

Pós-graduação em Direitos Humanos

*Contra quem formular uma queixa perante o Tribunal Europeu
dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à
Convenção Europeia dos Direitos do Homem?*

Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”

Cátia Sofia Martins Duarte

2012

“Este é um dia importante para a União Europeia e para os nossos cidadãos. A adesão da UE à Convenção Europeia de Direitos Humanos irá complementar a forte protecção dos direitos fundamentais que já existe na ordem jurídica da União através da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e do desenvolvimento dos direitos fundamentais feito ao longo dos tempos pelo Tribunal de Justiça Europeu. A decisão que a Comissão tomou hoje confirma que os cidadãos podem confiar nos objectivos da legislação da EU para alcançar um nível de protecção dos direitos fundamentais, em linha com as tradições constitucionais dos nossos Estados-membros.”

Discurso de Viviane Reding, Vice-presidente do Conselho da União Europeia, em Bruxelas, 17 de Março de 2010.

“A Convenção Europeia de Direitos Humanos é a referência essencial para a protecção dos direitos humanos em toda a Europa. Ao aceitar submeter o trabalho das suas instituições às mesmas normas de direitos humanos e ao mesmo escrutínio que é aplicado a todas as democracias europeias, a União Europeia está a enviar uma mensagem muito forte – que a Europa está a mudar – e que os mais influentes e mais poderosos estão prontos a aceitar a sua parte da responsabilidade por essa mudança e nessa mudança.”

Discurso de Thorbjørn Jagland, Secretário-geral do Conselho da Europa, Estrasburgo, no dia 7 de Julho de 2010.

ABREVIATURAS

AA – Acordo de Adesão

APC – Alta Parte Contratante

CdE – Conselho da Europa

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Comunidade Europeia

CECA – Comunidade Económica do Carvão e do Aço

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE – Comunidade Económica Europeia

CEEA – Comunidade Europeia de Energia Atómica

DUDH – Declaração Universal dos Direitos dos Homem

EM – Estados-Membros

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

OI – Organização Internacional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

Sumário

1 - Introdução

2 - O acordo de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

2.1 - Uma comparação histórica e evolutiva entre os dois principais sistemas de protecção dos direitos humanos na Europa

2.2 - A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

2.2.1 - Uma questão antiga

2.2.2 - O acordo de adesão

3- O mecanismo de co-demandado

3.1 - A justificação de um mecanismo especial

3.2 - Os casos em que se aplica o mecanismo de co-demandado

3.2.1 - Petições individuais formuladas contra um ou mais Estados-membros

3.2.2 - Petições individuais formuladas contra a União Europeia

3.2.3 - Petições individuais formuladas, separadamente, contra a União europeia e um ou mais Estados-membros

3.3 - A necessidade de intervenção prévia do Tribunal de Justiça da União Europeia

3.4 - Os efeitos do mecanismo de co-demandado

4 - Conclusão

1 - Introdução

A Europa tem sido palco de importantes mudanças no paradigma tradicional do sistema de protecção de direitos humanos¹, em grande medida devido à adopção do Tratado de Lisboa².

O Tratado introduziu alterações significativas na estrutura interna e externa da União Europeia, assumindo, também, compromissos determinantes para uma tutela mais eficaz e coesa dos direitos humanos no espaço europeu. Neste campo as modificações mais conclusivas³⁻⁴ concretizaram-se no texto do artigo 6º do Tratado da União Europeia, que conferiu valor jurídico à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, idêntico ao dos Tratados e estabeleceu, não só como direito, mas como obrigação, a futura adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A adesão somada à concessão de personalidade jurídica⁵ à UE sujeitá-la-á ao escrutínio do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação de direitos consagrados na CEDH. Como tentativa de clarificação dos moldes em que esse escrutínio irá ser feito, quando a responsabilidade possa ser imputada à União e a um ou mais Estados-membros, criou-se um mecanismo próprio para que qualquer particular possa demandar as duas entidades através do “mecanismo de co-demandado”.

