições constitucionais comuns - *dimensão nacional* -, por outro, os direitos que decorriam do estatuto da cidadania da União, tipicamente enformadores da *dimensão comunitária*.

53. Se considerarmos que se visava a aprovação de um documento cuja solenidade e dignidade transcendiam o pragmatismo e racionalidade sempre presentes na história da integração europeia, pode dizer-se que se assistiu a uma viragem histórica²¹⁶ no modo de "fazer leis" e tomar decisões. Compreende-se, aliás, que sendo a Carta um instrumento apontado para o cidadão, este devesse "participar"²¹⁷ na sua feitura, através dos representantes por si eleitos. A ideia seria reunir uma base de legitimidade democrática tão alargada quanto possível sem que isso pusesse em risco o funcionalismo dos trabalhos,

²¹⁴ Apesar de a Convenção estar adstrita ao mandato que tinha saído de Colónia, o facto de a missão de revelação dos direitos passar pelas "tradições constitucionais comuns aos Estados membros" concedia a possibilidade de haver alguma (reduzida) liberdade criativa nessa tarefa de revelação, uma vez que haveria que encontrar um "traço comum" às tradições constitucionais.

²¹⁵ Não obstante este ter sido um dos "pomos da discórdia" mais visíveis, a verdade é que não cabia à Convenção tomar partido nessa matéria, uma vez que o Conselho Europeu de Colónia havia tornado bem explícito que essa questão não relevava para efeitos da elaboração da Carta.

²¹⁶ GRÁINNE DE BÚRCA, "The drafting"..., cit., p. 138, refere que "...the traditional I.G.C. process may not survive long in its current form, and [...] the normative appeal of the more open and deliberative type of process commenced by the drafting of the Charter has already begun to take hold". Já CHRISTOPHER McCRUDDEN, *op. cit.*, p. 13, exprime-se nestes termos, embora na forma interrogativa: "We can see the process of drafting the Charter [...] as an open and inclusive process, one that brilliantly combined representative democracy with more participatory forms of democracy and unparalleled access to the process of European decision-making?" A nossa resposta a esta questão é claramente afirmativa.

²¹⁷ Coforme refere G. DE BURCA, *ibid.*, p. 131, não é totalmente rigoroso dizermos que houve uma genuína participação da sociedade civil, uma vez que o processo, apesar de deliberativo na sua natureza, foi dominado apenas por representantes institucionais, ao nível europeu e comunitário.

enquanto se dava predominância à representação parlamentar, como que a atestar a solenidade constituinte do processo, apelando-se por outro lado a um fórum dinamizador que congregasse os contributos dados pela "sociedade civil".

Um dos aspectos claramente positivos foi, precisamente, a abertura e o diálogo encetado com actores estranhos aos trabalhos da Convenção. É o caso das *audiências públicas* com as ONG's, tendo sido ouvidas, v.g. num só dia, cerca de 70 ONG's. Mesmo com um tempo de intervenção reduzido²¹⁸, os representantes dos vários quadrantes sociais participaram e contribuíram, expressando pontos de vista e enviando comentários para o endereço electrónico permanente junto do servidor Europa, destinado a esse fim. Este constituiu, aliás, um dos traços marcantes do processo - *a utilização da Internet como forma de as pessoas participarem*, apesar de estarem fisicamente afastadas - e que permitiu a todos a possibilidade de se manifestarem, enviando as suas contribuições por escrito, participando num fórum de opinião e, mais importante ainda, tornando o andamento dos trabalhos completamente transparente e aberto, na medida em que todas as contribuições, todas as emendas²¹⁹, todas as discussões orais, todos os documentos, todas as reuniões de trabalho, podiam ser consultadas através da Internet²²⁰.

54. Em suma, podemos dizer que *a Convenção foi, no geral, um sucesso*, quer ao nível da eficácia - como se comprova pela rapidez com que concluíram os trabalhos²²¹ -, quer principalmente, porque introduziu uma visão que apelava ao consenso, ao diálogo e à participação de todos os cidadãos, de molde a conferir legitimidade democrática ao *Bill of Rights* que agora nascia, através dos representantes dos cidadãos e dirigido a estes mesmos cidadãos.

A prova irrefutável de que a "Convenção Carta" constitui(u) um modelo democrático de futuro está no facto de este mesmo paradigma - legitimidade através da representação mais ampla possível - ter sido adoptado para a recente *Convenção Europeia*, encarregue de apresentar propostas que visem dar resposta aos principais problemas que a União se prepara para enfrentar.

²¹⁸ O tempo médio concedido a cada orador foi de 5 minutos, o que é manifestamente pouco.

²¹⁹ Foram mais de 1000 as emendas que iam sendo introduzidas à proposta de texto, sucessivamente alterada até se ter atingido um nível de quase unanimidade. Cfr. G. DE BURCA, "The drafting"..., cit., p. 133.

²²⁰ Para se ter uma ideia (bastante) aproximada de como é que o *site* funcionava, pode consultar-se o *web site* "Futurum", actualmente disponível em: [http:// europa.eu.int/futurum/index_pt.htm](http://europa.eu.int/futurum/index_pt.htm). Apesar de este novo endereço (respeitante à Convenção Europeia sobre o futuro da Europa) ter sido relativamente aperfeiçoado e melhorado face ao anterior sítio "Convenção Carta", a verdade é que os princípios são comuns: ambos são norteados, na sua estrutura e apresentação, pelas ideias-chave de transparência, abertura, dinamismo e diálogo. Refira-se também que os sites são constantemente actualizados, sendo essa uma das principais funções atribuídas ao Secretariado da Convenção, que é recortado a partir do Secretariado-Geral do Conselho.

²²¹ O projecto de Carta foi submetido formalmente para aprovação, ao Conselho Europeu de Biarritz, em Outubro de 2000. Tendo em conta que as sessões da Convenção se iniciaram em meados de Dezembro de 1999, a Carta foi elaborada num prazo de nove meses, o que é realmente positivo, atendendo à dimensão e heterogeneidade da Convenção, à delicadeza da matéria envolvida e respectivas implicações futuras no seio da União, e aos procedimentos de recolha de contributos constantes do processo de elaboração da Carta.

A título de curiosidade, refira-se que a Convenção Europeia²²² (sobre o futuro da União) tem um Grupo de Trabalho cujo mandato é precisamente (para além da questão da adesão à CEDH) estudar e debater as modalidades e consequências de uma eventual integração da Carta nos Tratados e a questão conexa da protecção dos direitos fundamentais, nomeadamente, saber-se se deve ser pensado um novo recurso para a protecção dos direitos fundamentais, ou se é aconselhável que se venha a alargar o recurso directo dos particulares ao TJCE, ou, por e simplesmente, se deve deixar-se que a jurisprudência continue a desempenhar o seu papel de arquitecta de um sistema de protecção dos direitos fundamentais.

Tal como sucedeu no caso da Carta, também esta Convenção congrega uma ampla base de legitimidade democrática e também ela assenta nos princípios da transparência e da participação social. A "Convenção *Futurum*" termina os seus trabalhos em 2003 e apresentará propostas que deverão ser tomadas em conta na próxima CIG, em 2004. Resta-nos aguardar, mas sempre numa forma participativa e motivada.

Afinal, Bruxelas está mais próxima do que julgamos, basta para isso aderir às novas tecnologias e fazer pleno uso, exercendo os nossos direitos cívicos de cidadãos europeus, das potencialidades que a Internet²²³ e a sociedade global de comunicação nos oferecem.

§ 14.º - Divisão sistemática da Carta: o conteúdo material

14.1. Razão de ordem. Considerações gerais

55. Como se sabe, a Carta não pretende inovar, mas apenas compilar, ordenar e sistematizar os direitos que já existiam e eram reconhecidos como sendo "direitos fundamentais comunitários"²²⁴, mercê

²²² Que, como é sabido, é presidida por VALÉRY GISCARD D'ESTAING, sendo Vice-Presidentes GIULIANO AMATO E JEAN-LUC DEHAENE. Anote-se que, ao contrário do que se passou com a Carta (em que houve eleição entre os membros), foi o Conselho Europeu (de Laeken, em Dezembro de 2001) que designou o Presidente e Vice-Presidentes. Parece-nos que tal não pode ser visto como uma "falha democrática", uma vez que, enquanto a Carta era dirigida para o exterior, para o cidadão, esta Convenção visa responder a problemas internos, ligados ao funcionamento das instituições numa Europa alargada, ou seja, está virada muito mais "para dentro", muito mais para o epicentro institucional.

²²³ Esta temática, segundo BARROS MOURA, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., pp. 18 e 184, constitui uma grave falha que deve ser apontada ao conteúdo da CDFUE, uma vez que não existe sequer uma referência à sociedade de informação ou Internet. Parece-nos, contudo, que seria pedir demais, uma vez que tal extravasava em larga medida das directrizes estabelecidas no mandato de Colónia. Se a Carta previsse esta temática estaria claramente a inovar e não a actualizar. No entanto, atente-se nos artigos 3.º e 8.º da CDFUE. É discutível se aqui a Carta não terá também inovado, mas como se vê das anotações do *Praesidium*, nestes dois casos - bioética e protecção de dados pessoais - havia uma fonte de onde estes direitos podiam nascer. Já quanto à Internet, temos sérias dúvidas.

²²⁴ Que, de alguma forma, são específicos e diferenciados dos direitos protegidos a nível nacional. Apesar de a CE se ter inspirado, filosoficamente, nas tradições constitucionais e na CEDH, houve que prestar atenção à sensibilidade específica da União, condizente com o espírito dos Tratados e o processo de integração europeia que ditou que só agora, passado meio século depois de tido início, seja visível o desabrochar de uma incipiente "consciência ético-jurídica europeia", que se quer autonomizar face à de cada Estado membro, e daí se fazerem ouvir com mais intensidade as vozes que pugnavam por um verdadeiro catálogo de direitos, pois quanto mais se "aprofunda", mais se corre o risco de "abuso de poder" por parte das Instituições, e, por outro lado, mais os cidadãos sentem (?) que existe um conjunto de direitos que se foram sedimentando e que coexistem com aqueles que são salvaguardados pelas constituições nacionais.

de um processo gradual que tem conduzido a um reconhecimento de uma indefinida "identidade política europeia", emergente ao lado das identidades nacionais. No entanto, a Carta levanta imensas questões e dúvidas, a que só o tempo dará resposta.

É discutível saber se podemos falar de direitos fundamentais *da* União Europeia, mas é com certeza seguro que a Carta representa uma mais valia na protecção dos direitos fundamentais *na* União Europeia.

56. O decorrer dos trabalhos da Convenção não deixou margem para dúvidas quanto à dificuldade que houve na compilação e sistematização dos direitos. O mandato era restrito mas oferecia alguma margem de manobra, na medida em que uma das principais categorias de direitos seria aquela que revelaria os direitos, tal como têm sido interpretados pela jurisprudência comunitária, enquanto "princípios gerais". Como se compreende, o recurso a esta cláusula geral implicava alguma liberdade criativa na densificação dos direitos. O mesmo se diga quanto às "tradições constitucionais comuns" aos Estados membros, na medida em que não havia um critério rigoroso que fosse susceptível de parametrizar o traço "comum" às várias Constituições.

Podemos afirmar que a Carta vem, pela primeira vez, na sequência de um processo deliberativo inédito na União, elencar e consolidar as várias categorias de direitos detectáveis no seio da Europa. A CEDH seria a grande referência para os direitos civis e políticos, os Tratados para os direitos de cidadania, e a Carta Social e a Carta Comunitária serviriam de fonte de inspiração para os direitos económicos, sociais e culturais. A Carta deveria também ter em conta a evolução da sociedade e o progresso tecnológico, científico e social e, nessa medida, seria possível *innovar pela via da actualização*.

No fundo, a Carta vem tornar visíveis os direitos que já eram garantidos no ordenamento comunitário, através da fundamentalização num documento claro e conciso, no intuito de que a

Não obstante, pode discutir-se se, realmente, existem verdadeiros "direitos fundamentais comunitários" *proprio sensu* ou se estes apenas se reconduzem às liberdades económicas. Tal como adverte A. BOGDANDY, *op. cit.*, p. 1326: "There is a crucial difference between the basic freedoms case law and the human rights case law. The basic freedoms do not provide - with the exception of free movement of workers and their access to employment - fundamental rights and the jurisprudence of the ECJ on these issues is not one of human rights". AUGUSTÍN MENÉNDEZ vai ainda mais longe ao afirmar expressamente, *Legal Status and policy implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, ARENA WP 02/7, p. 7, que decidiu-se não atribuir um estatuto fundamental às quatro liberdades económicas. Ora, aparentemente, a Carta reforçaria a tese de que liberdades económicas não se reconduzem a direitos fundamentais - a CDFUE apenas consagra expressamente, no capítulo da cidadania, a liberdade de circulação e permanência (art. 45.º). No entanto, não é suficiente invocar este artigo para que se possa dizer que as "liberdades" ficaram fora do catálogo. Vejamos: primeiro, é forçado afirmar que as "quatro liberdades" abrangiam também "pessoas", estavam em causa apenas os trabalhadores (embora entendidos num sentido amplo, devido à jurisprudência) bens, serviços e capitais. Em segundo lugar, temos dúvidas (interpretativas) sobre se a Carta vem ou não consagrar autonomamente essas liberdades, atribuindo-lhes o estatuto de direitos fundamentais, porque, para além da referência no preâmbulo, o art. 15.º vem estabelecer a liberdade de trabalhar e exercer uma profissão (n.º 1, que tem como destinatários "todas as pessoas") e a liberdade de procurar emprego, de se estabelecer ou de prestar serviços no espaço comunitário (n.º 2 - aplicável aos cidadãos, o que não significa que seja um direito recortado a partir do estatuto de cidadania). Por outro lado ainda, a liberdade de empresa, reconhecida no art. 16.º assemelha-se ou pode reconduzir-se ao direito de estabelecimento. Por tudo isto, parece-nos que, das "quatro liberdades", só a liberdade de circulação de bens ou mercadorias e a liberdade de circulação de capitais é que não podem, ainda, considerar-se como direitos fundamentais. Paradoxalmente, elas foram já motivo de restrição dos direitos fundamentais protegidos a nível nacional.

"linguagem dos direitos" acorde os cidadãos da sua letargia face à União e os leve a acreditar que a UE não se preocupa apenas com as empresas e com o mercado interno.

Como já referimos, a Carta não é isenta de deficiências, contradições e ambiguidades. Nem outra coisa seria de esperar, dado a natureza "revolucionária" que a rodeia em todos os aspectos (elaboração, conteúdo, consenso e o compromisso interinstitucional). Naturalmente, ela é um instrumento positivo, mas não é intocável, ou sequer uma meta final. A Carta é um documento dinâmico que necessariamente só irá ganhando vida à medida que for interpretada, pensada, sentida e aperfeiçoada, ou como refere sugestivamente CHRISTOPHER McCRUDDEN, a Carta deve ser encarada como "*work in progress*"²²⁵.

57. Diga-se, desde já, que não é nossa intenção fazer uma análise individual dos 54 artigos²²⁶ contidos na CDFUE, mas antes tecer breves considerações de carácter geral sobre a problemática subjacente a três categorias - *direitos e liberdades pessoais, direitos sociais e direitos de cidadania*. No entanto, é óbvio que justificar-se-á, nalguns casos, fazermos uma referência a um ou outro artigo específico que levante mais questões.

Por outro lado, optámos por não seguir a sistematização vertida na Carta, que divide os direitos em cinco categorias, agrupadas por capítulos:

- Dignidade: artigos 1.º a 5.º;
- Liberdades: artigos 6.º a 19.º ;
- Igualdade: artigos 20.º a 26.º;
- Solidariedade: artigos 27.º a 38.º;
- Cidadania: artigos 39.º a 46.º;
- Justiça: artigos 47.º a 50.º.

Temos depois as disposições gerais (artigos 51.º a 54.º) ou *cláusulas horizontais*, que não enunciam direitos, mas antes se aplicam a todos os artigos da Carta, ou seja, trata-se de normas prévias (instrumentais-interpretativas) à invocação de qualquer direito e dizem respeito fundamentalmente às seguintes questões, todas elas complexas: o âmbito pessoal de aplicação activo e passivo, as competências, a relação da Carta com o direito da União e com outros textos de direitos fundamentais, e ainda, os termos em que se poderão admitir restrições aos direitos. Pode dizer-se que estas disposições gerais são tão (ou mais) importantes como os próprios direitos e algumas delas constituem verdadeiros enigmas interpretativos, *maxime* se considerarmos que elas foram redigidas a pensar numa eventual incorporação futura da Carta nos Tratados.

²²⁵ *Op. cit.*, p. 14.

²²⁶ Pensamos, a este propósito, que constituem um importante elemento de trabalho (apesar de não terem valor jurídico) para a compreensão e interpretação do conteúdo material da Carta, as *anotações relativas ao texto integral da Carta*, da responsabilidade do *Praesidium*, através das quais se dão a conhecer as fontes (Tratados, CEDH, tradições constitucionais, instrumentos internacionais) que estiveram na origem de cada norma vertida na CDFUE. Sobre as anotações e o papel dos *travaux préparatoires* como elemento auxiliar de interpretação, cfr. JONAS B. LIISBERG, *op. cit.*, pp. 25 ss..

Ora, olhando para a estrutura formal da Carta, vemos que a sua apresentação original²²⁷ visa espelhar os grandes princípios em que se funda a União, nomeadamente a *dignidade* do ser humano, a *liberdade*, a *igualdade* e a *solidariedade*, tal como se lê no Preâmbulo.

Desde logo, detectamos, tal como é igualmente afirmado no Preâmbulo, dois vectores que perpassam o conteúdo material da CDFUE: indivisibilidade e universalidade.

58. A *indivisibilidade* resulta do facto de os direitos estarem reunidos num único documento, documento este que vem conferir uma legitimidade democrática à União, ao explicitar os valores e ideais que constituem a base da construção europeia²²⁸.

Pode afirmar-se que a intenção foi enfatizar a ideia de que os direitos fundamentais são, na sua globalidade, inerentes à dignidade do Homem, e não se deve entender que existem direitos fundamentais e direitos "menos fundamentais" ou de "2.ª categoria".

Quis-se cortar com a repartição clássica dos direitos - presente na maioria dos instrumentos de direito internacional - entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos económicos e sociais, do outro. Ou, nas palavras de GOUCHA SOARES, "a afirmação do princípio da indivisibilidade visa impedir qualquer interpretação que pretenda conferir aos direitos económicos e sociais um estatuto menos digno do que assiste aos direitos civis e políticos"²²⁹.

Como bem refere JUAN CARRILLO SALCEDO, este é um dado de extrema importância, se tivermos em conta a reticência de alguns Estados²³⁰ em reconhecer efectivamente os direitos económicos e sociais e, por outro lado, a oposição manifestada por outros Estados membros a uma utilização lata do conceito de direitos fundamentais. Neste sentido, a Carta vem clarificar e distinguir entre direitos económicos e sociais subjectivos (directamente exercitáveis em tribunal) e os direitos colectivos ou programáticos, que só podem ser postos em prática através de regulamentação legal (v.g., saúde, meio ambiente ou protecção dos consumidores)²³¹.

