

A carta dos direitos fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais

Rui Manoel Moura Ramos

1. A recente proclamação, pelo Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia, por ocasião do Conselho Europeu de Nice¹, de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia², à qual foi por enquanto negada a inserção na lei fundamental da Comunidade e da União³, oferece naturalmente o ensejo de repensar a problemática da protecção dos direitos fundamentais no interior do sistema jurídico criado por estas organizações.

Procuraremos, no presente estudo, de forma necessariamente sumária, abordar alguns dos aspectos que esta questão suscita. Para tanto, e após recordar brevemente as razões que, no plano interno como no internacional, impuseram que a este tema fosse reconhecido, na segunda metade do último século,

1 A 7 de Dezembro de 2000.

2 Para o respectivo texto, cfr. o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 364, de 18 de Dezembro de 2000, pp. 1-22.

3 A revisão destes textos a que procede o Tratado de Nice não afecta, na verdade, as disposições que se referem à protecção dos direitos fundamentais, designadamente o actual artigo 6.º do Tratado da União Europeia. Apenas se modificam os termos pelos quais o Conselho pode agir nos casos de risco claro de violação grave destes direitos por um Estado-Membro.

Veja-se, a este propósito, o novo texto do artigo 7.º deste Tratado.

direitos de cidade, referiremos a evolução que a problemática em apreço sofreu no sistema comunitário e a especificidade de que ela se reveste no seu seio, para concluir com uma breve avaliação da Carta e do lugar por ela ocupado no aprofundamento do ordenamento em que se passa a inserir.

2. Constitui praticamente um truísmo recordar que a consciência da necessidade de inventariar os direitos humanos fundamentais e para eles instituir mecanismos de protecção se afirma sobretudo após o final do segundo conflito mundial que marcou o século que há pouco finda. A circunstância de durante e após o termo das hostilidades se ter tornado claro o grau de violação desses direitos em alguns dos países beligerantes viria assim a estar na origem do desenvolvimento que os textos constitucionais do pós-guerra europeu, *maxime* em Itália e na Alemanha, deram a esta questão, que atingiria um nível até então desconhecido e que se não pode dissociar da experiência acabada de viver.

Mas a história do direito constitucional comparado revelamos também que se não tratou de uma moda ou de algo de passageiro, podendo ao contrário dizer-se que esta tendência para a consagração da protecção constitucional dos direitos humanos se afirmou como um dado estrutural da evolução jurídica recente. Tenha-se presente, a este propósito, o que se passou com os textos constitucionais que, no dobrar do terceiro quartel do último século, marcariam a transição dos países ibéricos para sistemas de democracia representativa e pluralista⁴, assim como a de vários Estados latino-

4 No que respeita a Portugal, e com referência à Constituição de 1976, vejam-se sobretudo, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição*

americanos⁵, na década seguinte, e, um pouco mais tarde, a da generalidade dos Estados leste-europeus.

Antecedendo este desenvolvimento, contudo, ou contemporâneo dele, um outro se faria no entanto sentir, buscando fundar na ordem internacional a protecção dos direitos humanos. Trata-se de um mecanismo complementar do anterior que, começando por partir da possível insuficiência deste, uma vez que a protecção que ele garante ficaria sempre dependente da consagração constitucional que aqueles direitos poderiam lograr em cada ordem jurídica estadual, sublinha em particular o universalismo que caracteriza esta problemática⁶. Na verdade, é a circunstância de o fundamento dessa protecção radicar afinal em valores que se têm por universais e perenes, essenciais à convivência

Portuguesa de 1976, Coimbra, 1983, Livraria Almedina, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.^a edição, Coimbra, 1999, Livraria Almedina, pp. 349-496, e Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV ? *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 1998, Coimbra Editora.

5 Em particular sobre a experiência brasileira, vide Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4.^a edição, São Paulo, 2000, Max Limonad, pp. 47-63.

6 Para uma ilustração desta asserção, cfr. o conjunto de estudos inseridos em *Les Dimensions universelles des droits de l'homme* (sob a direcção de A. Lepeyre, F. De Tinguy e K. Vasak), v. I, Bruxelas, 1990, Bruylant. Sublinhando igualmente que os direitos do homem se não confundem com as garantias constitucionais ou com os direitos da cidadania democrática e que constituem uma classe particular de direitos cuja aplicação é universal e cuja generalidade é incontroversa, cfr. ainda John Rawls (*Le droit des gens*, Paris, 1998, Editions Esprit, p. 93) que precisa que eles fazem parte de um direito razoável dos povos e especificam os limites que vinculam as instituições internas e que se impõem a todas as comunidades humanas, especificando «o limite exterior do direito interno das sociedades admissível para os membros respeitáveis de uma justa sociedade dos povos».

humana e social⁷, que justifica que a ordem internacional por ela se venha igualmente a responsabilizar e que os Estados que incorram na sua violação possam ser alvo da condenação de instâncias internacionais.

Dando corpo a esta ideia, a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁸, concluída em 4 de Novembro de 1950, em

7 Sobre este fundamento, cfr. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, 1988, Companhia das Letras, os trabalhos reunidos em *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Paris, 1985, Unesco-Serbal e em *Diritto Umani*, Oxford Amnesty Lectures (a cura di Stephen Shute e Susan Hurley), 1994, Garzanti e José Manuel Pureza, «Os direitos do homem na comunidade planetária: auto-referência ou harmonia espacial?» in *Estado e Direito*, n.º 4 (1989), pp. 17-31. E para as suas raízes, cfr. os textos coligidos em *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, Paris, 1993, Presses Pocket.

8 Cfr. para uma análise deste texto, dos protocolos adicionais que o modificariam e desenvolveriam, assim como da jurisprudência do Tribunal, *Convention européenne des droits de l'homme, Recueil de textes*, Strasbourg, 1994, Les éditions du Conseil de l'Europe, *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Strasbourg, 1993, Les éditions du Conseil de l'Europe, Francis G. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1975, Clarendon Press, Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, Economica, Jacques Velu?Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, Bruylant, Fausto de Quadros, «La Convention européenne des droits de l'homme: un cas de ius cogens régional», in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin, 1995, Springer Verlag, pp. 555-562, Frederic Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1990, Presses Universitaires de France, Dimitrios Evrigenis, «Le rôle de la Convention européenne des droits de l'homme», in *New Perspectives for a Common Law of Europe* (sous la direction de Marco Cappelletti), Bruxelles, 1978, Bruylant, pp. 341-357, e Donna Gomien, *Vademecum de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1991, Les éditions du Conseil de l'Europe, e, em língua portuguesa, Maria Luísa Duarte, «O Conselho da Europa e a protecção dos direitos do homem», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 39/40 (1989), pp. 191-242,

Roma, no seio do Conselho da Europa, viria a estabelecer um conjunto de direitos que os Estados que a ela se vinculassem deveriam reconhecer a todas as pessoas dependentes da sua jurisdição (artigos 2.º a 18.º), prevendo igualmente a criação de um tribunal permanente (o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) que asseguraria o respeito, por parte daqueles, dos compromissos assim assumidos (artigos 19.º a 51.º). E o mesmo caminho seria posteriormente seguido no âmbito do universo jurídico latino-americano pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos assinada em 22 de Novembro de 1969 em São José da Costa Rica⁹. De modo não inteiramente idêntico, as

Pinheiro Farinha, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*, Lisboa, 1980, José Alfredo de Oliveira Baracho, «A prática jurídica no domínio da protecção internacional dos direitos do homem (a Convenção Europeia dos Direitos do Homem)», in *Liber Amicorum Hector Fix-Zamudio*, São José, Costa Rica, 1998, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 375-413, e Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*, 2.ª edição, Coimbra, 1999, Coimbra Editora. Para a posição deste instrumento nas ordens jurídicas nacionais, vide Dimitrios Evrigenis, «L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme: Notions autonomes et effet direct», in *Volkerrecht als Rechtsordnung. Internationale Gerichtsbarkeit. Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlim, 1983, Springer Verlag, pp. 193-202 e, entre nós, Moura Ramos, «A Convenção Europeia dos Direitos do homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português», in *Da Comunidade Internacional e do seu Direito. Estudos de Direito Internacional Público e de Relações Internacionais*, Coimbra, 1996, Coimbra Editora, pp. 5-108.

E para a caracterização do sistema por ele instituído vide, por último, Richard S. Kay, «The European Human Rights System as a System of Law», 6 *The Columbia Journal of European Law* (2000), pp. 55-71.

9 E no do africano, ainda que com características diferentes, com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adoptada em Junho de 1981 em Nairobi, pela Conferência de chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana. Sob este sistema, em particular, cfr. Philip Kunig?Wolfgang Benedek?Costa R. Mahalu, *Regional Protection of*

Nações Unidas dariam também corpo a um outro sistema de protecção internacional de direitos humanos que, assentando igualmente num catálogo de direitos cujo reconhecimento é imposto aos Estados partes nos instrumentos internacionais que o integram¹⁰, vê o controlo da respectiva observância por estes últimos assentar na discussão e análise, pelo Comité de Direitos Humanos¹¹, de relatórios estaduais descrevendo as medidas adoptadas no plano nacional para a efectivação daqueles direitos¹².