Este trabalho visa investigar este particular mecanismo processual e, a partir daí, responder a duas questões essenciais: i) quem responderá perante o TEDH em caso de violação de direitos consignados na CEDH, cometida à luz do direito comunitário; ii) se

¹ Para efeitos do presente trabalho será utilizada, maioritariamente, a expressão “direitos humanos” em vez de, direitos fundamentais, para designar os direitos essenciais e inerentes à dignidade do próprio ser humano, que se aplicam, indiscriminadamente, a todas as pessoas, concretamente determinadas num dado espaço temporal, e em todo o mundo, ou pelo menos em grandes regiões do mundo. Adoptamos, portanto, a dimensão que Vieira de Andrade define como perspectiva internacionalista ou universalista dos direitos fundamentais [Viera de Andrade, 2009, pág. 17], por ser um trabalho que pretende abordar a aplicação e tutela desses mesmos direitos essenciais, não a nível estadual, mas regional.

² Após o que se revelou ser um difícil processo de revisão dos Tratados institutivos da Comunidade Europeia e da União Europeia, entre os seus Estados-Membros, o Tratado de Lisboa foi assinado a 13 de Dezembro de 2007, a versão consolidada do texto publicada no JOUE C 115 a 9 de Maio de 2008, sendo que a última versão das *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* foi publicada no JOUE C 83 a 30 de Março de 2010, entrando em vigor a 1 de Dezembro de 2009.

³ Para além das modificações com influências directas na protecção dos direitos humanos, o Tratado de Lisboa procedeu a um grande número de alterações que, não nos cabe tratar neste trabalho, mas das quais podemos indicar como mais relevantes: i) dissolução da estrutura dos pilares; ii) a substituição da Comunidade Europeia (CE) pela União Europeia (UE); iii) classificação e delimitação das competências exclusivas da UE e das competências partilhadas entre a UE e os EM, com o aumento do âmbito das matérias compreendidas nas competências partilhadas; iv) maior participação dos Parlamentos Nacionais na construção europeia; v) reestruturação orgânica da UE e também a alteração dos sistemas de votação dentro do Conselho Europeu.

⁴ Para uma análise mais aprofundada das principais alterações operadas pelo Tratado de Lisboa vide [MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, A União Europeia Após o Tratado de Lisboa, 2010, páginas 11 a 47] e [SOFIA OLIVEIRA PAIS, Estudos de Direito da União Europeia, 2012, páginas 8 a 20].

⁵ Artigo 47º do TUE.

o mecanismo em causa procede a um verdadeiro reforço na protecção dos direitos dos particulares.

2 - O acordo de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

2.1 - Uma comparação histórica e evolutiva entre os dois principais sistemas de protecção dos direitos humanos na Europa

A protecção dos direitos humanos no continente europeu é feita por dois sistemas, o Conselho da Europa e a União Europeia, “*produtos da mesma ideia, do mesmo espírito e da mesma ambição*”⁶, que sofreram diferentes formas de desenvolvimento e integração ao longo de mais de meio século de existência. Ambos foram criados como mecanismos de combate e prevenção a ameaças contra a paz, segurança e violação dos direitos humanos, que culminassem nos terríveis eventos que caracterizaram a Segunda Guerra Mundial.

O Conselho da Europa (1949) visava a unidade entre os seus membros como salvaguarda dos seus ideais e princípios comuns e para facilitar o progresso económico e social⁷. Não teve o mesmo sucesso que a UE em termos de integração e desenvolvimento orgânico e de competências⁸, no entanto, é uma organização internacional que intervém numa grande variedade de áreas tendo em vista a concretização da identidade⁹ e valores europeus. Deve-se ainda a esta organização a criação do primeiro sistema transnacional de protecção de direitos humanos com a elaboração da CEDH¹⁰ - o primeiro instrumento jurídico de direitos humanos a ter força vinculativa a nível internacional¹¹ -, criando o TEDH, em 1959, sediado em Estrasburgo,

⁶ Introdução do Relatório apresentado por Jean-Claude Juncker, Primeiro-Ministro do Grão-Ducado do Luxemburgo, sobre as relações entre a EU e o CdE, a 11 de Abril de 2006, Doc.10897, publicado em <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc06/EDOC10897.pdf>.

⁷ Ver o artigo 1º, alínea a) do Estatuto do Conselho da Europa, adoptado em 5 de Maio de 1949.