59. Por outro lado, alcança-se com facilidade a motivação que se esconde por detrás do princípio da *universalidade*: os direitos fundamentais são atribuídos a todos os indivíduos, uma vez que a dignidade humana é o supra princípio fundamentante de qualquer comunidade jurídica alicerçada na democracia e na liberdade. Além do mais, a União, como se sabe, quis transmitir uma imagem de espaço integrado mas aberto, garantístico mas livre. Parece óbvio, no entanto, que a titularidade universal não encontra

²²⁷ Partiu de ROMAN HERZOG a iniciativa de propor esta sistematização, que lhe pareceu a mais consentânea com o mandato saído de Colónia.

²²⁸ Cfr. MASSIMO SILVESTRO, "De la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne à la Charte Constitutionnelle", *RMCUE*, 453, 2001, p. 662.

²²⁹ *Op. cit.*, p. 40.

²³⁰ V.g. Reino Unido e Suécia.

²³¹ Cfr. JUAN CARRILLO SALCEDO, "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *RDCE*, 9, 2001, p. 10.

aplicação quer nos direitos decorrentes da cidadania, quer naqueles direitos atribuídos em função de um estatuto ou condição.

60. Pedindo emprestados os tópicos de "discussão comunitária" a GOMES CANOTILHO, podemos confirmar facilmente que a Carta se traduz num catálogo amplo, abrangente e inovador. O eminente constitucionalista apresenta cinco tópicos: inclusividade, socialidade, sustentabilidade ecológica, constituição bioética e digitalização²³². Atentemos na Carta: quanto à *inclusividade*, temos os artigos 14.º, n.º 1 *in fine*; 15.º, n.º 3; 18.º; 19.º; 20.º; 21.º; 22.º; 26.º²³³ e 45.º; no que respeita à *socialidade*, podemos apontar os artigos 13.º; 14.º; 24.º; 25.º; 27.º a 38.º; no que toca à *sustentabilidade ecológica* e à *constituição bioética*, refiram-se os artigos 27.º e 3.º, respectivamente; e, finalmente, a ideia de *digitalização* está expressa no artigo 8.º, que garante a protecção de dados pessoais.

Em traços gerais e sinópticos, diríamos que as linhas directrizes do conteúdo material da Carta são as seguintes: indivisibilidade e universalidade dos direitos reconhecidos; actualização dos direitos face ao progresso tecnológico e científico; clara distinção entre direitos, liberdades e garantias; distinção, dentro dos direitos sociais, entre direitos, princípios e objectivos e, por fim, transparência e imparcialidade da administração comunitária.

14.2. Direitos e Liberdades Pessoais

61. Como já foi notado, a Convenção deveria revelar categorias de direitos que, de certa forma, se podem reconduzir aos *direitos civis e políticos*, e que são precisamente aqueles que constituem o núcleo essencial da CEDH. A Carta deveria, pois, consagrar aqueles direitos que fossem considerados como essenciais no que se refere à dignidade humana, à liberdade e às garantias processuais fundamentais, actualizando²³⁴, quando necessário, as disposições da CEDH, a fonte primordial, neste caso.

Não se requeria uma duplicação ou "cópia" dos direitos, mas, com vista a salvaguardar possíveis conflitos de jurisdição, e uma vez que os direitos são meramente inspirados e, em muitos casos, vão para além das disposições correspondentes da CEDH, é expressamente determinado que a Carta, no que toca a estes direitos, só pode ser interpretada de forma diversa das disposições correspondentes na CEDH, se o âmbito de protecção oferecido pela Carta for mais amplo ou extenso, de acordo com o artigo 52.º, n.º 3²³⁵,

²³² Cfr. Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., pp. 58-59.

²³³ Este artigo (que caberia igualmente no tópico da socialidade) tem como epígrafe "integração das pessoas com deficiência". Tal como algumas vezes alertou o Professor FAUSTO DE QUADROS, em sede de seminário de mestrado, esta norma é exemplar do claro *upgrading* que se nota na CDFUE, face às formulações tradicionais que referem o "apoio" ou a "protecção" dos cidadãos deficientes. É óbvio que ao falar-se em protecção, em apoio, em benefícios ou privilégios especiais, está-se a reforçar uma ideia de marginalização e segregação. Por outras palavras, a ideia positiva de inclusividade patente no artigo 26.º da CDFUE quebra definitivamente com uma visão paternalista e inadequada face às exigências da sociedade moderna e, nessa medida, é um exemplo salutar de modernidade.

²³⁴ Veja-se GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 57, para se ter uma ideia de alguns direitos constantes da CEDH, cujas disposições se consideraram estar caducas ou terem caído em desuso, e por esse motivo foram afastadas da CDFUE.

²³⁵ Não iremos abordar a temática da relação entre a Carta e a CEDH, prevista e regulada nos artigos 52.º, n.º 3 e 53.º. Não será igualmente focada a questão da relação entre a CDFUE e as Constituições nacionais (art. 53.º). A razão é comum a estas duas

sendo que, em nenhum caso as disposições da CDFUE podem ser interpretadas e aplicadas de uma forma que conduza a um nível de protecção mais reduzido do que o constante da CEDH, funcionando esta assim como o mínimo denominador comum (art. 53.º)²³⁶.

Esta categoria de direitos encontra-se fundamentalmente nos capítulos I, II e VI. Logo no cap. da Dignidade parece que é visível uma clara orientação política, no sentido em que se vêm consagrar direitos (v.g. direito à vida) e garantias (v.g. proibição da tortura) que claramente fogem das competências de actuação da União. Trata-se de matérias de direito criminal, que só os Estados podem regular, através do seu direito interno.

Não obstante, seria incorrecto que uma Carta de Direitos Fundamentais que se pretende que simbolize o compromisso solene da União para com princípios e valores comuns, não viesse consagrar estes direitos "fundamentalíssimos", tal como faz a CEDH, uma vez que, apesar de serem estranhos à esfera de jurisdição comunitária, desempenham um natural papel na função de legitimação do poder político da União, visada pelo propósito originário da adopção de um catálogo de direitos²³⁷.

Note-se que o art. 51.º vem impor que os destinatários da Carta²³⁸ promovam a aplicação dos direitos e princípios constantes da CDFUE - o que poderia causar estranheza, uma vez que as áreas de actuação *supra* referidas não são cobertas pelas competências previstas nos Tratados -, mas acrescenta-se, logo a seguir, "de acordo com as respectivas competências"²³⁹, o que se conjuga bem com o facto de, nesta área, só os Estados membros, internamente, poderem actuar²⁴⁰.

62. Quanto ao capítulo da *Dignidade*, refira-se apenas que o art. 3.º - direito à integridade do ser humano - é claramente inovador, mas poder-se-á duvidar da sua adequação ao mandato a que a Convenção estava adstrita. Neste caso, não houve apenas uma actualização, houve um aumento de

matérias e alcança-se facilmente: ambas as temáticas referidas são substancialmente complexas e justificam claramente uma autonomia de tratamento dogmático face ao nosso tema, de âmbito geral - a Carta perspectivada historicamente.

²³⁶ Como é sabido, o art. 53.º é uma das disposições mais relevantes e uma daquelas que mais celeuma provocou no seio dos trabalhos da Convenção. A motivação principal subjacente a esta "cláusula de não retrocesso" consiste na preocupação que houve em garantir que, de forma alguma, a Carta pudesse prejudicar ou restringir o âmbito de aplicação de outras fontes de direitos fundamentais, *maxime* as constituições nacionais e a CEDH. Para maiores desenvolvimentos sobre o art. 53.º da CDFUE, cfr. JONAS LIISBERG, *op. cit.*, onde o Autor explica, com profundidade e detalhe, o processo de *drafting* que culminou na redacção actual da norma, a comparação que pode ser feita com outras normas similares constantes de outros instrumentos de direito internacional, e as várias teorias que podem ser formuladas sobre as implicações legais do art. 53.º, acabando J. LIISBERG por concluir que a norma não representa uma ameaça para o primado, uma vez que se destina apenas a realizar objectivos de índole política (é uma norma retórica e redundante, tal como o art. 17.º, 2.ª parte do TCE) ligados à necessidade de assegurar aos Estados membros que a Carta não visa substituir as constituições nacionais.

²³⁷ Cfr. GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 52.

²³⁸ Que são as Instituições e órgãos da União e os Estados membros quando apliquem o direito da União.

²³⁹ Também o n.º 2 do art. 52.º aponta na mesma direcção: é óbvio que a Carta não poderia vir, indirectamente, atribuir competência à União para legislar v.g. em matéria de proibição do tráfico de seres humanos. As competências da União mantêm--se cristalizadas.

²⁴⁰ Não nos parece que se possam invocar os artigos 6.º e 7.º do TUE para defender que a União tem competência para actuar positivamente no contexto destes direitos. No entanto, poder-se-á questionar se não existe uma esfera política (e não legislativa) de actuação dos Estados membros que, de certa forma, acaba por lhes dar competências, sem estas estarem previstas nos Tratados. Referimo-nos, concretamente, ao caso austríaco.

competências encapotado, na medida em que esta disposição se baseou na *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*, apesar de esta não ter sido ratificada por todos os Estados membros.

Igualmente, o n.º 3 do art. 5.º parece indiciar uma ultrapassagem (que neste caso ainda é mais flagrante) do princípio da codificação, dado que se vem prever a proibição do tráfico de seres humanos²⁴¹, quando não existe nenhum instrumento legal em vigor na União que estabeleça ou preveja esta proibição²⁴².

63. No capítulo seguinte - *Liberdades* -, também se podem levantar algumas questões. Os direitos aí consagrados decorrem directamente da CEDH²⁴³, e devem ser interpretados nesse sentido e com o mesmo âmbito (art. 52.º, n.º 3). De referir que o art. 8.º é relativamente inovador (não quanto ao seu conteúdo, mas quanto à sua consagração expressa num documento solene), e que o art. 9.º oferece um regime de protecção mais amplo (art. 52.º, n.º 3, final da 1.ª parte) do que a norma correspondente da CEDH, que foi a sua fonte de inspiração. Este art. 9.º vem consagrar o direito de contrair casamento e constituir família, mas ao contrário do seu "congénere" da CEDH (que fala em "homem e mulher"), é formulado em termos neutros, isto é, admite a possibilidade de casamento ou união de facto entre pessoas do mesmo sexo, ao remeter o exercício do direito para as legislações nacionais²⁴⁴.

Até aqui, não há problemas de maior. A "questão controversa" está no *princípio da não discriminação*²⁴⁵, previsto no art. 21.º da Carta. Se repararmos, esta norma está formulada em termos radicalmente diversos face à disposição que, supostamente, lhe corresponderia no TCE - art. 13.º. Ora, como já tivemos oportunidade de afirmar, neste último caso trata-se apenas de uma *norma de habilitação*, enquanto que o art. 21.º da CDFUE, para além de um considerável aumento dos factores discriminatórios (o que, em si, não é prejudicial, mas certamente extravasa as orientações contidas no mandato de Colónia), vem estabelecer uma clara proibição de medidas discriminatórias. Concordamos com M.

²⁴¹ De acordo com as anotações do *Praesidium*, esta proibição de tráfico de seres humanos "decorre directamente do princípio da dignidade do ser humano e tem em conta as novas formas da criminalidade organizada".

²⁴² Cfr. FLORENCE DELOCHE-GAUDEZ, *op. cit.*, p. 7.

²⁴³ V.g. o direito à liberdade e à segurança (art. 6.º); o direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 7.º); ou ainda a liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 10.º). Todos estes direitos devem ser exercidos nos termos em que estão consagrados nas disposições correspondentes da CEDH, incluindo no que respeita às restrições admitidas.

²⁴⁴ Referindo-se a esta norma num tom crítico, MELCHIOR WATHELET, "La Charte des Droits Fondamentaux: Un bon pas dans une course qui reste longue", *CDE*, 5-6, 2000, p. 588, pergunta: "Si la Charte impose de se référer à un droit «correspondant» dans la Convention européenne des droits de l'homme, pourquoi en avoir changé le texte dans la Charte?" Pensamos que o Autor não tem razão: a Carta permite (de certa forma até incentiva) que as disposições que consagra e que são inspiradas na CEDH forneçam uma protecção mais ampla. Parece-nos que este é um caso típico, em que não se poderia ignorar as mudanças de mentalidade e de hábitos sócio-culturais que ocorreram desde 1950 - data da CEDH - até aos nossos dias.

²⁴⁵ Note-se que, tradicionalmente, o princípio da não discriminação não é considerado um direito civil ou político. Basta recordarmos que o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade foi um dos grandes pilares em que assentou a realização do mercado interno. Não obstante, entendemos tratar deste princípio neste ponto e não no seguinte, relativo aos direitos sociais, apenas porque nos parece que pode ser abarcado na categoria "direitos e liberdades pessoais". Os termos abrangentes que têm vindo a ser formulados para exprimir o seu conteúdo fornecem, de certa forma, uma indicação no sentido de se entender que a sua vertente originariamente económica está a ser superada, e este direito tem vindo a assumir-se como inerente à dignidade humana, logo, podendo ser enquadrado na presente epígrafe deste trabalho.

LUÍSA DUARTE, quando esta Autora afirma que este é um caso típico de *extensão das competências comunitárias*²⁴⁶. Para além disso, não se percebe se estamos perante uma norma que, nos termos do art. 52.º, n.º 2, se baseia nos Tratados comunitários. Parece difícil entendermos que sim, dado que, se fosse uma norma baseada no TCE, não poderia vir agora estabelecer uma proibição da discriminação, quando o art. 13.º é bem mais modesto. Mas, se não podemos concluir que o art. 21.º se baseia no TCE (precisamente porque no TCE não existe nenhuma proibição de discriminação, excepto em razão da nacionalidade), então ficamos com um problema ainda mais grave. Qual a fonte de inspiração principal que revelou este art. 21.º? Será que estamos aqui perante um caso que traduz uma flagrante violação do art. 51.º, n.º 2 da CDFUE? Inclino-nos para uma resposta positiva.

64. Por outro lado, refira-se que, se já não é fácil interpretar em que casos é que os "direitos da Carta se baseiam nas disposições dos Tratados" (art. 52.º, n.º 2), essa dificuldade é substancialmente agravada pelo facto (aparentemente inexplicável) de a Carta vir nalguns casos fazer referência aos limites e condições em que os direitos poderão ser exercidos, nos termos do TCE (v.g. arts. 21.º, n.º 2 e 36.º) e noutros já não se guiar pelo mesmo critério²⁴⁷ (v.g. arts. 42.º e 45.º, n.º 1) quando também aqui os limites e condições em que esses direitos podem ser exercidos são regulados no TCE. Ou seja: não se entende bem porque é que nalguns casos devemos ter em conta o art. 52.º, n.º 2²⁴⁸, e noutros, a Carta refere expressamente, e na própria norma, que deve atender-se aos "limites e condições definidos pelo Tratado". Se realmente, as disposições gerais são aplicáveis a todas as normas (excepto àquelas que sejam *lex specialis*, por algum motivo), não alcançamos o sentido desta diferenciação, uma vez que só vem criar dificuldades interpretativas desnecessárias.

14.3. Direitos Sociais

65. A expressa consagração de um catálogo de direitos económicos, sociais e culturais na Carta é considerada por muitos como a grande conquista realizada pela Carta. Ter-se-ia dado o *quantum leap*²⁴⁹ para a afirmação positiva²⁵⁰ dos direitos sociais e superado o receio de consagrar direitos sociais que se traduzem em importantes constrangimentos ao nível das políticas dos Estados. Como já referimos, os

²⁴⁶ Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 156.

²⁴⁷ Cfr. GRÁINNE DE BÚRCA, *Human Rights: The Charter and Beyond*, Jean Monnet WP 10/01, p. 2.

²⁴⁸ "Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos".

²⁴⁹ Cfr. MARIANNE GIJZEN, *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁰ Como já referimos, a Carta vem, no art. 51.º, n.º 1, afirmar que os seus destinatários devem promover a aplicação dos direitos nela contidos. É claramente uma expressão positiva, de acção. Ora, se entendermos que esta obrigação positiva (que também vale para os Estados, quando apliquem direito da União) é aplicável também no que respeita aos direitos económicos, teremos uma situação algo paradoxal, como adverte GRÁINNE DE BÚRCA, *Human Rights...*, cit., p. 11: "In what sense can article 51(1) of the Charter impose an obligation on the Member States and the European Union to "promote the application" of the rights contained within it, when many of the rights (especially the social rights) declared and contained within it are at best only recognised as interests or entitlements at present [...], without implying that the powers of the Union have altered"?

objectivos de política social previstos nos artigos 136.º ss. do TCE são apenas isso, meros objectivos a atingir.

Agora, com a Carta, vem consagrar-se (?) o *European social model*, ainda que isso implique admitir brechas na competitividade e na produtividade. Será que realmente podemos afirmar que a União se compromete a fundo com a protecção dos direitos sociais? Dado o carácter essencialmente programático e a ausência expressa de competências da União nesta matéria, parece ser difícil afirmarmos que se deu um grande passo na efectivação prática dos direitos económicos e sociais.

Tomemos como exemplo a *greve*. O TCE vem, no art. 137.º, n.º 6, excluir a greve das áreas de actuação enumeradas no art. 136.º, logo, de qualquer tipo de acção por parte da Comunidade. Já o art. 28.º, *in fine* da Carta, vem reconhecer a legitimidade da greve. Parece que há aqui uma contradição, só que a haver, ela não é muito grave, pelo menos aparentemente. Se a Carta vier a ser incluída nos Tratados, há que repensar algumas coisas, e eventualmente, estas duas normas teriam que ser compatibilizadas, ou talvez não, depende da interpretação que fizermos do art. 51.º, n.º 1 da CDFUE. Repare-se que o artigo 51.º estabelece a promoção da aplicação das disposições da Carta, *dentro das respectivas competências*, logo, mesmo que a Carta fosse obrigatória, seria difícil conceber que as regras relativas ao direito à greve pudessem emanar da União (serem transferidas de uma esfera nacional de relevância para uma esfera comunitária de protecção), uma vez que estas matérias continuariam a ser reguladas a um nível nacional.

Aliás, é fácil de ver que, ao contrário do que acontece, *v.g.* com os direitos civis, a formulação destes direitos sociais, é muito cautelosa: ora se remete para as legislações nacionais; ora não se especificam os titulares dos direitos²⁵¹ e se usam fórmulas indiferenciadas e neutras que não referem o seu titular, o que não pode deixar de significar que estamos perante princípios²⁵² ou objectivos a atingir, e que a União reconhece a não interferência em áreas dependentes das políticas internas.

É desejável o *European social model*, que distinga a União do espaço ultra-liberal norte-americano mas, logicamente, tal irá repercutir-se gravemente ao nível da competitividade, dado que quanto mais elevado for o nível de protecção social imposto por lei, maiores custos isso implicará para uma empresa²⁵³, significando diminuição da produtividade. Ora, nesta matéria, parece irrealista e ingénua querer o "melhor de dois mundos".