Human Rights by International Law: The Emerging African System, Baden-Baden, 1985, Nomos Verlagsgesellschaft e Maria José Morais Pires, «Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos», in *Documentação e Direito Comparado*, v. 79/80 (1999), pp. 333-350.

10 Constituído pelo Pacto Internacional relativo aos direitos económicos, sociais e culturais e pelo Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, adoptados pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 16 de Dezembro de 1966 e que desenvolvem, dotando-os de uma garantia jurídica, os direitos que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada a 10 de Dezembro de 1948, consagrava como simples directiva moral. Sobre este sistema, cfr. *The United Nations and Human Rights*, New York, 1984, United Nations, Jaime Oraá?Felipe Gomez Isa, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 Aniversario*, Bilbao, 1997, Universidad de Deusto, e Alberto de Amaral Junior e Claudia Perrone-Moises (orgs.), *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, São Paulo, 1999, Editora da Universidade de São Paulo.

11 Instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, referido na nota anterior.

12 Para uma recolha de textos de direito internacional sobre direitos do homem, cfr. *Droits de l'homme en droit international*, Strasbourg, 1992, Les éditions du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme. Recueil de documents internationaux et nationaux*, Bruxelles, 1989, Bruylant, e, em língua portuguesa, Jorge Campinos, *Direito Internacional dos Direitos do Homem. Textos Básicos*, Coimbra, 1984, Coimbra Editora. E para um comentário à sua origem e desenvolvimento, Karel Vasak, *As dimensões internacionais dos direitos humanos*, Lisboa, 1983, Unesco ? Manuais LTC, Thomas Buergethal.

3. A constituição de entidades fruto do desenvolvimento do fenómeno de integração regional introduziria no entanto algumas novidades ao funcionamento do sistema acabado de evocar. Na verdade, como sucedeu com a instituição das Comunidades Europeias, os Estados-Membros aceitaram a limitação de alguns dos seus poderes, passando as respectivas competências a ser exercidas pelos órgãos das novas instituições por eles criadas. Nessas circunstâncias, a admitir-se que estas estariam livres da vinculação aos mecanismos de protecção internacional que os Estados haviam constituído, a sua criação envolveria um retrocesso, no que à tutela dos direitos humanos diz respeito. A menos que se entendesse que elas sucederiam aos Estados-Membros partes nos instrumentos que haviam presidido à sua criação quando exercessem as competências de cujo

International Human Rights in a Nutshell, St. Paul, Minn., 1988, West Publishing Co, Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 2.^a edição, Paris, 1995, Presses Universitaires de France, AAVV, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, 1998, Editions A. Pedone, AAVV, *Los derechos humanos en un mundo dividido*, Bilbao, 1999, Universidad de Deusto, AAVV, *Os direitos humanos e o direito internacional* (org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araújo), São Paulo, 1999, Renovar, Rui Machete, *Os Direitos do Homem no Mundo*, Lisboa, 1978, Fundação Social Democrata Oliveira Martins e Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados e Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1995, Tecnos.

Em especial sobre os direitos culturais, cfr. AAVV, *Os direitos culturais como direitos do homem*, Unesco ? 1970, Porto, 1973, Livraria Telos Editora. E sobre os meios da sua efectivação, cfr. a resolução do Institut de droit international, na sua Sessão de Santiago de Compostela de 1989 e o comentário de Christian Dominicé, «La contrainte entre Etats à l'appui des droits de l'homme», in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, Editorial Tecnos, pp. 261-272.

Colocando a tónica nas instituições internacionais de protecção dos direitos do homem veja-se o panorama apresentado em *The Reform of International Institutions for the Protection of Human Rights*, Bruxelles, 1993, Bruylant.

exercício os Estados haviam sido privados e que, a sê-lo por estes, estariam na origem do funcionamento do referido mecanismo de protecção.

Acresce que o risco que se acaba de relevar era de algum modo reforçado pela circunstância de os tratados institutivos, num silêncio que se prolongaria durante bastante tempo, não fazerem qualquer referência à problemática da protecção dos direitos humanos e isto apesar de às instituições por eles criadas terem sido devolvidos poderes cujo exercício poderia sem sombra de dúvidas desencadear a respectiva violação¹³. E não se esqueça que, num período inicial, o Tribunal de Justiça, quando chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de disposições comunitárias com as normas constitucionais dos Estados-Membros relativas à protecção dos direitos fundamentais, se limitava a afirmar só ter «que garantir o respeito do Tratado e dos regulamentos de execução, não devendo regra geral pronunciar-se sobre as normas de direito interno», e não podendo, em consequência «examinar o argumento segundo o qual, ao adoptar a sua decisão, a Alta Autoridade violou princípios do direito constitucional alemão»¹⁴. A instância jurisdicional comunitária

13 Estamos a pensar em disposições que se refiram à questão em geral, não querendo com isto esquecer que diversas regras específicas se inspiraram nos valores que tinham estado na base da consagração dos sistemas de protecção dos direitos humanos. Assim, o artigo 7.º e as demais cláusulas de não discriminação entre os nacionais dos Estados-Membros (artigos 40.º, 48.º, 52.º e 60.º) e o artigo 119.º, que se referia à igualdade entre homens e mulheres, em matéria de remuneração (referimo-nos à numeração inicial destes artigos).

14 Acórdão de 4 de Fevereiro de 1959, Storck/Alta Autoridade, processo 1/58, *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal*, 1954-1961, pp. 293-306, ponto 4, alínea a).

negligenciava assim, de alguma forma, a questão da protecção dos direitos fundamentais, ao não indagar se os direitos fundamentais invocados pelo requerente não deveriam ser considerados como existentes na própria ordem jurídica comunitária, por a respectiva consagração resultar afinal de princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros¹⁵.

Posteriormente a esta tomada de posição, o défice de protecção comunitária dos direitos fundamentais seria sublinhado, no plano nacional, pelo acórdão do *Bundesverfassungsgericht* de 29 de Maio de 1974¹⁶ que sublinharia que esta instância não podia deixar de controlar a compatibilidade do direito comunitário derivado com os direitos fundamentais enquanto não existisse, por falta de um catálogo de direitos fundamentais no sistema comunitário, uma garantia suficiente quanto à protecção de tais direitos nesta ordem jurídica.

15 Recorde-se que o Tribunal havia já considerado que os princípios de direito comuns aos Estados-Membros constituíam uma fonte complementar de direito comunitário, ao afirmar que, na inexistência de disposições do Tratado sobre determinada questão, o Tribunal, «para evitar uma denegação de justiça, se encontrava obrigado a decidir inspirando-se das regras reconhecidas pelas legislações, a doutrina e a jurisprudência dos Estados-Membros (acórdão de 12 de Julho de 1957, *Dineke Algera e o./ Assembleia Comum da CECA*, processos apensos n.ºs 7-56 e 3-57 a 7-57, *Colectânea, cit.*, 1954-1961, p. 158, e, para a publicação integral do acórdão, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, v. III (1957), pp. 81-178 (114-115).

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, Coimbra Editora, pp. 11-35) qualifica de agnosticismo valorativo a postura do Tribunal referida em texto.

16 Veja-se o v. 37 da *Colectânea* das decisões do *Bundesverfassungsgericht*, p. 271-291. Este acórdão fora precedido de outros da mesma instância jurisdicional alemã, na sequência de uma primeira decisão no mesmo sentido de 18 de Outubro de 1967; cfr. a mesma *Colectânea*, no v. 22, pp. 293-299.

Face à necessidade de evitar as consequências que tomadas de posição como esta poderiam vir a ter sobre o acatamento dos princípios da aplicabilidade directa e do primado do direito comunitário, por si entretanto formulados¹⁷, o Tribunal de Justiça chamaria a si, com o acórdão *Stauder*¹⁸, o papel de garante dos direitos fundamentais. Nesta decisão, e ao apreciar uma disposição cuja conformidade com os princípios gerais do direito comunitário constituía o objecto da questão prejudicial formulada pelo juiz nacional, o Tribunal acrescentaria num *obiter dictum* que a interpretação que para ela preconizava não revelava «qualquer elemento susceptível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal»¹⁹.

A inserção da garantia da protecção dos direitos fundamentais nos poderes de cognição da jurisdição comunitária seria pouco depois precisada com particular destaque no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*²⁰, onde o Tribunal procederia à compatibilização das suas afirmações anteriores desenvolvendo ademais o papel reconhecido aos direitos

17 Cfr., respectivamente, os acórdãos de 5 de Fevereiro de 1963, Gend & Loos/Administração Fiscal, processo 26/62, *Colectânea*, 1962-1964, pp. 205-232, e de 15 de Julho de 1964, Flaminio Costa/ENEL, processo 6/64, *Colectânea*, 1962-1964, pp. 549-577.