⁸ [TONY JORIS e JAN VANDENBERGHE, 2008/2009, página 4]

⁹ [JONATAS E. M. MACHADO, extracto de *Direito Internacional, do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*]

¹⁰ Assinada a 4 de Novembro de 1950, entrou em vigor a 3 de Setembro de 1953, visando principalmente a protecção dos direitos humanos e preconizando que a manutenção da paz e da justiça só se alcançam num regime verdadeiramente democrático e em que se respeitem os direitos humanos.

¹¹ Apesar DUDH ter sido adoptada e proclamada a 10 de Dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o facto de ter a natureza de resolução não lhe conferia força jurídica vinculativa.

e decisivo na atribuição de legitimidade processual activa ao indivíduo na ordem jurídica internacional.

A EU, fruto de aspirações de cariz mais integrativo e eminentemente económico e político, como forma de garantir a paz na Europa, omitiu nos tratados institutivos das Comunidades Europeias, a consagração de direitos fundamentais, existindo, no entanto, desde o início, a necessidade de se reconhecerem os direitos humanos no seio desta nova organização internacional em crescimento - para além da tutela que já seria feita pela lei fundamental de cada EM¹² - que, devido à magnitude dos poderes que detinha e à inexistência de balizas de actuação, poderia ingerir ilicitamente na esfera de particulares

O TJUE teve, neste campo, um papel determinante através da introdução dos direitos fundamentais na UE pela via dos princípios gerais de direito. Se numa primeira fase da avaliação da validade do direito comunitário se recusou¹³ a utilizar os direitos fundamentais consagrados nas constituições dos EM como parâmetro¹⁴, numa segunda fase abandonou essa posição mais rígida consciente de que as tradições constitucionais de todos os EM e a consequente protecção dos direitos fundamentais não poderiam ser suplantadas pela primazia dada ao Ordenamento Jurídico comunitário. Numa fase final, ou de internacionalização¹⁵, o Tribunal de Justiça passou a utilizar como parâmetro de avaliação instrumentos internacionais de protecção dos direitos do homem, como é o caso da CEDH e do PIDCP, aprofundando o quadro de protecção dos direitos humanos fundamentais na UE, muito à luz do que o actual art.6º, nº3, do TUE estipula¹⁶.

Com efeito, os dois sistemas de protecção de direitos humanos, apesar de terem tido um percurso evolutivo e integrativo distinto, nasceram do mesmo ideal e tudo indica que caminham no mesmo sentido. Apesar de a UE ter iniciado a sua actividade focada no seu sucesso económico e o CdE ter tido desde o início uma visão antropocêntrica da sua actuação, é certo que a União tem vindo a ganhar terreno e

¹²[ANA MARIA GUERRA MARTINS, 2012, PÁG. 274]

¹³ Ver acórdãos: Tribunal de Justiça, Proc. 1/58, **Stork** c. Alta Autoridade, de 4 de Fevereiro de 1959, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61958CJ0001:PT:PDF>; Tribunal de Justiça **Geitling** c. Alta Autoridade <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61960CJ0013:PT:PDF>; Tribunal de Justiça Proc. 40/64, **Sgarlata** c. Comissão, de 1 de Abril de 1965 em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0040:EN:HTML#SM>.

¹⁴ Era dada a primazia total ao direito comunitário, que prevaleceria sobre o direito nacional ordinário e também sobre as normas constitucionais, incluindo as disposições relativas aos direitos fundamentais.

¹⁵ Assim [ANA MARIA GUERRA MARTINS, 2012, pág. 277]

¹⁶ Ver acórdãos: Tribunal de Justiça, Proc. 4/73, **J. Nold** Kohlen-und Baustoffgroßhandlung c. Comissão, de 14 de Maio de 1974, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973CJ0004:PT:PDF>; Tribunal de Justiça, Proc. 36/75,

preocupação quanto à protecção dos direitos humanos, através da criação da CDFUE, da Agência Europeia dos Direitos Fundamentais (FRA) e ainda no alargamento dos valores em que se funda a UE¹⁷. A relação entre estas duas organizações é, no geral, de cooperação¹⁸, assentando em três valores comuns: os direitos humanos, a democracia e o estado de direito

2.2 - A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

2.2.1 - Uma questão antiga

Sempre se apontaram fraquezas à UE¹⁹ no que tange à tutela dos direitos humanos, desde já porque não teria sido edificada sobre uma base humanística, nem tido a preocupação de consagrar um catálogo de direitos humanos que vinculasse a actuação das suas instituições e organismos garantindo uma maior segurança aos cidadãos europeus. Criticava-se também a sua resistência a sujeitar os actos ou omissões produzidos ou omitidos dentro da sua ordem jurídica, a uma revisão externa por parte do Tribunal de Estrasburgo. Algo que seria incoerente dado o facto de todos os seus EM serem parte da CEDH²⁰.