Ou seja, o facto de os direitos sociais estarem consagrados na Carta não significa que venham a ser implementados. Na verdade, a maioria dos direitos sociais não é sindicável jurisdicionalmente²⁵⁴, pois a sua efectivação depende dos recursos e das políticas nacionais e a União continua sem competências concretas nesta área.

²⁵¹ *V.g.*, art. 33.º - "É assegurada..."; art. 34.º: "A União reconhece e respeita...", etc.

²⁵² Fala-se precisamente em princípios e em direitos no n.º 2 do art. 51.º da CDFUE.

²⁵³ Cfr. GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 72, chamando a atenção para o fenómeno de deslocalização de empresas, como forma de pressionar os governos a flexibilizar e a proceder a uma desregulação social que implique, obviamente, menos custos para essas empresas.

66. Os Autores²⁵⁵ costumam apontar que a inserção destes direitos sociais na Carta foi o resultado de um compromisso entre aqueles que eram relutantes em considerar os direitos sociais como fundamentais e, do outro lado, os defensores da chamada "dimensão social" europeia. Basicamente, o que se passou foi que a França (que detinha a Presidência da União) e os outros países que eram favoráveis a uma Carta de carácter vinculativo, abdicaram dessa pretensão a favor de um acordo (que era representado do outro lado pelo Reino Unido) que possibilitou obter uma Carta com um conteúdo densificado e abrangente, ainda que à custa da sua não vinculatividade, ou seja, o Reino Unido aceitou que os direitos sociais ficassem plasmados na CDFUE, mas só se a questão da vinculatividade não fosse para já decidida.

Parece-nos que a opção tomada pela França foi correcta, foi melhor "cristalizar o consenso político emergente"²⁵⁶ e corporizá-lo num amplo e abrangente catálogo, do que obter uma Carta pobre, que eventualmente teria de ser emendada não daqui a muito tempo e que, principalmente, não serviria de catalisador, quer a um nível constituinte, quer junto da opinião pública europeia, para a maturação político-institucional que a Carta está em condições de oferecer.

Para além disso, como refere MARIANNE GIJZEN, uma Carta, mesmo que não vinculativa, apresenta algumas vantagens no que aos direitos sociais se refere: no seu papel de parâmetro (aferidor) de controlo da acção das Instituições (é necessário não esquecer que a Carta é um *acordo interinstitucional*, logo, vincula as Instituições que o assinaram), é provável que a Carta encoraje o TJCE a elevar os direitos sociais a um estatuto de direitos fundamentais o que, por sua vez, teria um efeito indutor de legislação na áreas sociais²⁵⁷. Por outro lado, mesmo não vinculativa, a Carta sempre servirá para provocar um efeito *mainstreaming* nas várias políticas, o que sem dúvida incrementará o nível de protecção social na UE e, quer concordemos quer não com a sua utilidade, a Carta serve ainda para emitir uma mensagem²⁵⁸; a tal função simbólica e constituinte²⁵⁹ de que falam os Autores assume também aqui importância, ao mostrar-se que a União se quer equilibrada, harmonizando, na medida do possível, o económico com o social.

Ao nível de reforço da protecção, parece que aqui nada muda, uma vez que para tal, teria que haver um (substancial) aumento (ou melhor, uma redefinição) de competências, o que é afastado, como já vimos, pelo art. 51.º, n.º 2 da Carta.

²⁵⁴ Cfr. Lord GOLDSMITH, *op. cit.*, p. 1212: "It is to be doubted that judges have any mandate or special expertise to determine how national resources should be allocated between different priorities".

²⁵⁵ Cfr. BRUNO DE WITTE, "The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?", *MJ* 3, 2001, p. 82.

²⁵⁶ Adaptámos a este contexto a expressão de AUGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ, *Chartering...*, cit., p.7, que fala em "crystallise an emerging political consensus", a propósito do activismo judicial em matéria de direitos fundamentais.

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 42.

²⁵⁸ Não nos esqueçamos de que o principal objectivo da Carta é tornar visíveis os direitos, dizer às pessoas que têm direitos consagrados ao nível europeu, e que eles já existiam mas estavam ocultos devido ao facto de essa protecção consistir numa protecção indirecta e casuística e, principalmente, incerta. Pegando nas palavras do Prof. WEILER, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 166, a Carta poderia ser a alma da Europa, que obviasse ao défice de percepção (e não de protecção) dos direitos fundamentais na UE.

²⁵⁹ Cfr. RUI MEDEIROS, *op. cit.*, p. 239.

67. Em suma, exceptuando os clássicos direitos dos trabalhadores e a liberdade de associação - que surge com uma natureza simbiótica, uma vez que é, simultaneamente, um direito social e um direito político²⁶⁰ -, pouco mais se pode esperar de avanço concreto na área social trazido pela Carta, porque não estamos perante direitos mas perante princípios ou directrizes não vinculativas. Mas, soa isto estranho a alguém, sabendo-se qual era a motivação da CDFUE e sabendo-se que já existe uma Carta Comunitária dos Direitos Sociais? Parece claramente que a Carta não desilude nesta matéria, precisamente porque ninguém estava iludido.

14.4. Direitos de Cidadania

68. Se realmente houve uma categoria de direitos que não levantou problemas de maior no seio dos trabalhos da Convenção, ela foi a que englobava os direitos pertencentes exclusivamente aos cidadãos comunitários. Como se torna fácil de ver, o cap. V da Carta é, provavelmente, o único em que o mandato do Conselho Europeu foi cumprido à risca: todos os direitos que constam deste capítulo baseiam-se no TCE e na jurisprudência do TJCE (direito a uma boa administração).

É claro que as considerações *supra* tecidas, a propósito do carácter simbólico da cidadania, são integralmente transponíveis para o plano da Carta, uma vez que os direitos aqui contidos reproduzem, de acordo com o art. 52.º, n.º 2 da CDFUE, aqueles que já constavam do TCE. A Carta não vem densificar ou concretizar os direitos de cidadania, apenas enunciá-los, sendo que as condições do seu exercício e os seus limites em nada se alteram face ao que está previsto nas disposições correspondentes do TCE²⁶¹.

Isto não significa que se possa extrapolar daqui para concluir que a Carta, em si, tem um valor meramente simbólico, é óbvio que tal raciocínio seria abusivo e tendencioso. O que queremos dizer é que a Carta não vem trazer grandes novidades no plano dos direitos de cidadania, mas nem poderia ser de outra forma, uma vez que o n.º 2 do art. 51.º expressamente afirma que a Carta não cria ou sequer modifica as competências e atribuições da Comunidade.

Note-se que o facto de não haver correspondência literal entre os dois blocos legais - CDFUE e TCE - não significa que os direitos sejam diferentes, mas apenas que a Carta os enuncia e o Tratado confere esses direitos aos titulares, e vai mais longe, regulamenta o seu exercício ou atribui competência às Instituições para procederem à sua regulamentação, através do direito comunitário derivado. Aliás, é fácil apercebermo-nos de que estas disposições da Carta (arts. 39.º a 46.º, excepto arts. 41.º, n.º 1 e 45.º,

²⁶⁰ Cfr. MARIANNE GIJZEN, *op. cit.*, p. 39.

²⁶¹ Concretamente, temos que: o art. 39.º, n.º 1 CDFUE corresponde ao n.º 2 do art. 19.º TCE; o art. 39.º, n.º 2 CDFUE ao art. 190.º, n.º 1 TCE; o art. 40.º CDFUE reproduz o n.º 1 do art. 19.º TCE; o art. 41.º, n.º 3 CDFUE baseia-se no art. 288.º TCE; o n.º 4 do art. 41.º CDFUE reproduz o direito contido no art. 21.º, 3.º parágrafo TCE; o art. 42.º da Carta corresponde ao art. 255.º TCE; o art. 43.º CDFUE é idêntico ao art. 21.º, 2.º parágrafo (que remete para o art. 195.º) do TCE; o art. 44.º CDFUE reproduz o art. 21.º, 1.º parágrafo, conjugado com o art. 194.º TCE; o art. 45.º, n.º 1 CDFUE limita-se a enunciar o direito já constante do art. 18.º TCE; já o n.º 2 do art. 45.º CDFUE refere-se aos artigos 62.º, n.ºs 1 e 3 e 63.º, n.º 4 TCE; finalmente, o art. 46.º CDFUE traduz, na íntegra, o direito garantido pelo art. 20.º TCE.

n.º 1) obedecem ao princípio de recolha e enunciação dos direitos já existentes, basta fazermos uma comparação directa das disposições em causa entre Carta e TCE.

69. Cumpre, no entanto, realçar três breves notas, de forma a que possamos ficar com uma perspectiva de conjunto sobre os direitos de cidadania que a Carta consagra:

a) O art. 45.º, n.º 1 enuncia o direito de livre de circulação e permanência²⁶² no território dos Estados membros. Comparando esta disposição com o art. 18.º TCE, poderíamos ser levados a pensar que, a partir de agora, já não existem restrições ou limitações a este direito, uma vez que a Carta é omissa neste aspecto, diferenciando-se assim da norma inspiradora (art. 18.º, n.º 1 TCE) que expressamente refere que o direito pode ser condicionado ou limitado, dentro de certas condições. Acontece, no entanto, que este não é um problema real: a Carta é uma lei fundamental que enuncia os princípios e os direitos, não os regulamenta. Quanto aos direitos decorrentes das disposições do Tratado, é óbvio que as condições do seu exercício não são definidas pela Carta, tal como aliás é referido pelo art. 52.º, n.º 2 da CDFUE²⁶³.

b) O segundo ponto para o qual cumpre chamar a atenção já tem mais interesse, mas ainda assim, pensamos que as conclusões a retirar surgem como algo óbvias. Referimo-nos concretamente ao art. 45.º, n. 2 da CDFUE²⁶⁴, que vem prever a possibilidade de ser estendido o direito de livre circulação e permanência a cidadãos extra-comunitários. Duas notas: o artigo não enuncia o direito nem sequer reconhece o princípio, limita-se a afirmar a possibilidade de os direitos serem atribuídos, através da regulamentação das Instituições nesta matéria; por outro lado, este dispositivo reforça a ideia de que as competências da Comunidade não devem ser minimamente alteradas pela Carta, nos termos do art. 51.º, n.º 2 da CDFUE.

c) Por último, resta referir aquele direito que surge como mais inovador: o *direito a uma boa administração*²⁶⁵, consagrado no art. 41.º da Carta. É uma "agradável surpresa" por duas razões: primeiro,

²⁶² Por sair fora do âmbito deste trabalho, não abordaremos a questão de saber até que ponto é que se pode falar de verdadeiras liberdades de circulação e permanência, quando ainda se exigem requisitos de carácter económico (as famosas "três directivas de 1990") para que o direito possa ser exercido efectivamente, o que se coaduna mal com um estatuto de cidadania.

²⁶³ Reiteramos a ideia já expandida de que não se entende esta dualidade de critérios nem se alcança a motivação que poderá estar por detrás desta opção de diferenciar a literalidade que flui das normas constantes da Carta..

²⁶⁴ Que estipula que "pode ser concedida a liberdade de circulação e de permanência, de acordo com as disposições do Tratado que institui a Comunidade Europeia, aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado Membro".

²⁶⁵ Intimamente ligado com o direito a uma boa administração encontra-se o direito de acesso aos documentos administrativos das instituições comunitárias. Estes dois direitos visam responder às expectativas legítimas dos cidadãos relativas à transparência, imparcialidade e eficácia da administração comunitária. Não concordamos com BRUNO DE WITTE, *op. cit.* p. 83, quando este A. apresenta o "direito a uma boa administração" como um daqueles casos em que a Carta poderá vir "congelar" a jurisprudência já existente. Diz o A. que "Writing out these principles of good administration in the Charter means that the ECJ will not be able to overrule its earlier judgements". Ora, como sabe, isto é aquilo que o TJCE sempre fez, dado que o sistema se aproxima do *case law* anglo-saxónico e do *precedent rule*, o que no entanto, não significa que o TJCE não possa evoluir e melhorar a sua jurisprudência, apesar de ela ser constante. Como se vê, a Carta não introduz nenhuma novidade aqui. Mesmo se fosse vinculativa não poderia servir para aprisionar a jurisprudência criativa do TJCE, porque isso significaria o desvirtuar do próprio papel do Juiz comunitário, empenhado em interpretar e completar um direito comunitário baseado em tratados-quadro. Já concordamos com o A. quando este

porque constitui um progresso assinalável na democraticidade do procedimento administrativo comunitário; segundo, porque, apesar de estar inserido no capítulo da cidadania, tem um âmbito de aplicação universal, o que se compreende face à sua importância, nas relações que se travam entre Instituições ou órgãos comunitários e particulares. Este parece ser o único direito neste capítulo que não é directamente inspirado nas disposições do Tratado da CE, mas antes surge vertido na Carta por força da jurisprudência constante do TJCE que ratificou este princípio como sendo essencial a uma Comunidade de direito, como é o caso da CE. Este direito surge também por influência do Provedor de Justiça²⁶⁶ que, apesar de ter participado na Convenção apenas com o estatuto de observador, logicamente, não se coibiu de dar o seu contributo, que neste caso viria a ser sancionado pela Convenção.

Refira-se, finalmente, que no caso *Z vs Parlamento Europeu*²⁶⁷, o Advogado-Geral JACOBS²⁶⁸, nas suas conclusões, vem precisamente fazer uma referência auxiliar ao art. 41.º da CDFUE, afirmando que o direito a uma boa administração deveria ser considerado como um direito que gozava de acolhimento e protecção legal na Comunidade, a vários níveis e em várias fontes, designadamente na Carta.

70. Em suma, a principal ideia a reter é que a Carta não modifica o regime dos direitos de cidadania conferidos pelos Tratados, limitando-se a remeter, quanto à sua regulamentação, para o TCE²⁶⁹.

refere a possibilidade de a Carta vir encorajar os Tribunais nacionais a expandir a sua jurisprudência, encontrando novos princípios gerais baseados na linguagem da CDFUE (*ibid.*).

²⁶⁶ Refira-se, aliás, que o *direito de acesso aos documentos* (art. 42.º CDFUE), que foi introduzido com o TA, também surge (plasmado no actual art. 255.º do TCE) num contexto em que, sem dúvida, o Provedor desempenhou um papel não despreciando, ao influenciar as práticas e o funcionamento das Instituições, agora muito mais abertas e transparentes.

²⁶⁷ Proc. C-270/99. As conclusões datam de 22 de Março de 2001. O acórdão foi proferido em 27 de Novembro de 2001.

²⁶⁸ Este mesmo Advogado-Geral viria também a referir-se à Carta, desta vez até com mais ênfase, no proc. C-377/98, caso *Países Baixos versus Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*. Nas suas conclusões, JACOBS vem invocar directamente a Carta para determinar o estatuto fundamental da dignidade humana (art. 1.º) e o direito que assiste a todos os indivíduos de livre e esclarecido consentimento, no domínio da medicina e biologia (art. 3.º, n.º 2, 1.º travessão).

²⁶⁹ GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 49, afirma que "...o acesso ao Provedor de Justiça Europeu [...] e o direito de petição ao Parlamento Europeu [...] são [...] reconhecidos a qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-membro, o que constitui uma novidade em termos de âmbito de aplicação pessoal relativamente ao disposto no artigo 21.º do Tratado da Comunidade Europeia". E reforça esta ideia na p. 61, ao dizer (depois de reiterar que as disposições da CDFUE são diferentes e com um âmbito de aplicação pessoal mais alargado face ao TCE) que está em causa "...um alargamento positivo do universo de beneficiários em direitos cujo conteúdo material é reportável ao aprofundamento democrático da actuação da União".

Ora, por mais que tentemos, não conseguimos alcançar o sentido material destas palavras e discordamos da interpretação feita por este distinto Professor, ao comparar numa forma restritiva e não sistemática os artigos 43.º e 44.º da Carta com o art. 21.º do TCE, aparentemente desligando este último de qualquer contexto normativo. No nosso entendimento, os arts. 43.º e 44.º da CDFUE a que o Autor alude, reproduzem integralmente (ainda que não literalmente, mas o sentido é o mesmo) o art. 21.º do TCE que, como é sabido, remete directamente para os respectivos artigos 194.º e 195.º do TCE. Ou seja, o art. 21.º é uma típica cláusula de remissão (inserida na Parte II, sobre cidadania) que enuncia o princípio geral, mas é fácil de constatar que a delimitação dos direitos em causa se encontra nos artigos 194.º e 195.º, que expressamente reconhecem a titularidade dos direitos de petição ao PE e queixa ao Provedor a "*qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária (social) num Estado membro*".

Portanto, não conseguimos interpretar a posição de G. SOARES, de forma a que não colida, desde logo, com a própria letra do art. 21.º, que não deixa margens para dúvidas. Igualmente, as anotações do *Praesidium* aos artigos 43.º e 44.º ("o direito garantido neste artigo é o direito garantido pelos artigos 21.º e 194.º/195.º do TCE) reforçam (apesar de não terem valor jurídico) a nossa ideia.

Mesmo admitindo que a nossa interpretação é incorrecta ou deficiente, a verdade é que a posição do Autor pode levar-nos a conclusões que são, no mínimo, discutíveis. É que, como já vimos, uma das ideias-chave sempre presentes, desde o Conselho de Colónia, passando pelos trabalhos da Convenção, até à redacção final do texto da Carta, é precisamente o facto de que a CDFUE

§ 15.º - Âmbito de aplicação pessoal - destinatários e competências

71. Por razões de ordem pragmática, limitar-nos-emos a tecer breves considerações sobre o art. 51.º, que é, efectivamente, uma das disposições que mais controvérsia gerou (e ainda gera, entre a doutrina) no seio dos trabalhos da Convenção. A norma em causa trata do âmbito de aplicação *ratione personae* activo (titulares) e passivo (destinatários) e da repartição de competências que a Carta supostamente deixa incólume.

Como se alcança facilmente, estão aqui em causa questões fundamentais, como sejam, saber-se até onde é que a Carta vai; quem deve promover a sua aplicação e em que termos; e quem poderá dela beneficiar. Naturalmente, parte-se do princípio de que a Carta virá a ter efeito obrigatório. Aliás, essa é a principal (se não mesmo a única) razão pela qual foram inseridas disposições gerais porque, se a Carta consubstanciasse apenas um trecho ostentatório de direitos, ao jeito das Declarações dos Direitos Humanos, haveria relativa inutilidade em prever disposições gerais. Portanto, tomemos como assente que a Carta poderá (e deverá) vir a ser incorporada nos Tratados.

Curiosamente, os membros da Convenção parecem não ter interiorizado essa possibilidade com firmeza, já que, se as disposições gerais têm em vista uma eventual incorporação da Carta nos Tratados, da forma como algumas estão redigidas podem levantar-se problemas de incompatibilidade e incoerência face ao texto desses mesmos Tratados²⁷⁰.