18 Acórdão de 12 de Novembro de 1969, processo 29/69, *Colectânea*, 1969-1970, pp. 157-166. Esta decisão inaugura aquela a que Maria Luísa Duarte (*op. cit. supra*, nota 15) chama de fase de reconhecimento activo dos direitos fundamentais (p. 20).

19 Sublinhado nosso. Cfr. o ponto 7 da decisão citada na nota anterior, a p. 160.

20 Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, no processo 11/70, *Colectânea*, 1969-1970, pp. 625-657.

fundamentais no ordenamento comunitário». Pronunciando-se expressamente sobre a protecção dos direitos fundamentais nesta ordem jurídica²¹, começaria por recordar a jurisprudência mais antiga nos termos da qual «o recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação dos actos adoptados pelas instituições da comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário». E sublinharia que «ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; 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 seu efeito no território desse Estado». Para acrescentar em seguida, aprofundando as considerações já a floradas no acórdão *Stauder*: «Convém, no entanto, analisar se não terá sido violada qualquer garantia análoga, inerente ao direito comunitário. Com efeito, o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade».

Ficava assim assente a competência jurisdicional para a protecção dos direitos fundamentais, mediante a inserção destes nos princípios gerais de direito cuja observância o Tribunal deve garantir. E estes princípios viam a sua formulação

21 Pontos 3 e 4 da decisão citada na nota anterior, a p. 628-629.

decorrer da utilização do método comparativo, que sublinhava o recurso à tradição constitucional dos Estados-Membros, em lugar da abstracta referência do acórdão *Stauder* aos princípios gerais de direito comunitário²².

Posteriormente, no acórdão *Nold/Comissão*²³, ao ser confrontado com a alegação de que certas disposições comunitárias, além de contrariarem disposições constitucionais alemãs, violavam ainda «diversos instrumentos internacionais, nomeadamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem», o Tribunal alargaria o quadro de parâmetros de identificação dos direitos fundamentais, ao acrescentar à ideia de que se deveria inspirar, ao garantir a protecção dos direitos fundamentais, nas tradições constitucionais dos Estados-Membros²⁴, o reconhecimento de que «os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram, podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário».

22 Acentuando esta precisão, cfr. Antonio Saggio, «A protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária», in *O Sistema Jurisdicional Comunitário e a sua contribuição para a integração europeia*, Lisboa, 1993, pp. 69-97, p. 74.

23 Acórdão de 14 de Maio de 1974, no processo 4/73, *Colectânea*, 1974, pp. 283-300, especialmente ponto 13.

24 O que teria a consequência de que não poderia «admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados».

Esta linha de rumo viria a ser concretizada em seguida no acórdão *Rutili/Ministro do Interior*²⁵ em que o Tribunal, instado a esclarecer quando é que as limitações ao direito de livre circulação e permanência dos cidadãos de outros Estados-Membros se poderiam considerar *justificadas*, para os efeitos do artigo 48.º, n.º 3 (hoje artigo 39.º, n.º 3), invocaria determinadas normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁶ para acentuar que as limitações introduzidas aos poderes dos Estados-Membros em matéria de polícia dos estrangeiros²⁷ seriam expressão de um princípio mais geral consagrado naquelas disposições que igualmente dispõem que as ofensas aos direitos por elas garantidos, «em virtude das necessidades de ordem e segurança públicas, não poderão ultrapassar o âmbito do que é necessário para protecção daquelas necessidades ‘numa sociedade democrática’»²⁸.

4. Assumindo este desenvolvimento jurisdicional, as instituições comunitárias em breve confirmariam no plano político o caminho assim trilhado. Na verdade, por uma

25 De 28 de Novembro de 1975, no processo 36/75, *Colectânea*, 1975, pp. 415-436.

26 Os artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º, assim como o artigo 2.º do Protocolo n.º 4, de 16 de Setembro de 1963.

27 Pelo artigo 3.º da Directiva 64/221 e o artigo 8.º do Regulamento n.º 1612/68.

28 Ponto 32 do acórdão citado *supra*, na nota 25.

Declaração Comum de 5 de Abril de 1977²⁹, o Parlamento europeu, o Conselho e a Comissão vieram sublinhar «a importância fundamental que reconhecem aos direitos fundamentais tais como resultam nomeadamente das Constituições dos Estados-Membros bem como da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais», acrescentando que «no exercício da sua missão e no prosseguimento dos objectivos das Comunidades Europeias, respeitam e continuarão a respeitar esses direitos».

Após as instituições serem os chefes de governo dos Estados-Membros a reafirmar a mesma linha, ao subscreverem, a 7 e 8 de Abril de 1978, a Declaração sobre a Democracia, onde, para além de se afirmar «que a aplicação dos princípios da democracia representativa, do primado da lei, da justiça social e do respeito pelos direitos do homem implicava um regime político que garantisse as modalidades processuais necessárias ao respeito dos direitos do homem», se acrescentava que «a manutenção da democracia e a defesa dos direitos do homem constituíam elementos consubstanciais da Comunidade Europeia».

Estas tomadas de posição só poderiam reforçar a corrente jurisprudencial acima referida, que passaria a fundar a referência à protecção dos direitos fundamentais, de forma sistemática, nas tradições constitucionais nacionais e nos instrumentos de direito internacional pactício, com particular referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Exemplo do que afirmamos é o acórdão *Lisalotte Hauer/*

29 Vide *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 1997, C, 103, p. 1.

*Land Rheinland Pfalz*³⁰ onde, referindo-se ao acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, o Tribunal sublinharia que «a questão de uma violação eventual dos direitos fundamentais por um acto institucional das Comunidades apenas pode ser apreciada no quadro do próprio direito comunitário» (ponto 14). Para continuar, na esteira do acórdão *Nold*, referindo que «os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito lhe cabe assegurar», e que, ao fazê-lo, «está obrigado a inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, de tal modo que se não poderiam admitir na Comunidade medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições destes Estados; e que os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, nos quais os Estados-Membros cooperaram ou a que aderiram, podem igualmente fornecer indicações que há que ter em conta no quadro do direito comunitário». Para concluir recordando que esta concepção havia sido igualmente reconhecida pela citada Declaração comum das instituições, de 5 de Abril de 1977, que, «após ter recordado a jurisprudência do Tribunal, se referia, por um lado, aos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados-Membros e, por outro, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem» (ponto 15).

5. Pode dizer-se que a partir desta altura a vinculação das Comunidades à garantia dos direitos fundamentais não

30 Acórdão de 13 de Dezembro de 1979, no processo 44/79, *Recueil*, 1979, v. III, pp. 3727-3765. Sobre esta decisão, cfr. Simona Bellini, «La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer», *Rivista di Diritto Internazionale*, 64 (1981), pp. 318-327.

deixaria de ser uma constante da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Simplesmente, na ausência de textos claros no direito primário que consagassem com carácter geral esta obrigação, ela apresentava-se assim como uma corrente de natureza pretoriana, que procurava suprir a falta de um catálogo preciso de direitos fundamentais recorrendo às tradições constitucionais nacionais e, de forma crescente, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A importância deste texto como parâmetro da interpretação do sistema de direitos fundamentais reconhecidos no sistema comunitário seria evidenciada pela jurisprudência posterior³¹ e levaria

31 Para mais extensas indicações neste sentido, cfr. Manfred Dausen, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés Européennes. Position du problème, état actuel et tendances», in *Documentação e Direito Comparado*, 41-42 (1990), pp. 9-35, Antonio Saggio, «O sistema jurisdicional comunitário e a sua contribuição para a integração europeia», *cit. supra*, nota 22, Angel Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1989, Bosch, pp. 147-321, Andrew Clapham, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Baden-Baden, 1991, Nomos Verlagsgesellschaft, especialmente pp. 29-89, F. G. Jacobs, «The protection of human rights in the member States of the European Community. The impact of the case-law of the Court of Justice», in *Human Rights and Constitutional Law. Essays in honour of Brian Walsh* (edited by James O'Reilly), Dublin, 1992, The round hall press, pp. 243-250, Konstantinos Kakouris, «La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux droits de l'homme ? Aperçu général», in Julia Iliopoulos?Strangas (hrsg.), *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen. L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Baden-Baden, 1993, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 183-207, Federico Mancini?Vittorio di Bucci, «Die Entwicklung der Grundrechte als Teil des Gemeinschaftsrechts», *ibidem*, pp. 208-230, Cástor M. Diaz Barrado, «Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en la Union Europea», in *Derecho de extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, 1995, Instituto Nacional de Servicios Sociales, pp. 127-153, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, «La protección de los derechos fundamentales en la Union Europea», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, v. II-*Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 1998, Giuffrè, pp. 831-845, Montserrat Pi Llorens, *Los*

inclusivamente a Comissão a apresentar em 4 de Abril de 1979³² um Memorandum sobre a adesão das Comunidades à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Se as diferentes dificuldades postas por uma tal *démarche* (e que seriam, de resto, elencadas neste documento)³³ estariam necessariamente na origem de um arrastar da reflexão sobre o tema, o certo é que a ideia de dotar a Comunidade de um catálogo de direitos fundamentais não seria abandonada.