Daí que a questão de se saber se as instituições comunitárias também deveriam ser sujeitas a uma fiscalização externa, sem ser a que já seria feita pelo TJC, tenha sido fonte de preocupação de muitos durante mais de trinta anos. A primeira proposta no sentido da adesão a ser formalizada partiu da Comissão, a 4 de Abril de 1979, através de um memorandum²¹, que não surtiu efeito por discordância por parte do Conselho Europeu. Mais tarde, em 1990, a Comissão voltou a recomendar a adesão, desta vez, através de uma Comunicação²² ao Conselho que, por sua vez, decidiu consultar o TJC²³

Roland Rutili c. Ministro do Interior, de 28 de Outubro de 1975, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975CJ0036:PT:PDF>.

¹⁷ No artigo 2º do TUE pode ler-se que “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos de pessoas pertencentes a minorias. (...)”.

¹⁸ Consultar o Memorandum de Entendimento entre o Conselho da Europa e a União Europeia em [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977Y0427\(01\):PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977Y0427(01):PT:HTML).

¹⁹ Neste sentido [LAURENT SCHEECK, 2005, páginas 845 e seguintes]

²⁰ [VITAL MOREIRA, *A Carta e a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia ed Direitos do Homem (CEDH)*, 2001, página 90, parágrafo 3; e do mesmo autor, *A Tutela dos Direitos Fundamentais na União Europeia*, 2011, página 81, último parágrafo]

²¹ SEC (90) 2087 final, 19 Novembro de 1990, consultar em <http://aei.pitt.edu/6356/>.

²² Boletim das Comunidades europeias, Suplemento 2/79, consultar em <http://aei.pitt.edu/3680/>.

²³ Ao abrigo do então artigo 288º, nº6, do TCE.

sobre a legalidade de uma tal medida. Como resposta o TJC emitiu o famoso Parecer 2/94²⁴ negando determinantemente a possibilidade de adesão com fundamento na falta de competência da UE para “ (...) *produzir normas sobre direitos humanos ou para concluir convenções internacionais nessa área.*”²⁵. Na opinião do TJC para que, a adesão fosse possível, deveriam ser conferidas competências à EU, pelos Tratados, nesse âmbito. Como isso não se verificava, a adesão determinaria uma alteração prévia e necessária dos Tratados. Desde então, e tendo em conta que quer o Tratado de Amesterdão, quer o Tratado de Nice, ignoraram o problema²⁶, não se tomou uma medida definitiva até o Tratado de Lisboa ter conferido à UE personalidade jurídica para poder aderir à CEDH e o ter exigido através do artigo 6º, nº2, do TUE.

Apesar de, antes dos avanços alcançados com o Tratado de Lisboa, a UE não ser alheia às questões relacionadas com a defesa de direitos humanos, na ausência de uma adesão formal à CEDH, esta não teria a jurisdição necessária para rever e parametrizar o direito comunitário à luz daquela. Correndo-se o risco de, um mesmo caso levado aos dois tribunais ter um tratamento e um desfecho distintos²⁷ e a própria CEDH ser objecto de possíveis interpretações antagónicas²⁸, pelo facto de a CEDH ser aplicada quer no TEDH quer no TJC. O que possibilitaria uma sobreposição²⁹ de atribuições e, consequentemente, incertezas jurídicas. Não estamos, contudo, perante uma relação competitiva, mesmo porque os próprios tribunais a configuram como harmoniosa³⁰ e de cooperação informal³¹. A defesa dos direitos humanos não se deve desenrolar unicamente nos Tribunais superiores, pois caberá, em primeira instância, aos Tribunais nacionais garantir a tutela adequada, por terem uma posição de proximidade privilegiada do cidadão.