72. Ora, antes de entrarmos no art. 51.º, cumpre abordar dois pontos:

a) O art. 54.º da CDFUE não parece levantar qualquer tipo de dificuldade interpretativa, é quase uma "norma-adereço" porque, mesmo que não estivesse prevista a proibição do abuso de direito, é certo que sempre se teria que concluir que os direitos previstos na Carta não podem ser exercidos de uma forma abusiva, contrária ao princípio da *bona fides*. Trata-se, portanto, de uma norma que consagra um princípio geral de direito, que é inerente a qualquer exercício de direitos. Ainda assim, e inspirando-se fielmente no artigo correspondente da CEDH (17.º), a Convenção decidiu inseri-lo, o que se julga correcto (não muito necessário mas, ainda assim, para evitar dúvidas fundadas no brocardo "*abusus non tollit usum*", parece

jamais poderia servir para aumentar ou modificar as competências definidas nos Tratados (art. 51.º, n.º 2, *in fine* CDFUE) ou alargar os direitos, ela destina-se apenas a consolidar e revelar os direitos que já existiam (ainda que nalguns casos, ela ultrapasse o mandato, como já vimos), nunca a inovar. Aliás, isto mesmo está expresso no art. 52.º, n.º 2 da CDFUE, ao dizer-se que *os direitos constantes da CDFUE que se baseiem nos Tratados, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos*. É certo que já vimos que existem ambiguidades e contradições e não seria de todo impossível que realmente pudéssemos conceber uma ultrapassagem do mandato quanto a este aspecto. Agora, o que nos parece seguro é que não se pode interpretar o art. 21.º do TCE isoladamente, uma vez que ele vem remeter directamente para os artigos que "descrevem" os direitos em causa - petição ao PE e queixa ao Provedor. Concluindo, temos grande dificuldade em conceber, como defende GOUCHA SOARES, que a CDFUE venha alargar o âmbito subjectivo de protecção do direito consagrado no art. 21.º do TCE.

²⁷⁰ No âmbito dos trabalhos da Convenção *Futurum*, uma das questões que tem sido abordada nas reuniões do Grupo de Trabalho "Carta" (e que se podem ver através dos relatórios (actas) dessas reuniões, disponíveis no site da Convenção) é a da "duplicação" dos direitos - *v.g.* direitos de cidadania - que a incorporação da CDFUE nos Tratados iria acarretar.

melhor a sua previsão do que a sua eventual omissão). O art. 54.º surge como a última disposição geral da CDFUE²⁷¹.

b) O segundo ponto tem a ver com os beneficiários da Carta. Como facilmente se atinge, o âmbito de aplicação pessoal²⁷² activo - os beneficiários dos direitos contidos na Carta - não está previsto no art. 51.º. A este respeito, basta recordar o que dissemos *supra* a propósito do princípio da *universalidade*, para se alcançar quem são os titulares: são precisamente aqueles que vêm referidos na previsão de cada norma. Em princípio, serão todos os indivíduos, a não ser que o artigo se refira a um estatuto ou condição (v.g., trabalhador, deficiente, idoso, cidadão da União, criança, etc.) para se ser titular do direito. Quando o artigo não referir nenhum sujeito (v.g., "é assegurada", a "União reconhece", etc.), ainda assim podem descortinar-se os beneficiários, só que estaremos perante direitos programáticos, ou seja, não conferem um direito subjectivo, limitam-se a impor obrigações aos poderes públicos. Finalmente, pode haver casos em que não há qualquer referência nem a indivíduos, nem a grupos, nem a classes (como é o caso do art. 36.º que refere que "A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral..."), e neste caso só restará ir pela via interpretativa e descobrir a fonte para onde o artigo remete.

73. No entanto, como já afirmámos, vamo-nos centrar não nos titulares mas sim nos destinatários, ou seja, quem está obrigado²⁷³ a cumprir ou dar cumprimento aos comandos contidos na Carta.

Reza assim o art. 51.º:

1. "As disposições da presente Carta têm por destinatários as Instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.

²⁷¹ Cfr. RICARDO ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 28, referindo-se ao art. 54.º: "This is a clause of "legitimate defence" against a possible "anti-system use of the rights and freedoms stated in the Charter itself, the concretion of the principle, in its original French formulation, *pas de liberté pour des ennemis de la liberté*".

²⁷² Refira-se que o âmbito de aplicação material está previsto no art. 52.º. O n.º 1 trata do regime de restrições admitidas, fazendo apelo, essencialmente, a dois factores: proporcionalidade e objectivos de interesse geral (o terceiro factor - previsão legal e respeito pelo conteúdo essencial dos direitos - surge em todas as normas deste género, pelo que não apresenta especificidade alguma). Como igualmente se antolha com facilidade, esta norma inspirou-se precisamente na jurisprudência comunitária, que na sua construção do sistema de protecção nunca se coibiu de fazer apelo às características especiais da Comunidade ("objectivos de interesse geral"...) e ao princípio (geral de direito) da proporcionalidade ou adequação do meio ao fim. Finalmente, parece-nos que é positiva esta opção de consagrar uma cláusula horizontal, em vez de seguir o método das restrições previstas individualmente para cada direito, como acontece na CEDH. Este último, não só nos parece um método arcaico, como também pode levar a distorções graves: é que, em documentos que consagram direitos fundamentais, uma interpretação teleológica e sistemática desempenha um papel fundamentalíssimo, que não deve ser enfraquecido por uma excessiva importância que se atribua à letra da lei. É óbvio que é "disparatado", em nosso entender, vir referir, como fazem alguns Autores mais críticos desta solução plasmada no n.º 1 do art. 52.º, que esta norma, admite, em teoria, restrições v.g., ao direito à vida ou à proibição da escravidão (!) previstos, respectivamente, nos artigos 2.º e 5.º, n.º 1 da Carta.

²⁷³ Ou melhor, quem estaria obrigado se a Carta fosse plenamente vinculativa. No entanto, as Instituições proclamaram-na (adoptaram-na) solenemente, logo, estão vinculadas ao seu cumprimento e promoção, embora seja difícil reconhecer um direito subjectivo tendo como base legal apenas a Carta.

2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados".

Começemos então a "dissecar"²⁷⁴ este artigo:

A norma começa por afirmar que a Carta é dirigida às *Instituições* e aos *órgãos* da União. Das anotações do *Praesidium* retira-se que as Instituições são aquelas que vêm previstas no art. 7.º do TCE, e por exclusão de partes, os órgãos seriam todas as restantes estruturas (instâncias, como é dito nas anotações) organizadas, o que, em termos gerais, abrangeria os dois Comitês consultivos²⁷⁵, e todos os outros organismos criados pelos Tratados ou por actos de direito derivado (v.g., as várias agências especializadas que se encontram espalhadas pelo território dos Estados membros, a Europol, o BCE, etc.). Quanto ao Provedor de Justiça, parece-nos que é possível autonomizá-lo do PE e considerá-lo um órgão, para este efeito.

Ora, a partir daqui, levantam-se algumas questões:

Ao referir órgãos da União, parece querer-se abranger o Conselho Europeu²⁷⁶, mas será que devemos considerar realmente esta hipótese como correcta? Repare-se que o Conselho Europeu, para além de não vir referido no art. 7.º do TCE como uma das Instituições da CE²⁷⁷, é um órgão atípico não permanente, quase externo relativamente à eurocracia, é um órgão que reúne os Chefes de Estado e de Governo. Assim, a dúvida impõe-se: se considerarmos que o art. 51.º se refere também ao Conselho Europeu, então porque é que este "órgão" não proclamou igualmente a Carta? Mas tal seria ainda mais estranho, uma vez que se trata dos representantes máximos dos Estados membros, logo, se aqueles tivessem proclamado a CDFUE, na prática isso não significaria que os Estados²⁷⁸ se comprometiam a respeitar e promover a Carta? Então, porque não conferir logo vinculatividade à Carta? Por outro lado, não tem lógica vir dizer-se que todas as Instituições e órgãos são destinatários da Carta, uma vez que ela não é vinculativa. Por exemplo, o TJCE, não se pode considerar "destinatário" da Carta, porque se o fosse, teria que aceitar que as disposições nela contidas criam verdadeiros direitos, o que está ainda por provar. Dir-se-á: mas este artigo foi redigido a pensar numa eventual incorporação da CDFUE nos Tratados, ou seja, para quando a Carta for vinculativa. Ora, mas isso, diremos nós, também não parece muito acertado, simplesmente, porque fosse esse o caso (ou quando for o caso) de a Carta ser vinculativa, esta disposição (excepto nos que respeita aos Estados membros) seria uma autêntica redundância²⁷⁹, porque logicamente que as Instituições e órgãos comunitários estariam vinculados à Carta.

²⁷⁴ Sobre o âmbito de aplicação pessoal da CDFUE, cfr. D. CURTIN/R. van OOIK, "The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights", *MJ*, 8, 2001, pp. 102-114.

²⁷⁵ O Comité Económico e Social e o Comité das Regiões - art. 7.º, n.º 2 do TCE.

²⁷⁶ Esta dúvida é levantada por CURTIN/OOIK, *op. cit.*, pp. 105 ss., que concluem que o Conselho Europeu deve ser considerado como um órgão da União para efeitos do art. 51.º.

²⁷⁷ O que é compreensível se considerarmos que o Conselho Europeu movimenta-se na União e não, particularmente, na Comunidade, dado que nesta existe o Conselho.

²⁷⁸ Na qualidade de Estados soberanos, e não na qualidade de membros da União, uma vez que o Conselho também adoptou a Carta, ou seja, não nos referimos ao caso que já vem previsto no art. 51.º, que abrange também os Estados membros.

²⁷⁹ Tal como refere JACQUELINE de la ROCHÈRE, *op. cit.*, p. 14, o art. 51.º, sobre o campo de aplicação da Carta, aparece destituído de sentido a partir do momento em que Carta for integrada nos Tratados. Mas adverte também a Professora que,

A abundância de dúvidas sobre a interpretação do art. 51.º não fica por aqui.

Desde logo, o art. 51.º refere que todas as Instituições e órgãos da União são destinatários da CDFUE. Ora, mesmo que não déssemos muita importância ao facto de apenas três Instituições terem adoptado a Carta (e não todas, como seria lógico face ao art. 51.º), ainda assim ficávamos com um problema: é que, em várias disposições (v.g., art. 42.º; art. 41.º, n.º 4) da Carta, referem-se expressamente só algumas Instituições ou só as Instituições (e não os órgãos). Como conciliar isto com os termos abrangentes em que o art. 51.º é formulado? Aqui, a solução apontada por CURTIN/OOIK²⁸⁰ parece-nos acertada e até um pouco óbvia: se o art. 51.º é uma disposição geral, então ele não se aplicará quando houver uma norma especial que restrinja o seu âmbito, ou seja, "lei especial derroga lei geral" (*generalibus specialia derogat*).

Em suma, a resposta a todas estas questões que levantámos (e que estão longe de esgotar o manancial de interrogações a propósito do art. 51.º) terá que passar por um de dois caminhos: ou o TJCE se manifesta, interpretando a Carta da maneira que achar mais conveniente²⁸¹ ou, de outro lado, os trabalhos em curso da Convenção *Futurum* terão que passar pela clarificação destas e de outras dúvidas interpretativas

74. Como bem refere FRANCIS JACOBS, não menos importante do que a protecção contra as instituições comunitárias, é a protecção contra os Estados quando apliquem o direito comunitário. Na prática, é até mais importante²⁸², uma vez que os Estados membros são o desenvolvimento lógico dos órgãos da União, na medida em que lhes cabe aplicar a maioria da legislação comunitária e fazê-la cumprir.

Assim sendo, natural seria que a Carta viesse precisamente referir que também os Estados membros são destinatários das suas disposições - ou seja, têm que as respeitar e promover -, mas *apenas quando apliquem o direito da União*. Também aqui podem surgir dúvidas e questões.

Aquela que, desde logo, salta à vista e que tem sido objecto de interpretações diversas, liga-se com o facto de a Carta vir dizer que os Estados membros são destinatários, *apenas quando apliquem o direito da União*. Esta segunda parte - "direito da União" - não cria problemas, está em sintonia com o carácter abrangente da Carta que se refere sempre à União e não apenas à Comunidade. O problema interpretativo está precisamente no segmento "apliquem". Ora, conforme já referimos, o TJCE, pelo menos desde os acórdãos *Wachauf* e *ERT*, que foram proferidos há mais de dez anos, que vem afirmando que o respeito pelos direitos fundamentais é um limite que os Estados estão obrigados a cumprir, não só quando aplicam (positivamente) o direito comunitário, mas também quando derrogam normas comunitárias ao abrigo do

inversamente, suprimir as disposições gerais da Carta e aplicar aos 50 artigos (de substância) o direito comum comunitário coloca um (grave, diríamos nós) problema.

²⁸⁰ *Op. cit.*, p. 106.

²⁸¹ Parece, no entanto, que não poderá fazer muito mais do que considerá-la como um elemento auxiliar, pelo menos por agora.

²⁸² Cfr. FRANCIS G. JACOBS, *op. cit.*, p. 333.

TCE, ou seja, o TJCE prefere usar a expressão mais ampla de "quando agem no âmbito do direito comunitário", ou por outras palavras, o TJCE exerceria sempre a fiscalização da conformidade das normas e medidas nacionais que entram no campo de aplicação dos Tratados, com o respeito pelos direitos fundamentais.

A verdade é que a Carta usa uma expressão aparentemente limitativa ou redutora, ao referir que ela só se dirige aos Estados membros nos casos em que estes apliquem o direito comunitário e não também quando o derogam. A questão não é pacífica: enquanto uns dizem que esta formulação algo ambígua foi propositada e significa precisamente que a Carta só se aplicará a medidas nacionais positivas (de aplicação)²⁸³, já outros Autores criticam esta formulação porque, supostamente, teria ficado muito aquém do que a jurisprudência já havia fixado²⁸⁴.

Pensamos, naturalmente, que esta questão não deve ser empolada²⁸⁵, e que, eventualmente, deverá ser o TJCE a decidir²⁸⁶ que interpretação é que pode ser dada. Mas não deixa de ser curioso notar que, apesar de a norma ter uma formulação acanhada, as anotações do *Praesidium* vêm esclarecer que resulta sem ambiguidade da jurisprudência do TJCE que a obrigação de respeitar os direitos fundamentais definidos no quadro da União se impõe aos Estados membros quando estes *agem no quadro do direito comunitário*. Como se vê, é adoptada uma expressão bastante ampla e semelhante à que o TJCE adoptou várias vezes - âmbito de aplicação do direito comunitário - para significar que ficava fora do âmbito comunitário toda a actividade nacional que não tivesse *ligação* com alguma das situações contempladas na ordem comunitária²⁸⁷.

Ou seja, a timidez da redacção usada pode ter sido apenas um reflexo de alguma resistência por parte dos Estados em assumir plenamente aquilo que já é sabido: o TJCE fiscalizará a actividade nacional quando esta caia dentro do âmbito do direito comunitário, e o respeito pelos direitos fundamentais é um parâmetro dessa fiscalização ou controlo.

²⁸³ Esta é *v.g.* a posição de JACOBS, *op. cit.*, p. 338, quando refere que "It does not add, as might be thought to follow from the Court of Justice's case-law, that the provisions of the Charter are addressed to the Member States also where they are derogating from the Treaty". Para este A., o Tribunal não deve fiscalizar as normas nacionais que estabeleçam restrições ao direito comunitário, usando como critério, também, o respeito pelos direitos fundamentais. No entender de JACOBS, os únicos limites que os Estados teriam de respeitar, ou melhor, os únicos a partir dos quais o TJCE poderia exercer o seu controlo sobre medidas nacionais derogatórias seriam o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e o princípio da proporcionalidade (*ibid.*, p. 337).

²⁸⁴ Segundo AUGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ, *Chartering...*, cit., WEILER teria sido precisamente um dos críticos desta formulação "pobre" do artigo 51.º, n.º 1.

²⁸⁵ Também CURTIN/OOIK, *op. cit.*, p.108, parecem desvalorizar esta questão. Já GOUCHA SOARES, *op. cit.*, p. 46, afirma, depois de constatar que o preceito em causa apresenta desvios positivos (refere-se ao direito da União, quando a jurisprudência sempre falou em direito da Comunidade) e negativos (ao referir só "apliquem o direito"), que "este será, certamente, um aspecto interessante para a interpretação das disposições da Carta dos Direitos Fundamentais pelo Tribunal de Justiça".

²⁸⁶ Mas apenas quando e se a Carta for vinculativa. Até lá, o TJCE não poderá *vg.* sancionar ou responsabilizar um Estado porque este não respeitou os direitos fundamentais quando aplicou medidas no âmbito do direito comunitário, invocando o Tribunal apenas a violação, por parte do Estado, da Carta. É óbvio que a Carta, por enquanto, desempenhará um papel algo limitado a este nível, porque mesmo que o TJCE a considere em atenção, ela não tem valor jurídico obrigatório, portanto, não confere a possibilidade de um litigante exercer a sua pretensão, invocando apenas a Carta, ou de o TJCE declarar o incumprimento ou condenar um Estado, apenas porque este não cumpriu a Carta..

²⁸⁷ Cfr. RICARDO ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 5.

§ 16.º - Breves considerações sobre a natureza jurídica da Carta. Perspectivas futuras

75. Tomemos como ponto de partida os dados actuais da realidade: a Carta foi adoptada solenemente por três Instituições da União Europeia. Apesar de não lhe ter sido reconhecido carácter juridicamente vinculante, parece óbvio que não se pode dizer que a Carta não produz (ou venha a produzir) efeitos jurídicos.

Desde logo, a Carta vai servir como parâmetro da actuação das três Instituições que a adoptaram e, se pensarmos que estas três Instituições terão agora que se pautar pelos princípios consignados num documento fundamental que ratificaram, ficamos logo com uma ideia de que, só por aqui, a Carta já terá uma relevância jurídica considerável²⁸⁸.

Assim, oficialmente, a Carta é um *acordo interinstitucional*²⁸⁹ e as três Instituições que a proclamaram devem reger-se na sua actuação em obediência à Carta, tal como aliás tem sido enfatizado quer pela Comissão quer pelo Parlamento.

A Carta pode também ser considerada como um *documento que sintetiza e exprime os princípios gerais do direito comunitário*²⁹⁰, fornecendo desta forma, o critério mais seguro para se alcançar a fundamentação do projecto jurídico-político europeu e a garantia de legitimidade democrática e valorativa, ao nível da defesa dos direitos individuais.

A terceira valência da Carta reporta-se ao seu *significado eminentemente simbólico-constituente* e está ligada com o facto de a Carta ser apta a incrementar um processo de constitucionalização europeia, na medida em que fixa os princípios teleológicos inerentes à UE, traduzindo-os em direitos fundamentais.

Para além destas três vertentes - vincula as Instituições, condensa os princípios gerais do direito comunitário e impulsiona uma dinâmica constituinte -, podemos ver na Carta um instrumento referencial para efeitos, quer do art. 7.º do TUE, quer do art. 49.º do mesmo Tratado. Também ao nível da política externa (art. 11.º, n.º 1, 5.º travessão do TUE), a Carta é apta a emitir uma mensagem de respeito pelos direitos fundamentais.

²⁸⁸ Pense-se apenas no facto de o direito de iniciativa atribuído à Comissão passar a estar enformado pelo quadro teleológico inerente à Carta e, como tal, todas as propostas de acção legislativa no seio da Comunidade terem agora de ser filtradas pelos direitos e garantias previstos na Carta. Tendo isto em conta, alcança-se facilmente a importância que a Carta assume, enquanto modelo ou paradigma de actuação da actividade das Instituições e dos órgãos.