É assim que o Projecto de Tratado da União Europeia, aprovado pelo Parlamento Europeu em 14 de Fevereiro de 1984, conteria um artigo 4.^o que retomava o compromisso das Comunidades com a protecção dos direitos fundamentais, nos termos da jurisprudência já referida, nela incluindo também os direitos económicos, sociais e culturais³⁴, previa a possibilidade de sanções aos Estados que séria e

derechos fundamentales en lo ordenamiento comunitario, Barcelona, 1999, Ariel e Koen Lenaerts, «Fundamental rights in the European Union», 25 *European Law Review* (2000), pp. 575-600 (577-585)

32 Na esteira de uma posição anterior do Parlamento Europeu que em 10 de Julho de 1975 aprovaria uma Resolução sobre a União Europeia em que reclamava a elaboração de uma carta dos direitos dos cidadãos da Comunidade com o objectivo de dar aos cidadãos da Comunidade o sentimento da sua comunidade de destino.

33 Para a sua análise, cfr., entre outros, Angel Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, cit. supra, nota 31, pp. 327-353, e Rudolf Bernhardt, «Probleme eines Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechts Konvention», in *Festschrift für Ulrich Everling* (Ole Due? Marcus Lutter? Jurgen Schwarze, hrsg), v. I, Baden-Baden, 1996, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 103-111.

34 Referindo-se a este propósito também à Carta Social Europeia. Cfr., a propósito deste texto, *La Charte sociale européenne. Origines, fonctionnement et résultats*, Strasbourg, 1991, Les éditions du Conseil de l'Europe.

persistentemente os violassem e anunciava, num prazo de cinco anos, uma decisão sobre a adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e à Carta Social Europeia assim como a adopção de uma declaração comunitária sobre os direitos fundamentais³⁵. E se os Estados não viriam a adoptar esta via (nem a dar seguimento ao projecto de Tratado), o certo é que não deixariam de reafirmar, no preâmbulo do Acto Único Europeu assinado em 17 de Fevereiro de 1986, a sua decisão de promover conjuntamente a democracia «com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-Membros, na Convenção da Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social».

Claramente afirmado no preâmbulo dos Tratados, o compromisso da Comunidade com a protecção dos direitos fundamentais seria ainda retomado pelo Parlamento Europeu, através da adopção, em 12 de Abril de 1989, de uma Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais³⁶ e seria expressamente realçado pelo Tribunal Constitucional alemão que, por sentença de 22 de Outubro de 1986³⁷, reconheceria

35 Veja-se o comentário a esta disposição em *The European Union Treaty-Commentary on the draft adopted by the European Parliament on 14 February 1984* (por Francesco Capotorti, Meinhard Hilf, Francis G. Jacobs e Jean-Paul Jacqué), Oxford, 1986, Clarendon Press, pp. 39-44.

36 Para o respectivo texto, cfr. o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 120, de 16 de Maio de 1989, pp. 51-57. Note-se que o Conselho Europeu adoptaria também, a 8 e 9 de Dezembro de 1989, em Estrasburgo, uma Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores.

37 Cfr. o respectivo texto na *Colectânea* das decisões do Bundesverfassungsgericht, v. 73, pp. 339-388.

que o Tribunal de Justiça tinha passado a assegurar, pelo desenvolvimento da sua jurisprudência, uma protecção dos direitos fundamentais que no essencial era equivalente à exigida pela lei fundamental alemã³⁸.

Se tal compromisso parecia indiscutível, continuava porém a notar-se alguma incerteza sobre as melhores vias para a sua concretização. Assim, enquanto a via pretoriana ensaiada pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência se mantinha e desenvolvia, e as tentativas de estabelecer um catálogo próprio de direitos fundamentais cujo respeito deveria ser

38 Com o que aquela instância declarava que não exerceria o controlo normativo das disposições de direito comunitário que serviam de base aos actos da administração ou das jurisdições alemãs enquanto o Tribunal de Justiça garantisse uma protecção eficaz dos direitos fundamentais face ao poder da Comunidade.

Mas atente-se em que, numa ulterior decisão de 12 de Maio de 1989, o Bundesfassungsgericht voltaria a decidir que se o Tribunal de Justiça continuasse a não garantir os princípios jurídicos sobre os quais se fundamenta a parte da lei fundamental relativa aos direitos fundamentais consideraria admissíveis os recursos que viessem a ser interpostos pelos particulares.

É na linha destas preocupações que há que entender a tomada de posição expressa no novo texto do artigo 21 da *Grundgesetz* (introduzido por ocasião da ratificação alemã do Tratado de Maastricht) e onde se escreve que a República Federal da Alemanha contribui para o desenvolvimento da União Europeia na medida em que esta está vinculada aos princípios federativos, sociais, do Estado de Direito e da democracia e que «garante uma protecção dos direitos fundamentais substancialmente comparável à da presente lei fundamental» (sobre a interpretação deste preceito *vide*, por último, Uwe Kischel, «Der unabdingbare grundrechtliche Mindeststandard in der Europäischen Union. Zur Auslegung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG», *Der Staat*, v. 39 (2000), pp. 523-545. E sobre os mais recentes desenvolvimentos jurisprudenciais do Tribunal de Karlsruhe a este propósito (falamos do acórdão de 7 de Junho de 2000 proferido a propósito do contencioso das bananas), cfr., numa perspectiva evolutiva, Willy Zimmer, «De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour Constitutionnelle Fédérale et la Cour de Justice de Luxembourg? (A propos de BVerfGE, 7 juin 2000, Solange III)», in *Europe*, Ano 11, n.º 3, de 3 de Março de 2001, pp. 3-6.

assegurado no sistema comunitário continuavam a não ser coroadas de sucesso³⁹, a Comissão retomaria a via de um controlo externo do respeito dos direitos fundamentais na Comunidade, ao aprovar, na sequência do já referido Memorando de 4 de Abril de 1979, uma comunicação, a 19 de Novembro de 1990, em que propunha ao Conselho a adesão das Comunidades à Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴⁰.

Ainda que apoiada pelo Parlamento, que na sua resolução de 9 de Julho de 1991⁴¹ sobre os direitos do homem convidaria a Comunidade a aderir à Convenção a fim de melhor garantir o respeito destes direitos, a proposta não

39 No sentido de que não lograra ainda a aprovação de um documento com carácter vinculativo com este objecto.

40 Sobre o ponto cfr., além dos trabalhos citados *supra*, na nota 33, G. Cohen-Jonathan, «La problématique de l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme», in *Mélanges Henri Teitgen*, Paris, 1984, Pedone, pp. 81-108, Jean-Paul Jacqué, «L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Aspects juridiques et techniques», in *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen (cit. supra, nota 31)*, pp. 302-319, e «Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme», in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1992, Dalloz, pp. 325-340, Moura Ramos, «L'adhésion des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme. Rapport national ? Portugal», 16 a 19 *Revista de Direito e Economia* (1990 a 1993), pp. 753-766, e F.G. Jacobs, «European Community Law and the European Convention on Human Rights», in *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers* (edited by Deirdre Curtin and Tom Heukels), Dordrecht, 1994, Nijhoff, pp. 561-571. Identificando também as três possibilidades que citamos em texto, cfr., por exemplo, Jean Vergès, «Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire», in *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis, cit.*, pp. 513-531, a p. 515.

41 Cfr. o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 240, p. 45.

colheria a aceitação dos Estados entretanto reunidos em conferência intergovernamental para a revisão dos Tratados, que se limitariam a consagrar expressamente a via pretoriana no direito comunitário primário ao inserirem no Tratado da União Europeia, aprovado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992, um artigo F, n.º 2, segundo o qual «a União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário».

Se os Tratados passavam assim a reconhecer expressamente, no seu texto, a vinculação das Comunidades à protecção dos direitos do homem, a ideia de as submeter a um controlo externo conheceria novo desenvolvimento com a iniciativa do Conselho de, após novo pronunciamento do Parlamento a favor da adesão à Convenção Europeia⁴², submeter ao Tribunal de Justiça, em 26 de Abril de 1994, um pedido de parecer sobre a compatibilidade de tal adesão com o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia.

No parecer que proferiria cerca de dois anos depois⁴³, o Tribunal de Justiça viria a pronunciar-se no sentido de que,

42 Ver a Resolução de 18 de Janeiro de 1994 (*in Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 44, p. 32).

Para uma análise da posição do Parlamento na questão que os ocupa, cfr. Jean-Pierre Cot, «Le Parlement européen et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne», *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, Bruylant, pp. 155-170.