²⁴ Para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CV0002:PT:PDF>.

²⁵ Parágrafo 27 do Parecer 2/94.

²⁶ [LAURENT SCHEECK, 2005, página 865]

²⁷ Apesar de não se poder afirmar a existência de verdadeiras discrepâncias até à data, podemos apontar dois casos que são exemplo de avaliações distintas feitas pelos dois Tribunais: Tribunal de Justiça, Processo C 159/90, **Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others**, de 4 de Outubro de 1991, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990CJ0159:PT:PDF>; TEDH, Processo 14234/88; 14235/88, **Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda**, de 29 de Outubro de 1992, em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695666&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

²⁸ Para maiores esclarecimentos, que não nos cabe fazer neste trabalho, ver [ADAM D. J. BALFOUR, 2005, páginas 14 e seguintes]

²⁹ Neste sentido [KAROLINE L. MATHISEN, 2010/2011, página 31]

³⁰ [LAURENT SCHEECK, 2005, página 868] e [SONIA MORANO-FOADI, STELIOS ANDREADAKIS, 2011, página 10]

³¹ [NOREEN O'MEARA, 2011, PÁGINA 1815 e 1816]

Estamos perante uma estrutura tripartida, ou um “*triângulo judicial europeu*”³², de meios contenciosos, que aparentemente revela uma tutela excessiva de direitos humanos na Europa, mas que na realidade pode ser pouco eficaz. Perante uma situação de violação de uma disposição contida na CEDH, por parte da UE ou dos EM, o cidadão terá de recorrer aos Tribunais nacionais, que poderão, caso o entendam, colocar a questão ao TJUE a título prejudicial (artigo 267º do TUE) sobre a legalidade do acto comunitário. Poderá ainda recorrer para o TJUE no âmbito de um recurso de anulação (artigo 263º, parágrafo 4º, do TUE) ou omissão (artigo 265º, parágrafo 3º, do TUE), sendo que nestes casos a tarefa por parte do requerente se afigura particularmente penosa, pois caber-lhe-á demonstrar ter sido individual e directamente afectado por tal acto ou omissão. Para além das normas em causa apresentarem grandes condicionalismos, o seu escopo é reforçado por uma interpretação restritiva da jurisprudência do TJUE no mesmo sentido³³, daí que a legitimidade activa dos cidadãos, perante o TJUE, saia prejudicada e dificilmente será posta em prática³⁴. Estará ainda à disposição do particular apresentar queixas perante o TEDH, mas desta feita só o poderá fazer contra o EM que aplicou direito derivado comunitário, porque só os EM são parte na CEDH.

2.2.2 - O acordo de adesão

Carregada de valor simbólico e político, através da adesão, a UE emitiu um sinal claro de que pretendia sujeitar o seu sistema de protecção de direitos humanos a um controlo externo, igual ao que é aplicado a todas as democracias europeias, sujeitando-se, também, ao mesmo tipo de padrão de respeito pelos direitos humanos que exige a qualquer Estado que se pretenda tornar membro da UE³⁵ e também a Estados terceiros

³² Expressão da autoria de Maria Luísa Duarte em [MARIA LUISA DUARTE, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”*]

³³ Ver os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça: Proc. 25/62, **Plaumann** c. Comissão, de 15 de Julho de 1963, para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0025:PT:PDF>; Proc. C-50/00, **Unión de Pequeños Agricultores** c. Conselho da União Europeia, de 25 de Julho de 2002, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0050:EN:HTML>; Proc. T-177/01, **Jégo-Quéré & Cie SA** c. Comissão, de 3 de Maio de 2002, para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001TJ0177:EN:HTML>.

³⁴ Neste mesmo sentido se pronunciam [ADAM D. J BALFOUR, 2005, pág.35], [VITAL MOREIRA, A Tutela dos Direitos Fundamentais na União Europeia, 2011, página 77 e 78, ponto 7, segundo parágrafo] e [MARIA LUISA DUARTE, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, página 4]

³⁵ Conferir artigo 49º do TUE, que adopta o chamado *Critério de Copenhaga*, que abrange o conjunto de critérios necessários para que qualquer país possa aderir à UE, formulados pela então presidência do Conselho Europeu de Copenhaga, em Junho de 1993.

com quem negocie acordos bilaterais³⁶, aumentando assim a sua credibilidade no panorama internacional.