²⁸⁹ Já por várias vezes o TJCE se referiu a este tipo de instrumentos. Atendendo à importância simbólica-constituente que a Carta apresenta, como critério aferidor da legitimação democrática das Instituições, somos levados a pensar que o TJCE dificilmente poderá ignorar a Carta. Mas uma coisa é referir-se à Carta como acordo interinstitucional, outra bem diferente será atender à Carta como fonte de direitos que os particulares podem invocar na sua salvaguarda jurisdicional.

²⁹⁰ Parece ser esta a posição de JUAN CARRILLO SALCEDO, quando afirma, *op. cit.*, p. 19, que "por su contenido, su rigurosa formulación jurídica y su valor simbólico, la Carta llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho comunitario". Esta é também posição oficial da Comissão, expressa na Comunicação sobre a natureza legal da CDFUE, de 11 de Outubro de 2000.

76. Como é fácil de ver, a Carta não é, em rigor, juridicamente vinculativa, mas parece abusivo extrair-se daqui que o seu significado é reduzido. Claro que se espera que lhe venha a ser atribuída obrigatoriedade. Tal poderia ser feito, nomeadamente, por inclusão do texto no TUE; fazendo uma referência à Carta no art. 6.º, n.º 2 do TUE; ou ainda através da inserção no Tratado de protocolo anexo que contivesse o texto da Carta. São estas as três vias mais ortodoxas.

No entanto, a doutrina tem vindo a destacar o *papel que a jurisprudência poderia vir a desempenhar quanto à determinação rigorosa dos contornos jurídicos da Carta*. Esta é, efectivamente, a posição que mais consenso reúne, não só porque o TJCE é o grande responsável pela maturação de um sistema de protecção de direitos fundamentais, como também porque a Carta proporcionar-lhe-ia a oportunidade de densificar e concretizar direitos extraídos da cláusula indeterminada "princípios gerais do direito comunitário". A Comissão afirma mesmo que o papel do TJCE é tão importante que, sem dúvida, a Carta tornar-se á obrigatória (*mandatory*) através da sua interpretação pelo TJCE, enquanto fonte integrada nos princípios gerais do direito comunitário. Isto, parece-nos, significa que a Carta estaria destinada a ser incorporada nos Tratados, mais cedo ou mais tarde, tal como aliás também refere a Comissão.

77. É precisamente a este propósito que os Autores têm vindo a rejeitar uma natureza minimalista da Carta que poderia advir do facto de a entendermos como uma mera declaração política sem produzir qualquer tipo de efeitos jurídicos. Assim, dizem os Autores que, se realmente a Carta tivesse sido apenas um exercício de retórica e nada mais, então não se entenderiam as várias referências que lhe têm sido feitas, nomeadamente por Advogados-Gerais, nas suas conclusões que, como se sabe, não vinculam o TJCE mas constituem argumentos de autoridade.

Das várias referências²⁹¹ que têm sido feitas, há uma que, pelo ênfase colocado na primordial importância que a Carta teria, vale a pena referir.

Trata-se da referência à Carta que foi feita pelo Advogado-Geral TIZZANO no âmbito de um processo de reenvio prejudicial no caso BETCU²⁹². O objecto do litígio era fundamentalmente saber se, nos termos da Directiva 93/104 sobre tempo de trabalho, o *direito a férias pagas* (art. 31.º, n.º 2 CDFUE) estava dependente da realização de um período mínimo de tempo de trabalho, com a mesma entidade empregadora.

²⁹¹ Para maiores desenvolvimentos sobre as referências à Carta que têm sido feitas (até agora mais de 20) por Advogados-Gerais, veja-se, por todos, JACQUELINE de la ROCHÈRE, *op. cit.*, pp. 5 ss.; AUGUSTÍN MENENDÉZ, *Legal status...*, cit., pp. 4 ss.. É de notar, não obstante a importância que estas referências têm no espaço comunitário que, ainda antes de a Carta ter sido adoptada, já o Relatório sobre a questão austríaca se referia, directa e ostensivamente, à Carta. É de referir, igualmente, que também o Tribunal Constitucional Espanhol, num julgamento, em Novembro de 2000 (uns dias antes da proclamação da Carta) citou o art. 8.º da CDFUE como fonte de autoridade que espelhava a importância do direito à protecção de dados pessoais. Finalmente, o Vice-Presidente do TEDH também se referiu ao art. 37.º da Carta, para reforçar a ideia de que a protecção do ambiente é um valor de inegável importância, que as jurisdições vinham progressivamente reconhecendo como verdadeiro direito fundamental.

²⁹² Proc. C-173/99, tendo sido as conclusões entregues em 8 de Fevereiro de 2001. O acórdão veio a ser proferido em 26 de Junho de 2001.

Nas suas conclusões, TIZZANO vem defender que o direito comunitário não exige o tal período mínimo, e para suportar os seus argumentos vai invocando várias fontes legais de direito internacional²⁹³, e também o próprio texto da directiva. Mas no parágrafo 26, TIZANNO refere-se explicitamente ao art. 31.º, n.º 2 da Carta, afirmando que esta norma era "ainda mais significativa" do modo (evidência legal) como o caso deveria ser resolvido. TIZZANO afirma que, apesar de o texto da Carta não ser, em si mesmo, obrigatório, ela inclui princípios que, em larga medida, se projectam em direitos que também estão estabelecidos em outros instrumentos legais de uma forma solene, e que "num litígio em que esteja em causa a natureza e extensão de um direito fundamental, é impossível ignorar as disposições da Carta, uma vez que elas constituem *parâmetros de referência substancial* para todos os actores comunitários (Estados membros, Instituições e indivíduos).

Consequentemente, a Carta constitui a mais qualificada e definitiva *confirmação*²⁹⁴ de que o direito a férias anuais remuneradas é um direito fundamental e nessa qualidade deve ser entendido pelo Tribunal.

Ou seja, TIZZANO vem dizer que a Carta é o instrumento que melhor exprime a fundamentalidade dos direitos nela contidos, uma vez que, apesar de não ter valor obrigatório, por si, a Carta constitui o ponto de referência substantivo (parâmetro de actuação) para todos os sujeitos que ajam no contexto da União.

Mais exemplos poderiam ser dados, mas, em geral, as referências têm sido apenas complementares e sem atribuir uma relevância tão grande à CDFUE como TIZZANO o fez. No entanto, o TJCE ainda não se mostrou receptivo a estes "apelos" e até agora, ainda não se referiu à Carta nas suas decisões. Note-se que no caso BETCU, o Tribunal faz uma referência à Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais (na sequência do 4.º considerando da directiva em causa), mas, por e simplesmente, omite qualquer menção à CDFUE.

78. Como referimos, esta matéria é das mais amplamente discutidas na doutrina, pelo que não valerá a pena traçar cenários descritivos. Iremos apenas tecer considerações que reflectem a nossa visão pessoal.

Desde logo, diremos que não nos parece, ao contrário de algumas opiniões na doutrina, que a Carta venha limitar o papel criador que o TJCE tem vindo a desempenhar, nomeadamente fazendo apelo aos princípios gerais de direito. Não há nenhuma indicação segura que nos permita concluir que com a Carta o TJCE fica "amarrado" e que "se torna mais difícil a sua capacidade de manobra para garantir uma protecção"²⁹⁵ eficaz, uma vez que o TJCE iria agora olhar para a Carta e (somente) para os direitos nela garantidos. Subscrevemos as palavras de BARROS MOURA quando este deputado afirma que a Carta

²⁹³ V.g., a DUDH, a Carta Social Europeia, a Carta Comunitária de Direitos Sociais, etc.

²⁹⁴ Parágrafo 28. Esta posição de TIZZANO viria depois a ser conhecida como a "teoria da confirmação".

²⁹⁵ As palavras foram proferidas pelo Prof. WEILER. Cfr. Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 168. Também não podemos concordar com BRUNO DE WITTE quando este A. refere, *op. cit.*, p. 82, que "References to international human rights conventions and to common constitutional traditions [...] may even be entirely replaced by references to the Charter, on the assumption that these other sources are now incorporated in the text of the Charter".

não vai conduzir a uma jurisprudência tendencialmente uniforme, logo a um empobrecimento da diversidade representada pelos tribunais constitucionais. Tal não tem de acontecer, precisamente porque, como refere BARROS MOURA, "a situação actual já é apenas a de que o Tribunal do Luxemburgo aplica as tradições constitucionais comuns, não aplica as tradições constitucionais diferenciadas de cada Estado membro"²⁹⁶.

Neste sentido, torna-se claro que a Carta fornece critérios precisos de aferição, que o TJCE certamente tomará em conta, mas não é fechada e excludente, no sentido de o Tribunal de Justiça só poder atender aos direitos nela previstos. Aliás, isso seria uma incongruência, tendo em conta o já referido carácter de abertura e atipicidade característico dos direitos fundamentais.

Quando se fala em cristalização, codificação ou visibilidade dos direitos fundamentais, não se quer significar que a Carta é o único repositório de direitos fundamentais, longe disso, a Carta é uma etapa²⁹⁷ num processo construtivo e dialéctico que corre a par com o aprofundamento da UE e da consciência política, mas de modo algum, em nosso entender, representa um congelamento e uma directriz vinculativa para o futuro. Tal teria um efeito perverso e inverso àquele que se pretende pois, em vez de reforçar a protecção dos direitos, tornando-os visíveis, iria significar que o âmbito de protecção dos direitos fundamentais estava restringido àquele número (limitado) de direitos constantes da Carta.

Parece-nos que não é disso que se trata: a Carta é um documento magno, que traça princípios fundamentantes, que clarifica os principais valores éticos e sociais em que assenta a União, mas nunca se poderá dizer que é um documento fechado ou redutor, e que para além dela não se vai. Aliás, isto mesmo se torna algo óbvio se reparamos no artigo 53.º da CDFUE.

Num plano de análise distinto, não compartilhamos totalmente do optimismo da Comissão e de uma parte da doutrina, quando referem que o TJCE vai, com certeza, dinamizar a Carta, vai pôr de lado a CEDH e, principalmente, já não vai ter necessidade de fazer apelo aos princípios gerais, uma vez que agora tem a Carta. O corolário deste raciocínio é que não interessaria muito se a Carta viesse ou não a ser incorporada nos tratados, porque ela viria a ser obrigatória por força da interpretação do Tribunal.

Temos algumas reservas quanto a este entendimento. Repare-se: o recurso aos princípios gerais do direito foi um expediente criado pelo Tribunal, no uso da sua liberdade interpretativa que assiste sempre ao julgador. Já a CDFUE é substancialmente diferente, a Carta visa controlar, de certa forma, essa deriva pretoriana ou tendência para o casuísmo. Mas, paradoxalmente, os "donos dos tratados" não lhe atribuíram força obrigatória. Parece-nos que este foi um muito mau sinal, porque quis-se limitar o ímpeto criativo do Tribunal (que, aliás, tem sido a força motriz da jurisprudência, dada a vaguidade e limitações inerentes a um tratado-quadro), mas "oferecendo-lhe" um documento de cariz político. É razoável, adoptando uma óptica de órgão jurisdicional, fazer aprovar uma Lei Fundamental que, supostamente, serve para definir os grandes princípios e valores e, em simultâneo, para salvaguardar os cidadãos face à

²⁹⁶ Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 185.

²⁹⁷ Como refere o Juiz MELCHIOR WATHELET, *op. cit.*, a Carta é "Un pas en avant. Un bon pas dans une course qui reste longue".

actuação dos poderes públicos, é razoável aprovar este documento e depois dizer-se que não existe nenhuma forma de garantir o seu cumprimento? Porque é desprovido de vinculatividade...? Parece-nos que não.

Pensamos que este é verdadeiramente o problema, é a Carta desempenhar o seu papel a um nível político e constituinte, mas não a um nível jurisdicional.

79. Inversamente do que afirmam aqueles que vêem na Carta um documento centrípeto, de referência obrigatória, parece-nos que o TJCE pode ter alguma relutância em usar a Carta, e se escuse mesmo a "pegar" nela, de forma a não criar falsas expectativas nos cidadãos. Note-se: a Carta não é vinculativa, não é vinculativa porque os Estados membros não o quiseram (alguns quiseram, mas o acordo não foi possível, como já referimos). O que é que pode querer significar, na visão do Tribunal, esta falta de vontade em fazer um instrumento vinculativo? Talvez o mesmo que esteve na base do Parecer 2/94. Muitas vezes é dito que o TJCE é o grande responsável pelo facto de a Comunidade ainda não ter aderido à CEDH (o que, sem dúvida, seria positivo, mas em nada afectaria o valor da Carta), assim como durante muito tempo se afirmou que ele era o responsável pela falta de protecção dos direitos fundamentais. Não partilhamos desta visão: em nosso entender, o TJCE agiu sempre com coerência. Fazendo o quê? Precisamente, afirmando que só os Estados é que poderiam resolver a questão. Um claro sinal foi dado pelo TJCE de que poderia haver uma adesão à CEDH se realmente houvesse vontade política para dar esse passo, o passo de dotar de competências expressas a União na área dos direitos humanos.

Parece-nos que o TJCE não pode ser acusado de corporativismo, pois o problema reside na ambiguidade do projecto político, e essa ambiguidade nunca poderá ser resolvida por via judicial, mas apenas por via política. O mesmo se diga quanto à Carta: depositam-se grandes e inchadas esperanças no TJCE para que ele faça aquilo que não pode fazer, que é tornar vinculativo um documento que os "*maîtres des traités*" aprovaram como simples declaração política. É certo que não se trata de uma "mera declaração", igual a tantas outras, é certo que vincula as três Instituições que a assinaram, e só por isso, o seu valor já é imenso - basta pensarmos que, a partir de agora, todas as propostas da Comissão, todas as decisões tomadas pelo Parlamento, terão que estar de acordo com esta "magna carta" - mas, claramente, só isso não parece ser suficiente, o que é necessário é que o Conselho Europeu, que é quem realmente controla os destinos da União, assuma as suas responsabilidades perante os cidadãos comunitários. Isto passa, com certeza, por deixar de ser defensivo no que respeita aos direitos humanos e atribuir jurisdição plena nesta área ao TJCE, tornando a Carta vinculativa.

Pensamos que a Carta não está a cumprir o papel que lhe estava reservado, devido aos recuos e falta de coragem do Conselho Europeu. Note-se que vozes críticas se erguem contra o TJCE, mas ao mesmo tempo, todos lhe pedem que seja órgão político e jurisdicional em simultâneo, quando a única (digníssima) tarefa que lhe cabe é interpretar e aplicar a "Carta Constitucional" traduzida nos Tratados da CE e da União.

80. Ao lado da inserção da Carta no TUE, parece-nos ser fundamental atribuir competência jurisdicional no âmbito do art. 7.º, relativo ao controlo e sanções políticas

No que se refere aos princípios cujo respeito seria de exigir aos Estados candidatos, a bitola poderia muito bem ser a Carta, mas aqui, teria de haver alguma flexibilização, uma vez que, neste caso, afigura-se difícil exigir aos Estados candidatos um nível de protecção tão elevado como o que a Carta consagra.

Quanto aos Estados membros, o grande problema da Carta e que, de certa forma, transparece do que temos vindo a dizer, são os *direitos económicos e sociais*, estes é que podem realmente ser considerados direitos "fracturantes", e aqueles em relação aos quais alguns Estados opõem as maiores reservas, por considerarem que a consagração desses direitos lhes retiraria o controlo sobre as suas políticas sociais e, por esta via, iria enfraquecer a economia ou, inversamente, iria perigar os seus sistemas sociais mais desenvolvidos²⁹⁸ do que na generalidade da Europa.

81. Em suma:

Actualmente, a Carta assume maior destaque ao nível da actuação das Instituições que a proclamaram.

O Tribunal, não obstante agora já ter um documento em que se possa apoiar, não cremos que vá fazer um uso ostensivo da Carta, pelo menos numa fase inicial e até se saber qual a decisão que vai sair da CIG 2004. Assim, o TJCE continuará a recorrer aos princípios gerais, eventualmente agora invocando como elemento interpretativo auxiliar a Carta, o que, de forma alguma retira dignidade²⁹⁹ a este *Bill of Rights*, mas constitui um aviso de que só quando a Carta for obrigatória é que será dado o salto qualitativo para se entender que ela se destina não apenas a cristalizar e enunciar os direitos, mas efectivamente, a garantir uma protecção adequada face à esfera dos poderes públicos europeus.

Finalmente, parece-nos ser urgente modificar o TCE no sentido de ampliar as condições de acesso dos particulares ao TJCE.

§ 17.º - O gérmen da futura "Constituição Europeia"?

82. A temática subjacente à elaboração de uma Constituição Europeia não constitui uma novidade nem surgiu com a Carta. Desde sempre, na história da integração europeia, se levantaram vozes a favor de uma Constituição ou de um *Tratado-Constituição*³⁰⁰.

²⁹⁸ Referimo-nos, concretamente, aos países nórdicos, com grande tradições de *welfare state*.

²⁹⁹ Claro que, se não retira a dignidade formal, não deixa, no entanto, de a colocar numa posição inferior àquela que a Carta merecia ocupar.

³⁰⁰ O que não deixa de ser uma fórmula que revela uma enorme ambiguidade conceptual. À semelhança, aliás, do que acontece com a tão vulgarizada "federação de Estados-nações". No entanto, CARLA GOMES, *op. cit.*, p. 23: "Os pactos institutivos teriam a forma de tratados internacionais, mas a materialidade de uma Constituição, dado que criaram um ordenamento jurídico autónomo, aplicável sobretudo aos direitos nacionais e protegido por um sistema jurisdicional próprio". Com base na sua teoria da hetero-constituição, a Autora parece admitir a possibilidade de se falar em Constituição quanto ao TUE, quer no sentido

Personalidades dos mais distintos campos ideológicos, políticos, intelectuais ou sociais expressaram a sua visão (v.g. HÄBERMAS³⁰¹, MANCINI, HALLSTEIN) fundamentado-a em juízos, valores e conjunturas. Teses mais ou menos elaboradas têm surgido mas, de facto, este é um daqueles casos em que as teorizações nunca passarão disso: podem aduzir-se argumentos a favor ou contra uma determinada posição, mas não se poderá afirmar, dogmaticamente, qual a natureza jurídica que caracteriza a UE. Aliás, será que a União é enquadrável em alguma categoria conceptual estanque? Parece que não, e daí o recurso frequente a fórmulas híbridas, de forma a tentar traduzir-se equilibradamente duas ideias-força: a UE não é (ainda?) um Estado Federal mas também não é uma (mera) organização internacional, é uma entidade intermédia entre uma comunidade política, semelhante a um Estado, e uma entidade permanente e autónoma criada para prosseguir certos objectivos definidos nos termos do pacto institutivo (tratado internacional).

Atentemos nas palavras exemplares de GRÁINNE DE BÚRCA:

*"If the EU continues to be conceived as of a special interest organization or association [...], the starting point for analysis is to ask what its function or purpose is, what its powers are and what it is designed to achieve. If, on the other hand, it is conceived of as constitutional polity, the assumption is that is a more general one of ordering and government. Clearly, the EU still lies somewhere between these two paradigms, and this explains something of the complexity and uncertainty of its powers and functions"*³⁰².