43 Parecer 2/94, de 28 de Março de 1996 (*in Colectânea*, 1996, pp. 1763-1790).

«no estado actual do direito comunitário, a Comunidade não tem competências para aderir à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais». Partindo da constatação (ponto 27) de que «nenhuma disposição do Tratado confere às instituições comunitárias, de modo geral, o poder de adoptar regras em matéria de direitos do homem ou de celebrar convenções neste domínio», o Tribunal analisaria depois a questão de saber se a adesão da Comunidade se pode basear no artigo 235.^o (ponto 31). Realçando a importância dos direitos fundamentais e retomando a sua jurisprudência a este propósito (ponto 33), o Tribunal chegaria contudo a uma conclusão negativa quanto ao problema que lhe era submetido considerando que «a adesão à Convenção implicava uma alteração substancial do regime comunitário actual de protecção dos direitos do homem, na medida em que teria como resultado a inserção da Comunidade num sistema institucional internacional distinto, bem como a integração do conjunto de disposições da Convenção na ordem jurídica comunitária» (ponto 35); acrescentando que «tal alteração do regime de protecção dos direitos do homem na Comunidade, cujas implicações institucionais seriam igualmente fundamentais tanto para a Comunidade como para os Estados-Membros, teria relevância constitucional e ultrapassaria, pois, pela sua natureza, os limites do artigo 235.^o », só podendo ser realizada pela via de uma modificação do Tratado (ponto 35)⁴⁴.

44 Para a crítica da solução adoptada e o inventário das diferentes possibilidades que subsistem de melhor assegurar a protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, cfr., respectivamente, Michel Waelbroeck, «La Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, 37 (1996), pp. 549-553, Olivier de Schutter? Yves Lejeune, «L'adhésion de la Communauté à la Convention

Face a esta tomada de posição, a Conferência intergovernamental, que se iniciaria em Turim no dia seguinte à prolação do parecer do Tribunal, optaria por, deixando de lado outras propostas⁴⁵, reforçar a referência ao princípio do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, que passa a ser considerado, conjuntamente com os princípios da liberdade, da democracia e do Estado de direito, um princípio comum aos Estados-Membros e que constitui um dos fundamentos da União⁴⁶. Mas não tomaria

européenne des droits de l'homme. à propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés», *ibidem*, pp. 555-606, e Claudio Zanghi, «Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla convenzione europea dei diritti dell'uomo», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (cit. supra, nota 31)*, pp. 1101-1120.

45 Cfr., sobre as propostas de um «comité de sábios» designado pela Comissão em Outubro de 1995 com o objectivo de reflectir e formular propostas concretas sobre a reforma dos direitos civis e sociais à atenção da conferência intergovernamental, o juízo crítico de Eduardo Garcia de Entera em «Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union européenne», *Cahiers de droit européen*, 37 (1996), pp. 607-612.

46 Veja-se o artigo 6.º (antigo artigo F), n.º 1, do Tratado da União Europeia, tal como este preceito ficou depois do Tratado de Amsterdão de 2 de Outubro de 1997. Saliente-se que, de acordo com a nova redação do artigo 49.º (antigo artigo O), n.º 1, daquele Tratado, o acatamento do princípio do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (como dos demais princípios mencionados no artigo 6.º) passa a constituir uma condição de adesão dos outros Estados europeus à União Europeia. E que, pelo seu artigo 46.º (antigo artigo L), alínea d), o Tribunal de Justiça passa a exercer o seu controlo também ao artigo 6.º, n.º 2, no que respeita à acção das instituições na medida em que ele seja competente nos termos dos tratados que instituem as Comunidades Europeias e nos termos do tratado da União. Sobre o alcance destas alterações, cfr. Bruno Nascimbene, «Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (cit. supra, nota 31)*, pp. 683-694, Koen Lenaerts, «Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union», 6 *The Columbia Journal of European Law* (2000), pp. 1-25 e Peter Oliver, «Fundamental rights in

qualquer iniciativa tendente a elaborar um catálogo de direitos fundamentais que vinculasse a União ou a Comunidade⁴⁷ e conservaria o antigo artigo F (actualmente artigo 6.^o), n.^o 2 do Tratado da União, que condensava a base jurídica que permitira o desenvolvimento da concepção pretoriana de defesa dos direitos fundamentais no quadro comunitário⁴⁸.

6. Se as negociações que conduziram à adopção do Tratado de Amsterdão se limitaram, no que diz respeito à protecção dos direitos fundamentais na União Europeia, ao ponto que acabamos de mencionar, a situação evoluiria no entanto muito rapidamente mal havia decorrido um mês após a entrada em vigor deste Tratado⁴⁹. É assim que, ao mesmo tempo que, no Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de Junho de 1999,

European union law after the Treaty of Amsterdam», in *Judicial Review in European Union Law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague, 2000, Kluwer Law International, pp. 319-342.

47 Como o fizera o comité referido *supra*, na nota 45. Para uma análise do elenco de direitos a considerar neste âmbito, vejam-se também os trabalhos recolhidos na obra organizada por Antonio Cassese?Andrew Clapham?Joseph Weiler (eds.), *Human Rights and the European Community: The Substantive Law*, Baden-Baden, 1991, Nomos Verlagsgesellschaft.

48 No sentido de que a protecção dos direitos fundamentais no sistema comunitário parece desde o princípio hesitar entre esta concepção, o estabelecimento de um controlo externo e a instituição de um catálogo de direitos fundamentais próprio ao sistema comunitário, cfr., entre outros, Gregorio Robles Morchon, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1988, Editorial Ceura, pp. 153-159, e Andrew Clapham, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview* (*cit. supra*, nota 31), pp. 90-99.

49 O Tratado de Amsterdão, assinado a 2 de Outubro de 1997, viria a entrar em vigor a 1 de Maio de 1999.

anunciavam a convocação de uma nova conferência intergovernamental para concluir as questões que em Amsterdão tinham ficado por resolver e para as quais urgia encontrar uma solução⁵⁰, nomeadamente na perspectiva do alargamento em curso da União⁵¹, os chefes de Estado e de governo decidiam, face ao estado de desenvolvimento desta, «estabelecer uma carta de direitos fundamentais a fim de sublinhar, de maneira visível para os cidadãos da União, a sua importância excepcional e o seu alcance».

Os termos da decisão sublinham de modo claro que se procurou sobretudo dar maior visibilidade e transparência ao sistema de protecção dos direitos fundamentais já existente na União, tornando mais explícitos os parâmetros em que até ao presente se tem baseado a jurisprudência do Tribunal de Justiça. O que pareceria justificar-se à luz do reforço das competências da União em áreas onde a questão da protecção dos direitos fundamentais se coloca em termos particularmente sensíveis, do anunciado alargamento a países até há pouco governados por regimes não democráticos e à necessária concordância com o lugar que a problemática da protecção dos direitos humanos tem ocupado na política externa da União. Procurando, com a

50 Tratava-se, fundamentalmente, de um acordo quanto à reponderação das vozes dos Estados no seio do Conselho, ao elenco de matérias quanto às quais uma decisão por maioria qualificada (e não já por unanimidade) seria possível, e à composição numérica da Comissão.

51 Recorde-se que para além da Estónia, da Hungria, da Polónia, da República Checa, da Eslováquia e da Eslovénia, cuja adesão se admite possa ter lugar a partir de 2004, a União Europeia negocia ainda com a Bulgária, Chipre, a Letónia, a Lituânia, Malta e a Roménia, para além de ter igualmente pendente o pedido de adesão da Turquia cuja consideração continua algo suspensa da situação deste último país em matéria de respeito dos direitos humanos.

elaboração da Carta, dar uma contribuição à identidade da Europa e aumentar o sentimento de pertença dos cidadãos europeus a esta entidade, o Conselho Europeu tinha em mente a elaboração de um documento que pudesse ser redigido e apresentado antes da sua reunião prevista para Nice em Dezembro de 2000, de modo a que nela ele pudesse propor ao Parlamento e à Comissão a sua proclamação conjunta, ficando a sua eventual inserção nos tratados para ser examinada subseqüentemente.

Mais tarde, na sua reunião de Tampere, em 15 e 16 de Outubro de 1999, o Conselho Europeu, aprovaria a composição do órgão⁵², posteriormente denominado «Convenção», que elaboraria o projecto de Carta. A discussão respectiva iniciar-se-ia em 13 de Janeiro de 2000, estando um primeiro projecto concluído a 28 de Julho e um segundo a 14 de Setembro e obtendo-se a 26 do mesmo mês um consenso sobre um texto que seria formalmente adoptado a 2 de Outubro de 2000⁵³. Reunido em Biarritz a

52 A Convenção compreendia, como membros de pleno direito, 15 representantes dos chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros, um representante do presidente da Comissão, 15 membros do Parlamento Europeu designados por este e 30 membros dos parlamentos nacionais (dois por cada Estado-Membro) por eles designados. Como observadores previu-se a participação de dois representantes do Tribunal de Justiça e dois do Conselho da Europa, um dos quais representando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Para além disso, diversas instâncias comunitárias (designadamente o Comité Económico e Social, o Comité das Regiões e o Mediador) seriam convidadas a pronunciar-se na fase de elaboração do documento.