Já MIGUEL POIARES MADURO afirma que "podemos não identificar um modelo constitucional específico, mas temos seguramente de apurar quais são os critérios de desenvolvimento da União. É a ausência de definição desse *telos* da integração europeia que explica o grau de incoerência actualmente existente na política de protecção dos direitos fundamentais europeus"³⁰³.

organizacional (o que, obviamente, nos parece correcto), quer no sentido fundacional, entendido como poder auto-criativo. Cfr. pp. 23 ss.. Temos dúvidas quanto à adequação do termo Constituição para caracterizar o TUE, se nos referirmos ao sentido fundacional.

Vejamos o que diz FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., pp. 100 ss.: "Falta às Comunidades a primeira característica de qualquer Estado, soberano ou não: o poder de auto-organização, pelo qual ele elabora a sua própria Constituição e, portanto, define as suas atribuições, cria os seus órgãos e fixa-lhes a competência [...]. As Comunidades não têm o poder de auto-organização: foram os Estados que as criaram e são só os Estados que têm o poder de modificar os respectivos tratados institutivos e mesmo de os ab-rogar. [...] Como consequência do facto de elas não serem titulares da competência das competências, duas outras características afastam as Comunidades da natureza estadual: elas não dispõem do poder de alargar o âmbito da sua competência, o que só podem realizar através dos Estados; e, enquanto os Estados têm, do ponto de vista da definição das suas atribuições, uma «vocação universal», as Comunidades encontram-se limitadas pelo princípio da especialidade" (p. 102).

Se podemos, hoje em dia, discutir se a União tem ou não uma vocação universal - dado que se assume como uma entidade política, como uma *pré-comunidade política estruturada e auto-organizada*, embora não independente dos Estados membros -, já quanto aos argumentos supra aduzidos por FAUSTO DE QUADROS, mantêm-se integralmente válidos no caso da União. Sendo assim, discordamos de CARLA GOMES quando esta Autora dá a entender que a União (a A. refere-se até às Comunidades na p. 24, *op. cit.*) possui a *Kompetenz-Kompetenz*. Efectivamente, este é o entendimento do TJCE, mas aí tem sentido, porque se trata de defender as prerrogativas da unidade do direito comunitário. Já fora do plano jurisdicional, parece-nos, apesar de termos dúvidas, que não se pode dizer que a União tem uma Constituição, em sentido fundacional.

³⁰¹ Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *So, Why Does Europe Need a Constitution?*, EUI-RSCA, 2001.

³⁰² Cfr. *Human Rights...*, cit., p. 8.

³⁰³ Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 62.

83. Parece-nos que se podem tomar como referência prévia as seguintes considerações, enunciadas em jeito de tópicos:

- 1) Apesar de falarmos em Constituição (que, como já afirmámos, é um dos paradigmas associados à ideia de Estado moderno) com alguma naturalidade, não devemos ser ingénuos ao ponto de pretender que o sentido que os pensadores, académicos, juízes e políticos dão a este conceito é sempre o mesmo. Como se compreenderá, não é rigoroso "metermos tudo no mesmo saco" (especialmente quando o sentido que é atribuído às palavras varia consonte as motivações de quem as profere) e pensar que "Constituição" é um *conceito*³⁰⁴ suficientemente elástico para abarcar realidades ou ideias tão diversa e díspares como *v.g.* carta constitucional, normas de conteúdo materialmente constitucional; acto deliberativo-constituente; tratado constitucional; constitucionalização; constitucionalismo; fórmulas federais, e muitas mais poderiam ser trazidas à colação.
- 2) A constitucionalização da UE passará, em princípio, pela reforma dos Tratados fundadores das Comunidades. Mas será que ainda hoje podemos falar em tratados³⁰⁵? Não teremos já evoluído para uma "ordem constitucional europeia", sem os Estados terem a coragem de assumir tal transição a um nível formal-constituente? A "Carta Constitucional", tão reclamada, mais não é do que a clarificação, formal e solene, *de iure*, de uma situação que já se verifica de facto.
- 3) O discurso da apologia constitucionalista saltou para fora dos meios políticos, académicos e científicos³⁰⁶ devido, fundamentalmente, a dois factores: a) as intervenções públicas de políticos da actualidade³⁰⁷, que foram projectadas e debatidas a um nível *quasi-popular*; b) e, aquilo que nos interessa, o surgimento da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, esta Carta cujos objectivos primários teriam sido conferir visibilidade aos direitos dos cidadãos, reforçar o estatuto de cidadania, e melhorar a protecção dos direitos, retirando o protagonismo exclusivo ao TJCE.
- 4) A ambiguidade e indefinição do projecto jurídico-político da União tem dado azo a que se confundam realidades que não têm de estar sempre relacionadas, viciando o discurso, e se ligue sempre a constitucionalização ou clarificação "constitucional" a um projecto federalista.

³⁰⁴ Ou, se se preferir, um "*meta-conceito*" que engloba vários conceitos, enquanto valores e princípios intersistemáticos e estruturantes de uma realidade que transcende a comunidade, ao funcionar como um sistema auto-poiético.

³⁰⁵ Que, como se sabe, é um instrumento de direito internacional que cria vínculos entre os Estados, mas dificilmente se pode conceber que um Tratado possa servir para, progressivamente, diluir a soberania dos entes "Estados" que o fizeram nascer. Veja-se o paradoxo: uma das manifestações da soberania consiste no *ius tractuum*, soberania essa que lentamente iria desaparecendo por efeito de (um acto da) própria soberania (?); por outro lado, os Estados que celebraram o Tratado e deram origem a uma entidade "supranacional" fizeram-no para defender os seus interesses colectivos, ainda que através de uma organização autónoma. Poder-se-á admitir que a entidade cresça exponencialmente (supervisão do direito comunitário sobre todas as áreas dos ordenamentos nacionais), de tal forma que os "interesses" dessa organização se possam vir a sobrepor aos interesses dos Estados, quando essa organização foi criada para defender e implementar esses interesses, entendidos colectivamente, dos Estados? Tal como já referimos, convém ter presente que a soberania de que falamos é vista no sentido quantitativo e não qualitativo.

³⁰⁶ Meios estes que, por sua natureza, se encontram cerrados na sua estrutura institucional.

³⁰⁷ Referimo-nos, entre outros, a JOSCHKA FISCHER e a JACQUES CHIRAC, na medida em que foram os que mais impacto mediático tiveram. Precisamente, os *media* é que projectaram a questão constitucional para a "praça pública", tornado-a mais legítima e democrática.

5) Finalmente, podemos tomar como boa a ideia de que se tem verificado um progressivo aumento da simpatia pelas fórmulas federais e pelo paradigma norte-americano. Basta ver v.g as repercussões e o entusiasmo com que têm sido acolhidas as propostas do Prémio Nobel da Economia JAMES BUCHANAN³⁰⁸ sobre a "oportunidade constitucional" que a Europa está a perder.

Os "Estados Unidos da Europa" podem já não ser meramente uma utopia de visionários como VICTOR HUGO ou JEAN MONNET, mas antes tem-se verificado uma densificação de propostas concretas pragamáticas, que assumem, abertamente, a passagem para um sistema federal³⁰⁹ ou constitucional³¹⁰.

84. Ora, é sabido que muitos viram no surgimento da Carta, desde o processo constituinte que esteve na sua origem até à sua proclamação solene, o móbil para originar uma dinâmica, ao nível da opinião pública europeia, que fosse favorável a uma verdadeira Constituição Europeia³¹¹, de que a Carta,

³⁰⁸ Basicamente, a escola do "*constitutional economics*", ligada com as teorias neo-liberais, defende que o constitucionalismo deve servir para limitar o poder e proteger as liberdades dos indivíduos, deixando depois tudo nas mãos do mercado e da liberdade de comércio, que acabariam por ser as verdadeiras fontes da legitimidade democrática. Cfr. M. POIARES MADURO, *A Crise Existencial da Constituição Europeia*, FDUNL WP 2/99, 1999, p. 8. Veja-se a interessante posição de ANA CRISTINA VASCONCELOS, *A Bela e o Monstro: Paradoxos do Constitucionalismo Europeu*, FDUNL WP 4/01, que, a partir da "teoria individualista da colectividade" concebida por BUCHANAN, chega à conclusão de que o modelo pós-Maastricht não é legítimo nem democrático, uma vez que se mantiveram os "custos de decisão" (com a generalização da votação por maioria e abandono da unanimidade), e aumentaram "os custos externos" (que só não existem quando todos estão de acordo, ou seja, quando o interesse geral se identifica com a unanimidade e não apenas com a maioria).

³⁰⁹ Como se sabe, existem várias propostas ou construções derivadas do federalismo: federação de Estados-nações, núcleo federal, Comunidade Federativa, neo-federalismo, etc. O que importa ressaltar é que, em qualquer caso, teria sempre que haver uma Constituição ou Carta Constitucional, e esta deveria sempre conter, para além dos princípios de organização política, os direitos fundamentais dos cidadãos, que traduziriam o compromisso da União com certos valores comuns. Sobre a natureza da UE e federalismo, cfr. v.g. FRANCISCO LUCAS PIRES, "Associação de Estados ou federação sem Estado?", in J. CARLOS ESPADA, *O Desafio Europeu - Passado, Presente e Futuro*, Porto, 2001, aludindo a três défices: défice ideal, défice democrático e défice institucional; J. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Harvard Jean Monnet WP 1/00; cfr. também, por todos, LUÍS SÁ, *A crise das fronteiras - Estado, Administração Pública e União Europeia*, Lisboa, 1997, pp. 195--323; DUSAN SIDJANSKI, *Para um Federalismo Europeu - Uma Perspectiva Inédita sobre a União Europeia*, Cascais, 2001, apelando o A. abertamente a uma fórmula que preveja um núcleo federador (institucional) de vanguarda e uma Constituição federal para a Europa. Cfr., finalmente, JOSÉ TAVARES, "Federalismo e União Europeia. Caracterização do federalismo", in *Estudos Jurídico-políticos*, Lisboa, 1996.

³¹⁰ Cfr., em sentido contrário, JEAN-CLAUDE PIRIS, "Does the European Union have a Constitution? Does it need one?", 24 *ELR*, 1999, p. 583: "The E.U. does not have and does not need a Constitution like a State's, simply because it is not a State. Its powers derive from its component Member States and not directly from their peoples. The Union does not have the objective of getting rid of the Nation States which it comprises, in order to create a European Nation State." Apesar de estarmos de acordo com este A., quando refere que a Carta Constitucional não é idêntica a uma constituição nacional, pensamos que a questão não é tão simples como se poderia julgar das palavras algo dogmáticas formuladas por PIRIS. No entanto, já tivemos oportunidade de referir que, não sendo os tratados equiparáveis a um qualquer processo legitimador-constituente, e não havendo (como existe nos EUA) um "We the people" europeu, mas apenas "Os povos da Europa", torna-se difícil conceber a União como um ente político, se este ente for moldado à semelhança de um Estado.

³¹¹ Repare-se que é perfeitamente plausível, em tese, supor que a CDFUE seria o Cap. I de uma Constituição Europeia formal: quer o método (de contornos constituintes) através do qual nasceu, quer o conteúdo substancial -direitos fundamentais -, podem ser argumentos a favor daqueles que, como o Professor JORGE MIRANDA, sustentam que caminhamos para um federalismo e conseqüente empobrecimento ou apagamento das Constituições nacionais. A este propósito, diz o eminente constitucionalista que "...o intuito subjacente à Carta afigura-se ser o de representar um passo para a constitucionalização e, mediante esta, para a federalização europeia. [...] E precisamente por causa da dimensão que, de modo implícito, se vem a conferir à Carta, ela envolve a ideia, senão da substituição das Constituições nacionais, pelo menos de prevalência sobre elas". Cfr. JORGE MIRANDA, *Parecer*

naturalmente, à guisa das constituições nacionais, seria o capítulo I, definindo assim os valores, liberdades e garantias fundamentais dentro da União Europeia. Não nos parece que tenha de ser assim. Mesmo que fosse credível supor-se que se desenharia uma Constituição Europeia, a partir do cap. I que seria a Carta, não entendemos de que forma é que isso poderia ser ameaçador³¹² para a integridade político-institucional de cada Estado. Tal não contraria que, em nosso entender, a Carta possa e deva ser considerada como um "propulsor constituinte", na medida em que, pela primeira vez, foi assegurada a plena legitimidade democrática (através do método Convenção) para a elaboração de um "*Bill of Rights*" que transporte em si a afirmação dos direitos humanos fundamentais vigentes numa ordem jurídica concreta e distinta dos ordenamentos nacionais.

Como nota JACQUELINE de la ROCHÈRE, a proclamação da Carta, mesmo que desprovida de valor jurídico obrigatório, é um passo significativo na via da constitucionalização da União como conjunto político democrático. A este título, a Carta enquanto *documento político* tem a vocação para "irrigar" a vida e as instituições da União³¹³.

85. Conforme temos vindo a afirmar repetidamente, a Carta não veio revelar *ex novo* o "património de valores comuns" em que se funda a Europa. A Carta limita-se a dar uma roupagem aos direitos já existentes que, pela solenidade da forma, pela legitimidade democrática da elaboração, pela importância da codificação e sistematização e pelo simbolismo inerente a um catálogo que visa exprimir os princípios e direitos que são fundamentais numa comunidade política, podem constituir a alavanca da (nova?) *ordem constitucional europeia*, tal como ela tem vindo a ser elaborada pelos Juízes do Luxemburgo, e desde Maastricht aprofundada pelos Estados membros. Repare-se, *v.g.* no preâmbulo da Carta e compare-se com os Tratados UE e CE: é indiscutível que algo de revolucionário se passou na "linguagem dos direitos" no seio da União: os Tratados são celebrados pelos Chefes de Estado e de Governo, pelos representantes institucionais na comunidade internacional de cada Estado. Agora repare-se na Carta. A sua formulação é inequívoca: "Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns". Não pode haver lugar para dúvidas: o compromisso é agora solenemente atestado e inquebrável, pela primeira vez a União fala em

breve sobre a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, 2000. Refira-se, em abono do rigor e da liberdade académica (art. 13.º CDFUE), que este parecer foi elaborado pelo Professor JORGE MIRANDA, em nome da FDUL, o que significa que traduz a posição institucional da Faculdade sobre a Carta. No entanto, isto não significa que as considerações tecidas no Parecer sejam compartilhadas por todos os Professores da Escola de Lisboa. Assim, o Professor FAUSTO DE QUADROS, em sede de seminário de mestrado 2001-2002, afirmou ser um forte defensor da Carta e acreditar nas suas reais mais-valias. Já a Professora MARIA LUÍSA DUARTE, na sua intervenção oral feita na Assembleia da República, dá a entender, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., pp. 151 ss., que opõe sérias reservas ao valor acrescentado que a Carta poderá trazer. Ou seja: temos uma *vexata quaestio* no seio da doutrina juscomunitarista, o que mais uma vez prova que, quer se goste da Carta ou não, ela não deixa ninguém (pelos menos, em ambientes académicos) indiferente.

³¹² Referindo-se a estes "medos" que alguns teriam face ao que a Carta poderia despoletar, CHRISTOPHER McCRUDDEN, *op. cit.*, p. 11, fala em "*creeping constitutionalization of Europe*".

³¹³ *Op. cit.*, p. 3. Como também refere a Professora J. de la ROCHÈRE, pode dizer-se que as declarações de direitos exercem uma função de justificação do poder político, uma vez que exprimem a sua *raison d'être*.

nome dos seus povos, pretende "dar o poder" aos cidadãos e liga-os a um destino partilhado, assente em valores comuns.

No entanto, não se poderá extrapolar daqui para a afirmação de que estamos já perante uma Constituição Europeia. Repare-se que os direitos consagrados pela Carta e a timidez de que esta se revestiu (artigos 51.º e 53.º) revelam uma atitude de compromisso. A Carta não pretende substituir as Constituições nacionais, mas apenas trazer ao de cima os direitos que eram já protegidos pela jurisprudência, mas ignorados pelos cidadãos.

Pensamos que a Carta deverá ser inserida num Tratado de base amplamente reformulado, senão mesmo celebrado *ex novo* e sujeito a referendo. Ao pretender avançar-se para um aprofundamento da União Política, não se pode fazê-lo sem a chancela da legitimidade democrática que só os povos da Europa podem conceder. A Carta, enquanto instrumento jurídico que fixa os critérios de legitimação da actuação dos poderes públicos europeus é, sem dúvida, uma peça-chave no processo de constitucionalização em curso no seio da União, mas não constitui o ponto de chegada, deve ser aproveitada para se proceder a uma reflexão séria sobre o projecto político europeu, mas é abusivo dizer-se que ela, só por si, é suficiente para resolver a questão da caracterização jurídica apropriada para a União.

86. De um modo geral, as fórmulas federais³¹⁴ que têm vindo a ser propostas parecem-nos conseguir manter um equilíbrio correcto entre aprofundamento e autonomia.

Vivem-se momentos de transformação, em que os actores principais não podem continuar a ser apenas os representantes dos Estados membros, pede-se um reforço da legitimidade popular, exige-se um aumento dos poderes do PE, pede-se a substituição das tradicionais CIG's por métodos mais abertos e transparentes, pede-se uma clarificação da repartição de competências³¹⁵, mantenham-se a Comissão e o TJCE como se encontram. A nosso ver, são as duas magnas Instituições que têm realmente aprofundado o processo de integração, imprimido-lhe um rumo positivo.

³¹⁴ Referimo-nos, concretamente, à proposta federalista de DUSAN SIDJANSKI, que é aquela que melhor conhecemos, através da monografia já citada.

³¹⁵ Acreditamos que a europeização ou comunitarização de todas as áreas de intervenção tem de se conter perante o princípio da subsidiariedade. Veja-se a posição de FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio...*, cit., ao fazer apelo à fórmula *Europa das identidades nacionais* em detrimento da *Europa da unicidade* (p. 77), alertando, no entanto, que "...a subsidiariedade coloca tremendos desafios à capacidade dos Estados, enquanto faz depender a amplitude da sua intervenção da sua suficiência para prosseguir os fins do Tratado. Os Estados membros ficam a saber que, se não revelarem capacidade para satisfazerem aqueles fins [...], estarão tacitamente a consentir no aumento da intervenção da Comunidade. Ou seja, o princípio da subsidiariedade, que [...], na sua génese e na sua natureza é um princípio descentralizador, pode vir, num efeito contrário, a reforçar o poder político da Comunidade em consequência da inépcia e da incapacidade dos Estados membros (pp. 73 e 74)".

Reconheça-se ao TJCE o seu papel de protector dos direitos fundamentais³¹⁶. Este órgão conseguiu, sem a Comunidade ter competências para tal, criar uma rede eficaz de salvaguarda dos direitos, recorrendo aos princípios gerais. No entanto, tão necessário como um catálogo, é a salvaguarda da protecção jurisdiccional efectiva e nesse sentido impõe-se um alargamento das condições de acesso dos particulares ao TJCE, assim como um reforço do diálogo (que, apesar de tudo, tem funcionado bem) entre a jurisdição europeia (TEDH), a jurisdição comunitária (TJCE) e as jurisdições nacionais (tribunais constitucionais).