53 Sobre o método de trabalho da Convenção e os seus resultados, cfr. em particular, as actas das journées d'études sobre *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* que tiveram lugar a 16 e 17 de Junho de 2000 em Estrasburgo [*in Revue universelle des droits de l'homme*, v. 12 (2000), pp. 1-83], Laura Carrasco Macia, «Le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *EIPASCOPE*, n.º 2000/3, pp. 19-27,

13 e 14 de Outubro, o Conselho Europeu aprovaria o texto por unanimidade, abrindo assim a via para a sua proclamação solene em Nice, nos termos referidos.

Após um preâmbulo em que se recordam, por um lado, os fundamentos e objectivos da União e a importância da protecção dos direitos fundamentais no desenvolvimento das suas missões, e, por outro lado, as fontes⁵⁴ dos direitos que a União reconhece pela presente Carta, estes aparecem-nos enunciados em 50 artigos, divididos em seis capítulos⁵⁵, que são completados por um último, contendo quatro disposições de carácter mais geral.

António Vitorino, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue du droit de l'Union européenne*, n.º 3/2000, pp. 499-508, Melchior Wathelet, «La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue», *Cahiers de Droit Européen*, v. 36 (2000), pp. 585-593, Gráinne de Búrca, «The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights», 26 *European Law Review* (2001), pp. 126-138, o editorial comment («The EU Charter of Fundamental Rights still under discussion») do n.º 1 do v. 38 (2001) da *Common Market Law Review* (pp. 1-6) e Giorgio Sacerdoti, «The European Charter of Fundamental Rights: From a Nation-State Europe to a Citizen's Europe», 8 *Columbia Journal of European Law* (2002), pp. 37-52.

54 A Carta refere-se, a este propósito, aos direitos que decorrem «das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem».

Sobre a extensão progressiva das fontes dos direitos fundamentais no sistema de direito da União Europeia e para um ensaio da sua sistematização, cfr. Fabrice Picod, «Les sources», in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, 2000, Bruylant, pp. 125-185.

55 Intitulados, respectivamente, Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania e Justiça.

Estando fora dos objectivos do presente trabalho a análise cuidada da condensação a que se chegou neste *bill of rights*, não deixaremos no entanto de fazer uma breve referência ao seu conteúdo.

Assim, no Capítulo I enumeraram-se os direitos que decorrem imediatamente da inviolabilidade da dignidade do ser humano (proclamada no artigo 1.^o): o direito à vida (com expressa proibição da pena capital) (artigo 2.^o), o direito à integridade (com a particularização, no domínio da medicina e da biologia, do necessário respeito do consentimento livre e esclarecido da pessoa, da proibição das práticas eugénicas, da transformação total ou parcial do corpo humano em fonte de lucro e da clonagem reprodutiva dos seres humanos) (artigo 3.^o), a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanas e degradantes (artigo 4.^o) e a proibição da escravidão e do trabalho forçado (com especial referência à proibição do tráfico de seres humanos) (artigo 5.^o).

Sob a epígrafe Liberdades, o Capítulo II consagra em seguida vários dos direitos reconhecidos já pela Convenção Europeia, como o direito à liberdade e à segurança (artigo 6.^o), o direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 7.^o), o direito de contrair casamento e de constituir família (com remissão, quanto ao respectivo exercício, para as legislações nacionais respectivas) (artigo 9.^o), a liberdade de pensamento, consciência e religião (com o reconhecimento do direito à objecção de consciência) (artigo 10.^o), a liberdade de expressão e de informação, que inclui o respeito da liberdade e do pluralismo dos meios de comunicação social (artigo 11.^o), a liberdade de reunião e de associação, com específica referência ao domínio político e o reconhecimento de que os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade

política dos cidadãos da União (artigo 12.^o)⁵⁶, pelos respectivos Protocolos Adicionais, como o direito de propriedade, com referência expressa à protecção da propriedade intelectual (artigo 17.^o), o direito à educação (artigo 14.^o)⁵⁷, e a protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição (artigo 19.^o)⁵⁸, pela Carta Social Europeia, como o direito ao trabalho (artigo 15.^o)⁵⁹ ou por outros documentos internacionais⁶⁰, como o direito de asilo (artigo 18.^o). Mas reconhecem-se igualmente outros direitos, que entretanto obtiveram eco nos ordenamentos constitucionais nacionais e no próprio sistema comunitário, como a protecção de dados pessoais (artigo 8.^o)⁶¹ e a

56 Cfr., no mesmo sentido, o actual artigo 191.^o do Tratado da Comunidade Europeia (antigo artigo 138.^o -A), tal como foi introduzido neste instrumento convencional em 1992, pelo Tratado da União Europeia.

57 O artigo 2.^o do Protocolo n.^o 1 falava, com um alcance aparentemente mais restrito, do direito à instrução. Mas assinala-se que o direito à formação profissional era já reconhecido pela Carta Social Europeia (artigo 10.^o). Sublinhe-se porém que o texto a que nos reportamos consagra expressamente «o respeito (...) da liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas».

58 Ainda que em termos mais alargados do que acontecia nas disposições dos Protocolos n.^{os} 4 e 7.

59 Que surge enunciado em termos mais latos como liberdade profissional e direito de trabalhar.

60 Trata-se, no caso, da Convenção de Genebra, de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados.

61 Cfr., no que toca a Portugal, o artigo 35.^o da Constituição da República. No sistema comunitário, saliente-se que por força de um novo artigo 213.^o -B, introduzido no Tratado da Comunidade Europeia pelo Tratado de Amsterdão (hoje artigo 286.^o) os actos comunitários relativos à protecção

liberdade da empresa (artigo 16.^o), ou que em geral não são objecto de um reconhecimento específico, como a liberdade das artes e das ciências (artigo 13.^o).

O Capítulo III, a propósito da igualdade, consagra especialmente a igualdade perante a lei (artigo 20.^o) e a proibição da discriminação (artigo 21.^o)⁶², para afirmar depois o compromisso da União com o respeito da diversidade cultural, religiosa e linguística (artigo 22.^o), a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo emprego, trabalho e remuneração, com explícita previsão da possibilidade de medidas positivas a favor do sexo sub-representado (artigo 23.^o), os direitos das crianças (artigo 24.^o)⁶³, e das pessoas idosas (artigo 25.^o) e a integração das pessoas com deficiência (artigo 26.^o).

das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados de carácter pessoal e de livre circulação desses dados (trata-se das Directivas 95/46/CE e 97/66/CE, ambas do Parlamento e do Conselho, respectivamente de 24 de Outubro de 1995 e de 15 de Dezembro de 1997) serão aplicáveis, a partir de 1 de Janeiro de 1999, às Instituições e órgãos instituídos pelo presente Tratado, ou com base nele (n.^o 1) e que, antes dessa data, o Conselho, através do processo da co-decisão, deveria criar um órgão independente de supervisão, incumbido de fiscalizar a sua aplicação, e tomar as demais disposições que se revelem adequadas (n.^o 2) ? para o efeito, veja-se o Regulamento n.^o 45/2001 (*in Jornal Oficial*, L, 8, p. 1).

62 Que, para além de recordar a proibição da discriminação com base na nacionalidade, no âmbito de aplicação dos Tratados da Comunidade Europeia e da União Europeia, alarga a outros fundamentos, como as características genéticas, a deficiência ou a orientação sexual, a expressa proibição da discriminação.

63 Onde, para além da referência ao interesse superior da criança, na linha da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, de 20 de Novembro de 1989, se consagra o direito à livre expressão da opinião desta, que deverá ser tomada em consideração nos assuntos que lhe digam respeito em função da sua idade e maturidade.

No Capítulo IV, e sob a epígrafe Solidariedade, reúne-se um conjunto de direitos de natureza social que na maior parte dos casos já se encontram consagradas quer na ordem jurídica comunitária (ou nos Tratados ou no direito derivado) quer nas ordens jurídicas dos Estados-Membros⁶⁴. É o que se passa com as disposições relativas à protecção da saúde (artigo 35.º), ao acesso a serviços de interesse económico geral (artigo 36.º)⁶⁵, à protecção do ambiente (artigo 37.º) e à defesa dos consumidores (artigo 38.º) que consagram

64 Para uma análise recente, numa perspectiva comparatística, da situação dos direitos sociais nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros da União, cfr. Julia Iliopoulos-Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne. Etude de droit comparé*, Bruxelles, 2000, Bruylant.