É premente, pensamos, tornar explícitos os princípios estruturantes em que se traduzem os "valores comuns" da Europa, ao mesmo tempo que se definem, detalhadamente, os critérios de repartição de competências (*balance of powers*) interinstitucionais e entre as Instituições e Estados membros (*Kompetenzkatalog*). Há, por outro lado, uma necessidade inequívoca de reforçar os poderes do PE, dando uma maior importância à legitimidade democrática em detrimento da legitimidade funcional. Finalmente, parece-nos ser importante criar uma Câmara ou Senado em que os Estados estejam representados em posição de igualdade: desta forma, assegurar-se-ia a legitimidade democrática das decisões tomadas, que passariam sempre pelo crivo de duas Instituições que congregariam as duas fontes de onde emana o "poder constituinte" da União: os cidadãos representados no PE, e os Estados representados num Senado. Claro que tal opção implicaria assumir o *destino federal* que, em nosso entender, está reservado para a União.

Nas palavras de DUSAN SIDJANSKI:

"Impõe-se um esforço de clarificação que exija uma melhor informação acompanhada de mais transparência. Um apoio mais forte e uma maior confiança da parte do público europeu só podem resultar das provas concretas da representatividade, da democracia e da eficácia das instituições europeias. Para isso, a União Europeia deve adoptar uma Carta Fundamental ou uma Constituição que defina os seus objectivos e os seus princípios fundamentais, que estabeleça a partilha dos poderes e das responsabilidades, nomeadamente entre as autoridades nacionais e as instituições europeias, assim como a repartição das competências entre estas últimas. Esta Carta deverá também determinar o alcance das normas e das decisões comuns. O essencial - e só o essencial - seria incluído neste documento fundamental, sucinto e claro"³¹⁷.

87. De tudo o que temos vindo a dizer no presente texto, parece claro que podemos considerar duas vias de abordagem ao problema da constitucionalização da UE:

³¹⁶ Esta é a nossa posição de princípio: a jurisdição do TJCE deve ser assumida como uma jurisdição plena, em todas as áreas de intervenção da União, incluindo obviamente os direitos humanos (artigos 6.º e 7.º TUE). A criação dos *tribunais regionais comunitários* (posição defendida pelo Professor GOMES CANOTILHO, na sua intervenção oral na Assembleia da República, *A Carta...*, cit., p. 59) seria, a nosso ver, uma medida positiva, mas teria que ser bem estudada de forma a avaliar os impactos ao nível da sobreposição de jurisdições e conflitos de competência entre tribunais nacionais e tribunais comunitários.

³¹⁷ *Op. cit.*, p. 95.

A primeira consiste em realçar o papel do TJCE, a partir da constatação de que este órgão tem sido responsável, com base nas doutrinas do primado e do efeito directo, pelo crescente apagamento do poder real de actuação dos Estados membros e por um progressivo esvaziamento das soberanias. Mas, paradoxalmente, quanto mais o TJCE insiste na construção de um ordenamento superior e autónomo, mais os Estados (Conselho Europeu) reforçam a componente intergovernamental, densificam as cooperações reforçadas, fazem uso das cláusulas *opting-out* e criam mecanismos paralelos de controlo e accionamento político, e neste sentido, a União cada vez está mais desunida.

A segunda forma de encarar esta questão consiste em dar-lhe uma dimensão mais político-formal e desenhar um quadro, surgido a partir de Maastricht, de fórmulas federalistas que consigam conciliar duas grandes tendências, aparentemente antagónicas: reforço e aprofundamento da entidade política "União", mas sem que isso signifique perda ou fragilidade das identidades nacionais e da (pouca) soberania que ainda resta aos Estados ("unidade na diversidade").

De uma forma ou de outra, a Carta não tem que significar Constituição Europeia nem federalismo³¹⁸. Num plano estritamente teórico-conceptual, são realmente os Estados que controlam os destinos da União³¹⁹ e, em última instância, podem até dissolvê-la, procedendo a uma ab-rogação dos Tratados ou modificando-o nesse sentido. Neste plano de análise, os Estados membros são ainda os *masters of the treaties* e é aos Estados apenas que cabe decidir o rumo a tomar, mas não nos esqueçamos de que os Estados existem para servir os cidadãos, é na prossecução do bem comum que encontram a sua legitimação.

A Carta não tem de ser o passo que leva ao cap. I da Constituição Europeia. Nem sequer se deve avançar para uma Constituição Europeia, no sentido em que é tradicionalmente entendida. Parece--nos que ainda não existe um *demos* europeu suficientemente sólido para suportar um processo de legitimação constituinte, à semelhança do que acontece nos Estados.

Se se decidisse avançar para uma Constituição Europeia³²⁰ ou para uma Carta Constitucional, então parece claro que este instrumento constitucional teria de ser expurgado de todas as normas que não consubstanciassem princípios orientadores, catálogo de direitos, definição de competências e quadro institucional. Tudo o mais deveria ficar noutra instrumento³²¹ mais pragmático, mais funcional, que

³¹⁸ Diz BARROS MOURA, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, p. 21, que "A Carta, se vier a ter carácter vinculativo, será graças a um Tratado Internacional ratificado por todos os Estados membros. Ela não altera, portanto, a natureza político-jurídica da União". Parece-nos que ninguém poderá contestar estas afirmações, que, num plano formal são fundamentalmente correctas.

³¹⁹ Veja-se a expressiva metáfora utilizada por M. LUÍSA DUARTE, Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta...*, cit., p. 154: "os Estados são os criadores, a União Europeia é a criatura". Pensamos, no entanto, que é concebível que, à semelhança do que ocorreu com *Frankenstein*, também aqui o criador possa vir a perder o controlo sobre a "criatura" União Europeia que agora corre "desalmadamente" em busca da sua própria identidade e do seu próprio destino, não mais dependente (?) dos "criadores" Estados, criando o risco de, no decurso desse processo, esmagar a identidade dos próprios criadores.

³²⁰ O que parece improvável. Recorde-se a extrema preocupação que houve em garantir e assegurar aos tribunais constitucionais nacionais que, de forma alguma, a Carta viria substituir, ou sequer enfraquecer as respectivas Constituições dos Estados membros (artigo 53.º).

³²¹ O que não significa que tivesse de haver dois Tratados. Poder-se-ia, eventualmente, assinar protocolos anexos a um Tratado-base, cada um dos quais contendo disposições sobre uma determinada área de intervenção.

regulamentasse as políticas, pormenorizasse os meios, também com mais clareza, simplificação e coerência do que se verifica no presente TCE. Em nossa opinião, poder-se-ia optar por fórmulas que, sem significarem uma autêntica Constituição, traduziriam, no entanto, a preferência por uma via federalizante. Tal seria plenamente atingível com a reformulação dos Tratados-base reduzindo-os a um único Tratado, com clara definição de competências (norteada pelo princípio da subsidiariedade), de objectivos e de políticas.

Naturalmente, a Carta seria o denominador comum apto a traduzir uma visão europeia de um *constitucionalismo descaracterizado face aos paradigmas estatais*, exprimindo os valores e ideais que suportem a validação do ente político União Europeia.

Se tivéssemos que resumir numa fórmula sintética a nossa visão do futuro desejado para a Europa, ela seria:

Federalismo sem (verdadeira) Constituição e Tratado Fundamental com Carta dos Direitos.

CONCLUSÕES

I

- I. O conceito de direitos fundamentais, tal como nos surge actualmente, transporta consigo o dinamismo e a abertura correspondentes ao aprofundamento de uma *consciência ético-jurídica universal*, que tende a ampliar os direitos dos indivíduos face às esferas do poder instituído.
- II. Os direitos fundamentais são atravessados por dois vectores fundamentantes e que legitimam o seu aprofundamento e ampliação: a ideia originária de direitos do Homem que transcendem o direito positivo, limitando as prerrogativas ligadas à soberania. Por outro lado, a dimensão social, envolta na convicção de que a solidariedade é um factor de inclusão e que cabe ao Estado criar redes sociais de apoio e incentivo.
- III. Os movimentos de constitucionalização-positivação e o surgimento do Estado moderno, no seio das ideologias liberais, constituem o momento de ultrapassagem dos direitos *do Homem*, rumo a uma visão gizada nos direitos *dos homens*, indivíduos concretos numa comunidade espácio-temporalmente delimitada e titulares de uma "bolha de protecção" face ao poder emanado das fontes de autoridade pública.
- IV. A Carta reforça a ideia de que a União política é virada para o indivíduo-cidadão, mas vai mais longe, ao enunciar direitos de cariz universal, que se corporizam numa dimensão concreta, mercê de um património comum de valores e princípios humanistas no seio da "grande Europa".
- V. A Carta é um presente da União para os seus cidadãos, e mostra que estes são valorizados e defendidos dentro de um espaço integrado que já não se reconduz (apenas) às liberdades económicas.
- VI. Os direitos contidos na Carta são direitos de todos os indivíduos, e são direitos dos indivíduos enquanto cidadãos da União. Num caso ou noutro, são direitos que emergem (inspiram-se) das tradições constitucionais comuns aos Estados membros e da CEDH até atingirem o patamar de autonomia que lhes permita erguerem-se como "direitos da União Europeia".

II

- VII. O Tratado de Roma, na sua versão originária, não continha disposições que fizessem referência aos direitos fundamentais. No entanto, detectam-se já alguns laivos de fundamentalidade, a partir das liberdades económicas: a tónica dominante é a clara dependência funcional dos direitos face aos objectivos exclusivamente económicos prosseguidos pela CEE.
- VIII. O TJCE, enquanto construtor de uma ordem jurídica autónoma e (que se pretendia) superior, sendo confrontado com o dilema de prosseguir a integração europeia (que assentava nas "quatro liberdades") ou confirmar a protecção dos direitos fundamentais garantidos pelas constituições nacionais, opta pela defesa da intangibilidade do direito comunitário, que pairava na "estratosfera" dos ordenamentos nacionais, acima de qualquer norma nacional. O direito comunitário e a validade dos actos, em situação alguma podem ser aferidos através de "filtros" nacionais (leis ou medidas), mesmo que se trate de direitos fundamentais garantidos nas Constituições.
- IX. A doutrina *Solange I* representa o expoente máximo de uma tendência dos tribunais constitucionais no sentido de não cederem naquilo que constitui o núcleo fundamental de uma Constituição: a protecção dos direitos e liberdades dos indivíduos. No entanto, encerra uma visão dualista que se ajusta mal à autonomia e unidade do ordenamento jurídico comunitário.
- X. Pode afirmar-se que o Tribunal de Justiça recorreu à ideia de *princípios gerais do direito comunitário*, buscando inspiração para determinar o âmbito da protecção dos direitos fundamentais, quer nas tradições constitucionais comuns, quer nos direitos consagrados na CEDH, como forma de conciliar dois valores antagónicos. A defesa do primado ou superioridade do direito comunitário seria o valor primordial que urge assegurar. O outro valor, de cariz mais exógeno ou condicionante da liberdade do TJCE, teria que ver com a "exigência" feita pelos tribunais constitucionais, no sentido de não se permitirem restrições ou violações ao núcleo essencial dos direitos, em nome de ou devido a motivações pragmáticas de integracionismo económico, que se coadunavam mal com a invocação constante pelos particulares do grau de protecção que lhe era conferido pelas respectivas constituições nacionais.
- XI. O *Tratado de Maastricht*, abandonando a visão primordialmente económica típica das Comunidades, vem abrir espaço para o lançamento de uma União Europeia, de horizontes vastos, virada para o mundo, mas sem esquecer a sua dimensão interna. É a este nível que, como forma de atenuar o tão proclamado "défice de legitimidade democrática", surge a *cidadania da União*.
- XII. A cidadania da União define-se através do carácter simbólico e precário que assume: os direitos são limitados e, muitas vezes, dependem de certas condições económicas para poderem ser

exercitados. Para além disso, a cidadania da União não prevê deveres, o que de certa forma, se traduz num empobrecimento e menor densificação do seu conteúdo.

- XIII. O *Tratado de Amesterdão* representa um relativo avanço - carregado de boas intenções que ficam "a meio do caminho" - no compromisso da União para com a defesa dos direitos fundamentais: clarifica-se quais são os princípios em que a União, como espaço político, assenta; institui-se um inovador (mas de legitimidade discutível) mecanismo sancionatório para prevenir violações dos princípios fundamentais, mas não se reconhece o controlo jurisdicional nesta matéria; finalmente, reforça-se a "dimensão social" da União e institui-se uma (nova) estratégia comum de emprego.
- XIV. Os acontecimentos recentes em Áustria demonstraram que a União ainda tem grandes dificuldades em efectivar uma política de direitos humanos.
- XV. O *Tratado de Nice* constitui uma enorme desilusão a todos os níveis, não só porque não se aproveitou a ocasião para integrar a Carta nos Tratados, ou pelo menos, introduzir uma emenda que viesse fazer uma referência à Carta, como ainda porque o único dado concreto que saiu de Nice foi a necessidade de se iniciar o "processo pós-Nice", com vista à reflexão e alterações institucionais que visem o funcionamento regular das Instituições numa Europa alargada. Neste contexto, as grande decisões a serem tomadas ficam relegadas para o futuro.

III

- XVI. O método da Convenção provou ser um bom modelo a adoptar no futuro: funcionou de uma forma eficiente, como se comprova pela rapidez com que se chegou a um projecto de Carta e, principalmente, constituiu uma ruptura com os procedimentos decisórios tradicionais, ao fazer apelo ao contributo da sociedade civil e ao reunir no mesmo fórum as principais instâncias dotadas de legitimidade representativa, o que, sem dúvida, constitui um exemplo a seguir.
- XVII. A Carta é um documento formal e solene que contém o repositório dos principais direitos civis e políticos e direitos económicos e sociais que, de certa forma, reflectem os valores comuns que a Europa se compromete a defender e a promover.
- XVIII. A Carta poderá ser integrada num novo Tratado de base que venha a emergir da CIG 2004. No entanto, os direitos económicos e sociais que contém apresentam-se como direitos "fracturantes" e é difícil prever como é que poderiam ser compatibilizados com as actuais competências muito limitadas que a União tem neste domínio. Neste sentido, não seriam direitos, mas continuariam sendo metas a atingir, através de políticas sociais que não podem ser impostas a partir de Bruxelas.

- XIX. O TJCE pode invocar a Carta como elemento auxiliar, mas parece difícil conceber que, para já, a "teoria da confirmação" seja ratificada pelo Juiz Comunitário.
- XX. A Carta apresenta-se como um acordo interinstitucional que vincula as três Instituições que a proclamaram. Neste sentido, está destinada a desempenhar um papel preponderante em todas as políticas e áreas de intervenção da Comunidade.
- XXI. Pelo seu valor simbólico, a Carta pode ser o instrumento ideal para se dar início a um processo de constitucionalização, diverso dos moldes tradicionais e afastado do paradigma do Estado moderno.
- XXII. Parece que estamos ainda longe de atingir uma verdadeira consciência ético-jurídica europeia. No entanto, devem ser equacionadas fórmulas que permitam avançar para a federalização, sem que isso signifique perda da identidade política dos Estados. Assim se confirma que o caminho é ainda o da "unidade na diversidade".

JURISPRUDÊNCIA (COMUNITÁRIA - TJCE) CITADA

- Ac. de 4 de Fevereiro de 1959, caso *Stork*, proc. 1/58, Col. 1954-1961, pp. 293 ss.
- Ac. de 12 de Novembro de 1969, caso *Stauder*, proc. 29/69, Col. 1969, pp. 419 ss.
- Ac. de 17 de Dezembro de 1970, caso *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11/70, Col. 1970, pp. 1125 ss.
- Ac. de 14 de Maio de 1974, caso *Nold*, proc. 4/73, Col. 1974, pp. 491 ss.
- Ac. de 28 de Outubro de 1975, caso *Rutili*, proc. 36/75, Col. 1975, pp. 1219 ss.
- Ac. de 27 de Outubro de 1976, caso *Prais*, proc. 130/75, Col. 1976, pp. 1589 ss.
- Ac. de 13 de Dezembro de 1979, caso *Hauer*, proc. 44/79, Col. 1979, pp. 3727 ss.
- Ac. de 5 de Março de 1980, caso *Pecastaing*, proc. 98/79, Col. 1980, pp. 691 ss.
- Ac. de 11 de Julho de 1985, caso *Cinéthèque*, procs. apensos 60 e 61/84, Col. 1985, pp. 2605 ss.
- Ac. de 23 de Abril de 1986, caso *Les Verts*, proc. 294/83, Col. 1986, pp. 1339 ss.
- Ac. de 13 de Julho de 1989, caso *Wachauf*, proc. 5/88, Col. 1989, pp. 2609 ss.
- Ac. de 18 de Junho de 1991, caso *ERT*, proc. C-260/89, Col. 1991, pp. I-2925 ss.
- Ac. de 4 de Outubro de 1991, caso *SPUC versus Stephen Grogan*, proc. C-159/90, Col. 1991, pp. I-4685 ss.
- Ac. de 17 de Fevereiro de 1998, caso *Grant*, proc. C-249/96, Col. 1998, pp. I-621 ss.
- Ac. de 26 de Junho de 2001, caso *BETCU*, proc. C-173/99, Col. 2001, pp. I-4881 ss.
- Ac. de 9 de Outubro de 2001, caso *Países Baixos versus Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*, proc. C-377/98, Col. 2001, pp. I-7079 ss.
- Ac. de 27 de Novembro de 2001, caso *Z contra Parlamento Europeu*, proc. C-270/99, Col. 2001, pp. 9197 ss.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

I. Obras de carácter geral, monografias, teses, artigos, pareceres e working papers

- ◆ ALSTON, Philip (ed.)
 - *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- ◆ ALSTON, Philip/J. H. H. Weiler
 - *An «Ever Closer Union» in need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights*, Harvard Jean Monnet Working Paper 1/99, consultado em 2001.12.09, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990101.html.
- ◆ ALLOTT, Philip
 - "The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe", 34 *CMLR*, 1997, pp. 439-490.
- ◆ ANDRADE, José Carlos Vieira de
 - "Direitos Fundamentais", in *Polis*, Verbo, 1984, pp. 602- 610.
 - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2001.
- ◆ ANTUNES, Luís M. Pais
 - *Direito da concorrência - Os poderes de investigação da Comissão e a protecção dos direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 65-100.
- ◆ BARAV, Ami / Christian Philip
 - "Droits Fondamentaux", in *Dictionnaire Juridique des Communautés Européenes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, pp. 412 a 418.
- ◆ BASTOS, F. Loureiro / Fausto de Quadros
 - "União Europeia" in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, Lisboa, 1996, pp. 543-569.
- ◆ BENEYTO, José María
 - *What is the European Constitution? The Declaration on the Future of the Union and Setting Up a Common Constitutional Order*, Public Debate on the Future of Europe, Comissão Europeia, Secretariado-Geral, 2001, pp. 7-10.
- ◆ BOGDANDY, Armin Von

- "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", 37 *CMLR*, 2000, pp. 1307-1338.
- ◆ BRANDÃO, Ana Paula / L. F. Lobo-Fernandes
 - *O modelo político da União Europeia - da ambiguidade construtiva à via neo-federal*, Braga, Universidade do Minho, Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais, 2001.
- ◆ BRIBOSIA, Emmanuelle
 - "La protection des droits fondamentaux", in Paul Magnette (ed.), *La Constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 107-128.
- ◆ BÚRCA, Gráinne de
 - *Human Rights: The Charter and Beyond*, Jean Monnet Working Paper 10/01, consultado em 2002.07.21, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013601.html.
 - "The drafting of the European Charter of fundamental rights", 26 *ELR*, 2001, pp. 126-138.
- ◆ BÚRCA, Gráinne de / Paul Craig (eds.)
 - *EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- ◆ CABRAL, Pedro
 - "O Direito Comunitário da igualdade: algumas reflexões a propósito da acórdão do Tribunal de Justiça no caso Grant", *DDC*, 81-82, 2000, pp. 153-176.
- ◆ CAMPOS, João Mota de
 - *Direito Comunitário - o Direito Institucional, vol. I*, 8.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 21-126.
- ◆ CANOR, Iris
 - "Primus inter pares: Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?", 25 *ELR*, 2000, pp. 3-21.
- ◆ CANOTILHO, J. J. Gomes
 - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 369 ss.; 795 ss.
- ◆ CHITI, Mario P.
 - "La Carta Europea dei Diritti Fondamentali: Una Carta di carattere funzionale?", *RTDP*, 1, 2002, pp. 1-26.
- ◆ COPPEL, Jason / Aidan O'Neill
 - "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?" 29 *CMLR*, 1992, pp. 669-692.
- ◆ CRAIG, Paul / Gráinne de Búrca (eds.)
 - *EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- ◆ CUNHA, Paulo de Pitta e
 - *Integração Europeia - Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1993.