65 A problemática dos serviços de interesse económico geral ganharia especial actualidade a partir do Tratado de Amsterdão que introduziria no Tratado da Comunidade Europeia um novo artigo 7.º-D (hoje artigo 16.º) que, atendendo à posição que estes serviços ocupam no conjunto dos valores da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, dispõe que, sem prejuízo dos artigos 77.º, 90.º e 92.º (hoje artigos 73.º, 86.º e 88.º), a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro dos limites das respectivas competências e dentro do âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões. A Conferência Intergovernamental aprovaria ainda uma Declaração a este artigo (Declaração n.º 13) que sublinharia que as suas disposições relativas aos serviços públicos seriam aplicadas no pleno respeito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente no que se refere aos princípios da igualdade de tratamento, da qualidade e da continuidade desses serviços (sobre o ponto, cfr. C.F. Molina del Pozo, «Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Amsterdam», in *Cuadernos Europeos de Deusto*, v. 21 (1999), pp. 125-160).

Mais recentemente o Conselho Europeu de Nice tomaria nota da comunicação da Comissão sobre os serviços de interesse geral (in *JOCE*, C, 17, pp. 4-23) e aprovaria a declaração adoptada pelo Conselho a este respeito, que reconhece o papel daqueles serviços para assegurar a coesão económica e social na União Europeia no seio dos valores comuns que fundam o modelo social europeu (sem prejuízo dos referidos artigos 73.º, 86.º e 87.º).

um dispositivo que se não afasta particularmente do que encontrávamos já, respectivamente, nos artigos 152.º, 86.º, 174.º e 153.º do Tratado da Comunidade Europeia. Ou com os direitos à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa (artigo 27.º), de negociação e acção colectiva (artigo 28.º), e de acesso aos serviços de emprego (artigo 29.º), reconhecidos já nos artigos 17.º, 11 e 6.º do Título I da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Da mesma forma que o disposto a propósito das condições de trabalho justas e equitativas (artigo 31.º), da proibição do trabalho infantil e protecção dos jovens no trabalho (artigo 32.º), da vida familiar e profissional (artigo 33.º) e da segurança social e da assistência social (artigo 34.º) se situa na linha do prescrito, respectivamente nos artigos 2.º, 7.º, 16.º e 12.º e 13.º da Carta Social Europeia, ainda que as novas regras reflectam compreensivelmente os desenvolvimentos entretanto operados nas concepções e práticas existentes. Mas salientam-se de igual modo alguns rasgos inovadores neste plano, como a afirmação da protecção em caso de despedimento sem justa causa (artigo 30.º), ainda que o seu conteúdo concreto seja obtido por remissão para o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Em matéria de cidadania, o Capítulo V da Carta segue de perto a actual parte II do Tratado da Comunidade Europeia, ao consagrar o direito de eleger e de ser eleito, nas eleições para o Parlamento Europeu (artigo 39.º), de eleger e de ser eleito nas eleições municipais (artigo 40.º), de se dirigir ao Provedor de Justiça (artigo 43.º), de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros (artigo 45.º) e de beneficiar de protecção diplomática e consular (artigo 46.º)⁶⁶. E inclui

66 Cfr., respectivamente, os artigos 19.º, n.º 2, 19.º, n.º 1, 21.º, parágrafo 2, 21.º, parágrafo 1, 18.º e 20.º do Tratado da Comunidade Europeia. E sobre

também o direito de acesso aos documentos (artigo 42.^o)⁶⁷ que o Tratado de Amsterdão inserira naquele mesmo

a origem, desenvolvimento e sentido da cidadania da União, instituída pelo Tratado de Maastricht, cfr. Moura Ramos, «Maastricht e os direitos do cidadão europeu», in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.^a edição, Coimbra, 1999, Coimbra Editora, pp. 323-358, Carlos Closa, «The concept of citizenship in the Treaty of European Union», *Common Market Law Review*, 29 (1992), pp. 1137-1169, Robert Kovar?Denys Simon, «La citoyenneté européenne», *Cahiers de Droit Européen*, 29 (1993), pp. 285-315, Stephen Hall, *Nationality, Migration Rights and citizenship of the Union*, Dordrecht, 1995, Martinus Nijhoff Publishers, Maria Elizabete Gomes Ramos, «Breves notas sobre a cidadania da União Europeia», *Temas de Integração*, v. I (1.^o semestre de 1996), pp. 63-112, Elisa Perez Vera, «Citoyenneté de l'Union Européenne: Nationalité et Condition des Étrangers», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 261 (1996), pp. 245-425, Jo Shaw, «The Many Pasts and Futures of Citizenship in the European Union», *European Law Review*, 22 (1997), pp. 554-572, Joseph H.H. Weiler, «To be an European Citizen», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, v. II-Diritto dell'Unione Europea, Milano, 1998, Giuffrè, pp. 1067-1099, Patrick Dollat, *Libre circulation des personnes et citoyenneté: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 1998, Bruylant, Maria Dolores Blázquez Peinado, *La ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del T.C.E.)*, Valencia, 1998, Tirant lo blanch, Pilar Juarez Perez, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, 1998, Marcel Pons, Marie José Garot, *La Citoyenneté de l'Union Européenne*, Paris, 1999, L'Harmattan, Miguel Gorjão Henriques, «Cidadania e Integração», *ibidem*, v. IV (2.^o semestre de 1999), pp. 65-91, *La Citoyenneté Européenne* (sob a direcção de Christian Philip e Panayotis Soldatos), Montreal, 2000, Chaire Jean Monnet ? Université de Montréal e a série de estudos recolhidos na colectânea organizada por Massimo Le Torre intitulada *European Citizenship. An Institutional Challenge* e citada *supra*, na nota 7. Para uma análise do desenvolvimento jurisprudencial dos preceitos que a consagram, cfr. Helen Toner, «Judicial Interpretation of European Union Citizenship ? Transformation or Consolidation?», *Maastricht Journal of Comparative Law*, 2 (2000), pp. 158-182.

67 Situando este direito num contexto mais geral, no plano da ordem jurídica comunitária, cfr. Hans Ragnemalm, «Démocratie et transparence. Sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions européennes», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, v. II-Diritto dell'Unione Europea, Milano, 1998,

Tratado, passando a contribuir o seu artigo 255.º. Além disso, o artigo 41.º da Carta consagra o direito de todas as pessoas a uma boa administração que, para além de abranger dois direitos até agora já expressamente reconhecidos no Tratado da Comunidade Europeia⁶⁸, se desdobra igualmente no direito de todas as pessoas a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável, direito cujos corolários haviam sido já igualmente recebidos nos próprios Tratados, no direito derivado ou na jurisprudência dos tribunais comunitários⁶⁹.

Giuffrè, pp. 809-830, Roberto Viciano Pastor, «Publicité et accès aux documents officiels dans les institutions de l'Union européenne avant et après le Traité d'Amsterdam», in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, v. I, Bruxelles, 1999, Bruylant, pp. 649-681, Bo Vesterdorf, «Transparency ? Not just a vogue word», in *22 Fordham International Law Journal* (1999), pp. 902-929, *maxime* 913-924 e D.M. Curtin, «Citizens fundamental right of access to EU information: An evolving digital *passepourtout*?», *37 Common Market Law Review* (2000), pp. 7-41.

68 O direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros e o direito de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua, consagrados, respectivamente, nos actuais artigos 288.º, parágrafo 2, e 21.º, parágrafo 3, do Tratado da Comunidade Europeia.

69 A Carta refere expressamente, a este propósito, o direito de qualquer pessoa ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida que a afecte desfavoravelmente (cfr., por exemplo, em matéria de concorrência, o artigo 19.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17/62, do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, e os artigos 2 a 9 do Regulamento n.º 99/63/CEE, da Comissão, de 25 de Julho de 1963), o direito a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial (cfr. o artigo 287.º do Tratado da Comunidade Europeia) e a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões (cfr. o actual artigo 253.º do Tratado da Comunidade Europeia).

O catálogo dos direitos fundamentais reconhecidos pela Carta concluiu-se com o capítulo dedicado à Justiça onde se consagram o direito à acção e a um tribunal imparcial (artigo 47.^o), a presunção de inocência e os direitos da defesa (artigo 48.^o), os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas (artigo 49.^o) e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito no interior da União (artigo 50.^o), em termos que, salvo quanto ao último⁷⁰, reproduzem praticamente o disposto nos artigos 6.^o e 7.^o da Convenção Europeia.

Finalmente, a Carta inclui ainda num último capítulo (o VII) um conjunto de disposições gerais que visam o alcance e os efeitos dos preceitos anteriores. Assim, na primeira (artigo 51.^o), e a propósito dos destinatários das regras da Carta, sublinha-se que estes são constituídos pelas instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, e pelos Estados-Membros, apenas quando aplicam o direito da União⁷¹. A ambas estas entidades cabe

Em particular quanto ao direito a obter uma decisão da administração num prazo razoável, cfr. o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1997, SCK e FNK/Comissão, T-213/95 e T-18/96, *Colectânea*, p. II-1731, que o qualifica como princípio geral de direito comunitário (ponto 56).