- ◆ CURTIN, Deirdre / R. van Ooik
 - "The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights", *MJ*, 8, 2001, pp. 102-114.
- ◆ DAUSES, Manfred. A.
 - "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés Européennes. Position du problème, état actuel et tendances", *DDC*, 41-42, 1990, pp. 9-35.
- ◆ DELOCHE-GAUDEZ, Florence
 - *The Convention on a Charter of Fundamental Rights: A Method for the Future?*, NOTRE EUROPE Research and Policy Paper n.º 15, consultado em 2002.08.14, in www.notre-europe.asso.fr/fichiers/Etud15-en.pdf.
- ◆ DIEZ-PICAZO, L. M.
 - "Reflexiones sobre la idea de Constitucion Europea", *RIE*, 20, 1993, pp. 533-566.
- ◆ DIX, Wolfgang
 - "Charte des Droits Fondamentaux et convention - de nouvelles voies pour réformer l' UE?", *RMCUE*, 448, 2001, pp. 305-310.
- ◆ DUARTE, Maria Luísa
 - *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 241-272.
 - *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito Comunitário*, Lisboa, Lex, 1994, pp. 25-51.
 - "A União Europeia e os Direitos Fundamentais. Métodos de Protecção", in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 11-35.
- ◆ ELLIS, Evelyn
 - "The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality", *37 CMLR*, 2000, pp. 1403-1426.
- ◆ ENTERRIA, E. García de
 - "Les droits fondamentaux et la révision du Traité sur l'Union Européenne", *CDE*, 5-6, 1996, pp. 607-612.
- ◆ FARIA, Miguel José
 - *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem, vol. I*, 3.^a ed. revista e ampliada, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, pp. 3-92.
- ◆ FREIRE, Paula Vaz
 - *Os novos passos da integração europeia - O Tratado de Amesterdão e o Tratado de Nice*, Lisboa, Vislis Editores, 2002, pp. 104-108.
- ◆ GÁLVEZ, Alejandro Valle / Gil Iglesias

- "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales", *RDCE*, 2, 1997, pp. 329-376.
- ◆ GARCÍA, Ricardo Alonso
 - *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Jean Monnet Working Paper 4/02, consultado em 2002.07.21, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020401.pdf.
- ◆ GIJZEN, Marianne
 - "The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?", *MJ*, 8, 2001, pp. 33-48.
- ◆ GOLDSMITH, Q. C.
 - "A Charter of Rights, Freedoms and Principles", 38 *CMLR*, 2001, pp. 1201-1216.
- ◆ GOMES, Carla Amado
 - *A natureza constitucional do Tratado da União Europeia*, Lisboa, Lex, 1997.
- ◆ GONÇALVES, Maria Eduarda
 - "Europeização e direitos dos cidadãos", in B. Sousa Santos (org.), *Globalização: Fatalidade ou Utopia?*, Porto, Ed. Afrontamento, 2001, pp. 339-366.
- ◆ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel
 - *Direito Comunitário - Sumários desenvolvidos*, Coimbra, Almedina, 2001.
 - *Novas reflexões sobre o sistema institucional comunitário antes e depois de Nice*, Parecer da FDUC, 2001, consultado em 2001.12.10, in www.parlamento.pt/vii/com/ae/futuroUE/.
- ◆ HABERMAS, Jürgen
 - *So, Why Does Europe Need a Constitution?*, EUI RSCAS, 2001, s/l, s/ed.
- ◆ HALTERN, Ulrich
 - *Europe Goes Camper - The EU Charter of Fundamental Rights From a Consumerist Perspective*, Constitutionalism Web-Papers 3/2001, consultado em 2002.01.04, in www.les.1man.ac.uk/conweb/papers/conweb3-2001.pdf.
- ◆ HARTLEY, T. C.
 - *The Foundations of European Community Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 139-149.
- ◆ IGLESIAS, Gil / Alejandro V. Gálvez
 - "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales", *RDCE*, 2, 1997, pp. 329-376.
- ◆ JACOBS, Francis G.
 - "Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice", 26 *ELR*, 2001, pp. 331-341.
- ◆ LENAERTS, Koen

- "Fundamental Rights in the European Union", 25 *ELR*, 2000, pp. 575-600.
- ◆ LENAERTS, Koen / Eddy de Smijter
 - "A Bill of Rights for the European Union", 38 *CMLR*, 2001, pp. 273-300.
 - "The Charter and the Role of the European Courts", *MJ*, 8, 2001, pp. 90-101.
- ◆ LIISBERG, Jonas Bering
 - *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, Harvard Jean Monnet Working Paper 04/01, consultado em 2001.12.19, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010401.html.
- ◆ LOBO-FERNANDES, L. F. / Ana Paula Brandão
 - *O modelo político da União Europeia - da ambiguidade construtiva à via neo-federal*, Braga, Universidade do Minho, Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais, 2001.
- ◆ LOCKHART, Nicolas J. S. / Joseph Weiler
 - "«Taking Rights Seriously» Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence - Part I", 32 *CMLR*, 1995, pp. 51-94.
- ◆ LOCKHART, Nicolas J. S. / Joseph Weiler
 - "«Taking Rights Seriously» Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence - Part II", 32 *CMLR*, 1995, pp. 579-627.
- ◆ LOURENÇO, Eduardo
 - *A Europa desencantada - Para uma mitologia europeia*, Lisboa, Gradiva, 2001.
- ◆ MADURO, Miguel Poiães
 - *We, the Court - The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
 - *A crise existencial da Constituição Europeia*, FDUNL Working Paper 2/99, consultado em 2001.12.04, in www.fd.unl.pt/pt/wps/wp002-99.pdf.
 - *Europe and the Constitution: What if this is As Good as It Gets?*, Constitutionalism Web Papers n.º 5/2000, consultado em 2002.08.21, in www.les1man.ac.uk/conweb/papers/conweb5-2000.pdf.
 - *O Tratado de Nice e o futuro da Europa*, Parecer da FDUNL, 2001 (pp. 64-71), consultado em 2001.12.10, in www.parlamento.pt/vii/comiss/ae/futuroUE.
- ◆ MANCINI, G. F.
 - "The new frontiers of sex equality in the European Union", 24 *ELR*, 1999, pp. 331-353.
- ◆ MARTINS, Ana Maria Guerra
 - *O artigo 235.º do Tratado da Comunidade Europeia*, Lisboa, Lex, 1995.
- ◆ MARTINS, Ana Maria Guerra / Fausto de Quadros
 - *Contencioso comunitário*, Coimbra, Almedina, 2002.
- ◆ McCRUDDEN, Christopher

- *The Future of the EU Charter of Fundamental Rights*, Jean Monnet Working Paper 10/01, consultado em 2002.08.12, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013001.html.
- ◆ MEDEIROS, Rui
 - "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado português", in AAVV, *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 - Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Lisboa, AAFDL, 2001.
- ◆ MENÉNDEZ, Augustín José
 - *Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, ARENA Working Paper 01/13, consultado em 2002.07.23, in www.arena.uio.no/publications/wp01_13.htm.
 - *Exporting Rights: The Charter of Fundamental Rights, membership and foreign policy of the European Union*, ARENA Working Paper 02/18, consultado em 2002.08.18, in www.arena.uio.no/publications/wp02_18.htm.
 - *Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, ARENA Working Paper 02/7, consultado em 2002.08.18, in www.arena.uio.no/publications/wp02_7.htm.
- ◆ MIRANDA, Jorge
 - *Manual de Direito Constitucional, tomo IV, 2.^a ed.*, revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
 - *Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Parecer Breve*, s/ loc., s/ ed., 2001.
- ◆ MONTEIRO, A. Reis
 - *Educação da Europa*, Lisboa, s/ ed., 1997, pp. 51-79.
- ◆ MORE, Gillian
 - "The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?", in P. Craig / G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 517-550.
- ◆ NEUWAHL, Nanette A., (et al.- orgs.)
 - *The European Union and Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1995.
- ◆ O' LEARY, Síofra
 - *The evolving concept of Community Citizenship - From the free movement of persons to Union Citizenship*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.
- ◆ O' NEILL, Aidan / Jason Coppel
 - "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?" 29 *CMLR*, 1992, pp. 669-692.
- ◆ OOIK, Ronald van / Deirdre Curtin
 - "The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights", *MJ*, 8, 2001, pp. 102-114.
- ◆ PARISOT, Françoise (coord.)
 - *Cidadanias nacionais e cidadania europeia*, Lisboa, Didáctica Editora, 2001.

- ◆ PEREIRA, André Gonçalves / Fausto de Quadros
 - *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 1997.

- ◆ PEREIRA, Margarida Silva
 - "A protecção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos pela ordem jurídica das Comunidades Europeias", *RJ*, 2, 1983, pp. 105-135.

- ◆ PHILIP, Christian / Ami Barav
 - "Droits Fondamentaux", in *Dictionnaire Juridique des Communautés Européenes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, pp. 412- 418.

- ◆ PIRES, Francisco Lucas
 - *Os novos direitos dos portugueses - explicação e súpula dos nossos direitos de cidadania europeia*, Lisboa, Difusão Central, 1994.
 - *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, Coimbra, Almedina, 1997.
 - "Associação de Estados ou federação sem Estado?", in João Carlos Espada (coord.), *O Desafio Europeu - Passado, Presente e Futuro*, Fundação de Serralves, Principia, 1998.

- ◆ PIRIS, Jean-Claude
 - "Does the European Union have a Constitution? Does it Need One?", 24 *ELR*, 1999, pp. 557-585.

- ◆ QUADROS, Fausto de
 - *Direito das Comunidades Europeias - sumários desenvolvidos*, Lisboa, AAFDL, 1983.
 - *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público - Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Lisboa, Almedina (reimp.), 1991.
 - *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 1995.

- ◆ QUADROS, Fausto de / F. Loureiro Bastos
 - "União Europeia", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, Lisboa, 1996, pp. 543-569.

- ◆ QUADROS, Fausto de / A. Gonçalves Pereira
 - *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 1997.

- ◆ QUADROS, Fausto de / Ana M. G. Martins
 - *Contencioso comunitário*, Coimbra, Almedina, 2002.

- ◆ RAMOS, Rui Manuel Moura
 - "Maastricht e os direitos do cidadão europeu", in AAVV, *A União Europeia*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra - Curso de Estudos Europeus, 1994, pp. 93-129.

- ◆ ROCHA, Manuel Lopes

- "Protecção dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica comunitária (alguns aspectos)", *Colec. Divulgação do Direito Comunitário*, Gabinete de Direito Europeu, Ministério da Justiça, 11, 1992, pp. 17-41.
- ◆ ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la
 - "La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?", *RMCUE*, 443, 2000, pp. 674-680.
 - *Droits de l'homme - La Charte des droits fondamentaux et au delà*, Jean Monnet Working Paper 10/01, consultado em 2002.08.16, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/01/3501.html.
 - ◆ SÁ, Luís
 - *A crise das fronteiras - Estado, Administração Pública e União Europeia*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997.
 - ◆ SALCEDO, Juan A. Carrillo
 - "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *RDCE*, 9, 2001, pp. 7-26.
 - ◆ SANCHO, Angel G. Chueca
 - *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1999.
 - ◆ SCHWELLNUS, Guido
 - «*Much ado about nothing?*» *Minority Protection and the EU Charter of Fundamental Rights*, Constitutionalism Web-Papers n.º 5/2001, consultado em 2002.08.21, in www.les.lman.ac.uk/conweb/papers/conweb5-2001.pdf.
 - ◆ SIDJANSKI, Dusan
 - *Para um Federalismo Europeu - Uma Perspectiva inédita sobre a União Europeia*, Cascais, Principia, 2001.
 - ◆ SILVA, Miguel Moura e
 - *O princípio do equilíbrio institucional na Comunidade Europeia - conflito e cooperação interinstitucionais*, Lisboa, AAFDL, 1998.
 - *Direito Comunitário I - Jurisprudência, Questões e Notas*, Lisboa, AAFDL, 2000, pp. 391-404.
 - ◆ SILVESTRO, Massimo
 - "De la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne à la Charte Constitutionnelle", *RMCUE*, 453, 2001, pp. 660-663.
 - ◆ SMIJTER, Eddy de / Koen Lenaerts
 - "A *Bill of Rights* for the European Union", 38 *CMLR*, 2001, pp. 273-300.
 - "The Charter and the Role of the European Courts", *MJ*, 8, 2001, pp. 90-101.
 - ◆ SOARES, António Goucha
 - *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - A protecção dos Direitos Fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 7-73.

- ◆ SOUSA, Marcelo Rebelo de
 - "A cidadania europeia - nível de concretização dos direitos, possibilidade de alargamento e suas implicações", in AAVV, *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 119-129.

- ◆ SOLA, Natividad Fernández
 - "À quelle nécessité juridique répond la négociation d'une Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne?", *RMCUE*, 442, 2000, pp. 595-600.

- ◆ SUDRE, Frédéric (org.)
 - *Droit International et Européen des Droits de l'Homme-Droit International et Communautaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 7-34.

- ◆ TAVARES, José
 - "Federalismo e União Europeia. Caracterização do federalismo", in *Estudos Jurídico-Políticos*, Lisboa, UAL, 1996, pp. 11-86.

- ◆ TEIXEIRA, Sónia
 - *A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, AAFDL, 1998.

- ◆ TRIANTAFYLLOU, Dimitris
 - "The European Charter of Fundamental Rights and the «Rule of Law»: Restricting Fundamental Rights by Reference", 39 *CMLR*, 2002, pp. 53-64.

- ◆ VASAK, Karel (redactor-geral)
 - *As dimensões internacionais dos Direitos do Homem - Parte II - Instituições internacionais de protecção e de promoção dos direitos do homem*, Unesco-Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, s/l., s/d.

- ◆ VASCONCELOS, Ana Cristina
 - *A Bela e o Monstro: Paradoxos do Constitucionalismo Europeu*, FDUNL Working Paper 4/01, consultado em 2001.12.04, in www.fd.unl.pt/pt/wps/wp004-01doc.

- ◆ VILAÇA, José Luís da Cruz
 - "A protecção dos cidadãos no espaço comunitário", in Álvaro de Vasconcelos (coord.), *Valores da Europa - identidade e legitimidade*, Cascais, Principa, 1999, pp. 51-80.

- ◆ VITORINO, António
 - "A Carta dos Direitos Fundamentais, fundamento do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça", intervenção oral realizada no Centro Jacques Delors, em Lisboa, em 9 de Junho de 2000.
 - "La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne", *RDUE*, 1, 2001, pp. 27-64.

- ◆ WATHELET, Melchior
 - "La Charte des Droits Fondamentaux: Un bon pas dans une course qui reste longue", *CDE*, 5-6, 2000, pp. 585-593.

- ◆ WEILER, Joseph H. H.
 - *The Jurisprudence of Human Rights in the European Union: Integration and Disintegration, Values and Processes*, Harvard Jean Monnet Working Paper 2/96, consultado em 2001.12.09, in www.jeanmonnet.org/papers/96/9602.html.
 - *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Harvard Jean Monnet Working Paper 1/00, consultado em 2001.12.09, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/001001.html.
- ◆ WEILER, Joseph H. H. / Nicolas Lockhart
 - "«Taking Rights Seriously» Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence - Part I", 32 *CMLR*, 1995, pp. 51-94.
- ◆ WEILER, Joseph H. H. / Nicolas Lockhart
 - "«Taking Rights Seriously» Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence - Part II", 32 *CMLR*, 1995, pp. 579-627.
- ◆ WEILER, Joseph H. H. / Philip Alston
 - *An «Ever Closer Union» in need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights*, Harvard Jean Monnet Working Paper 1/99, consultado em 2001.12.09, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990101.html.
- ◆ WITTE, Bruno de
 - "The Legal Status of the Charter: Vital question or Non-Issue?", *MJ*, 8, 2001, pp. 81-89.
- ◆ WOUTERS, Jan
 - "Institutional and Constitutional Challenges for the European Union", 26 *ELR*, 2001, pp. 342-356.
 - "Editorial: The EU Charter of Fundamental Rights - Some Reflections on its External Dimension", *MJ*, 8, 2001, pp. 3-10.
- ◆ ZAMPINI, Florence
 - "La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire", *RTDE*, 35, 1999, pp. 659-707.

Obras Colectivas:

- ◆ AAVV - *O Tratado de Nice e o Futuro da Europa*, Lisboa, ISCTE, 2001, pp. 24-28.
- ◆ AAVV - *O Tratado de Nice e o Futuro da União Europeia*, Porto, Universidade Fernando Pessoa, 2001, pp. 37-64.
- ◆ AAVV - *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, FDUC, 2001.

II. Textos e Documentos

- ❖ COMCom (2000) - *Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Bruxelas, 13.9.2000.
- ❖ COMCom (2000) - *Sobre a natureza legal da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Bruxelas, 11.10.2000.
- ❖ Comissão de Assuntos Europeus, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - A participação da Assembleia da República*, Assembleia da República, 2001.
- ❖ Fichas técnicas PE - *Evolução geral do respeito dos direitos fundamentais na União*, 2000.
- ❖ Relatório do grupo de peritos em direitos fundamentais (Spiros SIMITIS) - *Afirmar os Direitos Fundamentais na União Europeia: Tempo de Agir*, Bruxelas, Comissão Europeia, 1999.
- ❖ Report by Martti AHTISAARI; Jochen FROWEIN; Marcelino OREJA - adoptado em Paris, 8 September 2000.