70 O acolhimento, nos termos em que é feito, do princípio do *ne bis in idem* configura no entanto uma concepção algo limitativa deste princípio uma vez que apenas dá relevo para o efeito a um anterior julgamento no território da União. No sistema jurídico português, por exemplo, o princípio tem um alcance mais lato, obtendo inclusivamente consagração constitucional no artigo 29.^o, n.^o 5 da lei fundamental. Cfr., já no domínio do Código Penal de 1886, Eduardo Correia (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*, v. I, Coimbra, 1968, Livraria Almedina, p. 175, e, hoje, o artigo 6.^o, n.^o 1 do Código Penal de 1982.

71 Para uma análise dos primeiros arestos jurisprudenciais neste sentido, cfr. Joseph H. H. Weiler, «The European Court at a crossroads: Community

assim respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências. Fiel ao objectivo de se limitar a garantir a transparência do sistema, o número 2 deste artigo sublinha ainda que a Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, não modificando também as atribuições e competências definidas nos Tratados.

Em sede de âmbito dos direitos garantidos, o artigo 52.^o dispõe sobre a sua restrição e o seu conteúdo. Quanto ao primeiro aspecto, prescreve o n.^o 1 que ela deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades⁷². Mais particularmente, precisa-se que, na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União. ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros. Quanto ao alcance dos direitos reconhecidos, o n.^o 2 sublinha que, quando eles se

human rights and member State action», in *Du Droit international au droit de l'integration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1991, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 821-842.

Sublinhando as limitações da fórmula utilizada, em contraposição com a (mais ampla) expressão utilizada pela jurisprudência comunitária que precisa que as exigências dos direitos fundamentais devem ser respeitadas também quando se trate de uma regulamentação nacional que «entre no campo de aplicação do direito comunitário», cfr. Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos, «De Biarritz à Nice: le projet de Charte des droits fondamentaux est-il bien articulé avec le droit de l'Union?», in *Gazette Européenne*, n.^o 25 (dimanche 29 au mardi 31 octobre 2000), pp. 18-23. E sobre o alcance desta última fórmula, cfr. Florence Zampini, «La Cour de justice des Communautés européennes gardienne des droits fondamentaux 'dans le cadre du droit communautaire'», *Revue trimestrelle de droit européen*, (1999), pp. 659-707.

72 Cfr., em idêntico sentido, o artigo 18.^o da Constituição Portuguesa.

baseiam nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos⁷³, acrescentando o n.º 3 que igual regra vale quanto aos direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia, a não ser que a Carta lhes confira uma protecção mais extensa ou mais ampla⁷⁴.

A propósito do nível de protecção conferido, o artigo 53.º clarifica ainda que as disposições da Carta não podem ser interpretadas no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros⁷⁵.

Enfim, numa disposição final (artigo 54.º) proíbe-se o abuso do direito, esclarecendo-se que as normas da Carta não devem ser interpretadas no sentido de exercer actividades ou praticar actos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por elas reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as previstas na Carta⁷⁶.

73 De algum modo se confirmando assim a natureza não inovatória da Carta, quanto ao conteúdo do sistema de protecção dos direitos fundamentais nela contido.

74 Possibilidade esta que o preceito em análise expressamente reafirma.

75 No sentido de que esta disposição limita fortemente o potencial transformador da Carta, cfr. Anne Marieke Widmann, «Article 53: Undermining the impact of the Charter of Fundamental Rights», 8 *The Columbia Journal of European Law* (2002), pp. 342-358.

76 Em idêntico sentido, cfr. o artigo 17.º da Convenção Europeia.

7. Das considerações que precedem parece emergir a conclusão⁷⁷ de que o sistema de protecção dos direitos fundamentais proclamados com a Carta se não concebe em termos de instrumento de uma alteração substancial da situação a este respeito vivida no seio da União. Bem pelo contrário, e muito mais modestamente, para além de não lhe ser atribuída especial força jurídica vinculante, a Carta aparenta não visar alterar de modo algum o equilíbrio existente entre a Comunidade e a União, por um lado, e os seus Estados-Membros⁷⁸, por outro, resultado que aliás deveria ser atingido por alteração dos Tratados. Daí que se insista em que os destinatários dos seus comandos são as instituições e órgãos da União, *na observância do princípio da subsidiariedade*⁷⁹, bem como os Estados-Membros apenas quando apliquem o direito da União⁸⁰.

Mas se a Carta não pretende trazer nada de novo no domínio das relações entre a Comunidade e a União e os seus Estados-Membros, ela também não parece inovar demasiado, em sede de conteúdo dos direitos garantidos, quando precisa, no artigo 52.º, n.º 2, que os direitos nela reconhecidos que se baseiam nos Tratados comunitários ou no Tratado da União são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos⁸¹, e

77 Sublinhada em particular nas Disposições Gerais.

78 Expressamente neste sentido o artigo 51.º, n.º 2, sublinha que a Carta «não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos tratados».

79 Sublinhado nosso.

80 Cfr. o que dizemos *supra*, na nota 71. A fórmula parece querer sublinhar que a aprovação da Carta não envolve qualquer novo compromisso ou limitação da competência estadual.

81 Uma disposição paralela acrescenta que na medida que os direitos reconhecidos na Carta sejam correspondentes aos garantidos na Convenção

que as suas disposições não podem ser interpretadas no sentido e restringir ou lesar o nível de protecção dos direitos fundamentais já atingido no sistema comunitário⁸².

Confirma-se assim que a Carta corresponde ao objectivo querido pelo Conselho Europeu de dar visibilidade ao sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais, sem prejudicar o destino de questões que até agora se encontravam em debate, como a adesão da Comunidade ou da União à Convenção Europeia, nem dar passos significativos na senda da definição quer de um sistema de protecção de direitos humanos a que seja reconhecida centralidade na construção do ordenamento comunitário⁸³,

Europeia o seu sentido e âmbito são iguais aos conferidos por esta Convenção, a não ser que a Carta garanta, o que sempre será possível, uma protecção mais extensa ou mais ampla. A recondução do conteúdo dos direitos fundamentais que a União deve garantir ao alcance que estes obtiveram na jurisprudência do Tribunal dos Direitos do Homem é um dado adquirido pela jurisprudência comunitária? cfr. por exemplo o acórdão de 28 de Março de 2000, Krombach, C-7/98 (ainda não publicado) e Moura Ramos, «Public policy in the framework of the Brussels Convention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice», *2 Yearbook of Private International Law* (2000), pp. 25-39 (33-39).

Atente-se porém em que o relacionamento entre a jurisprudência de Estrasburgo e a do Luxemburgo não se faz apenas neste sentido, podendo igualmente detectar-se uma influência da existência do direito comunitário sobre a interpretação da Convenção Europeia. Neste sentido, cfr. já Maurice Mendelson, *L'incidence du droit communautaire sur la mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1984, Conselho da Europa, especialmente pp. 28-31.

82 Cfr. o artigo 53.º.

83 Para uma análise orientada neste sentido, cfr., por último, as contribuições recolhidas na obra editada por Philip Alston (com Mara Bustelo e James Heenan), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, Oxford University

quer do conteúdo específico que àqueles direitos deva caber, tendo em conta as suas exigências, neste sistema jurídico⁸⁴.

Mas esta modéstia não exclui que, sem pretender embora constituir mais do que o fruto da codificação e do desenvolvimento progressivo do sistema preexistente, a Carta não deixe de vir a inspirar, independentemente do seu valor jurídico, o quadro de valorações da jurisdição comunitária⁸⁵, e não venha a ter igualmente um efeito de irradiação sobre os demais mecanismos (nacionais e internacionais) de protecção dos direitos fundamentais.

Press. Mas demonstrando algum cepticismo quanto à possibilidade de transformar a problemática dos direitos humanos na razão de ser da União, veja-se Armin von Bogdandy, «The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights at the core of the European Union», *Common Market Law Review*, v. 37 (2000), pp. 1307-1338 e Deirdre Curtin, «The 'EU Human Rights Charter' and the Union Legal Order: The 'Banns' before the marriage?», in *Judicial Review in European Human Law* (cit. supra, nota 46), pp. 303-318.

84 Veja-se a propósito, J.H.H. Weiler, «Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the european legal space», in *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, Cambridge University Press, pp. 102-129.

85 Veja-se neste sentido a recente invocação que dela faz o Advogado-Geral Tizzano nas suas conclusões (de 8 de Fevereiro de 2001) (ainda não publicadas) sobre o processo prejudicial C-173/99 [*Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) contra Secretary of State for Trade and Industry*].

A propósito do carácter fundamental do direito a férias pagas (reconhecido no artigo 31.º, 2 da Carta) o Advogado-Geral escreve que embora desprovida, do ponto de vista formal, de valor obrigatório autónomo, não é possível, num litígio que se refira à natureza e ao alcance de um direito fundamental, ignorar os enunciados pertinentes da Carta nem sobretudo *a sua vocação evidente para servir, quando as suas disposições o permitam, de parâmetro de referência substancial para todos os autores ? Estados-Membros, instituições, pessoas físicas e morais ? da cena comunitária* (ponto 28) (sublinhado nosso).