Exigida pelo artigo 6º, nº2, do TUE, lido em conjunto com o Protocolo nº 8 e permitida pelo artigo 59º da CEDH, com a redacção que lhe foi dada pelo Protocolo nº 14, como a adesão não se basta a si mesma, necessitando de implementação, elaborou-se, para efeito, um projecto do acordo de adesão (AA) a ser concluído por todas as Altas Partes Contratantes da CEDH, pela UE e pelos EM da União³⁷. As negociações iniciaram-se a Julho de 2010, entre representantes da Comissão Europeia e os peritos do Comité Director para os Direitos do Homem do Conselho da Europa³⁸, que se reuniram regularmente durante um ano. O grupo informal de trabalho realizou 8 reuniões, pautadas por grande transparência, uma vez que as actas e os relatórios das reuniões foram sujeitos a publicação e nas quais foi dada a oportunidade à sociedade civil de se manifestar através de documentos escritos³⁹.

O Projecto do Acordo de Adesão não foi objecto de nenhum procedimento especial, porém, por se tratar de um acordo internacional de natureza mista⁴⁰, registou várias especialidades⁴¹, e cujo texto final foi publicado a 17 de Julho de 2011, contendo 12 artigo e acompanhado por um relatório explicativo.

Por envolver a adesão de uma Organização Internacional⁴² a um sofisticado aparelho de protecção de direitos humanos (que não estava configurado para receber membros que não fossem Estados), as negociações para se chegar a um projecto do acordo revestiram-se de especial complexidade. Da parte da EU, a maior preocupação em se sujeitar a um controlo externo sempre recaiu sobre a manutenção da autonomia da ordem jurídica comunitária. Aliás uma leitura atenta do Protocolo nº 8 demonstra isso mesmo, o artigo 1º determina que “*O acordo relativo à adesão (...) deve incluir cláusulas que preservem as características próprias da União (...)*”, o artigo 2º, que esse acordo “*(...) deve assegurar que a adesão da União não afecte as suas*

³⁶ Artigo 3º, nº5. Do TUE.

³⁷ O acordo necessitará da ratificação das 47 Altas Partes Contratantes da CEDH, e de acordo com o artigo 218º, nº 6, alínea a), ii) e nº8 do TFUE, da deliberação unânime do Conselho Europeu, depois de aprovado pelo Parlamento Europeu e por cada um dos Estados Membros.

³⁸ Os representantes do Conselho da Europa eram compostos por 14 peritos, 7 dos Estados parte na CEDH, mas não-membros da UE, e 7 dos Estados Parte na CEDH e membros da UE.

³⁹ Consultar os documentos disponíveis online na página do grupo de trabalho responsável pela elaboração do acordo: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/cddh-ue_documents_EN.asp.

⁴⁰ Por intervir por um lado a União, mas também Estados-membros, assim [FRANK HOFFMEISTER, 2010, página1] e [MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA – *A actuação externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa, 2001, páginas 333 e 334*]

⁴¹ Para um entendimento mais aprofundado [MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, “*A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa,*”, 2011, páginas 333 a 338].

⁴² Que até à modificação do artigo 59º da CEDH pelo Protocolo 14, só aceitava Estados soberanos e não OI.

competências nem as atribuições das suas instituições (...) ” e, por fim, o artigo 3º proíbe a criação de disposições que afectem a jurisdição exclusiva da UE no que respeita à interpretação ou aplicação do seu direito originário, nos termos do artigo 344º do TFUE.

3 – O Mecanismo de “co-demandado” [Anexo I]

3.1- A justificação de um mecanismo especial

A necessidade deste mecanismo decorre da peculiar posição que a UE, como ordem jurídica autónoma, mas sem a natureza de Estado, irá adquirir depois de aderir à CEDH, ficando lado a lado com os seus EM.

Considerando que no ordenamento jurídico comunitário, actos adoptados pelas instituições comunitárias podem ser implementadas pelos EM e disposições contidas nos Tratados originários (acordados entre todos os seus EM) podem ser implementadas pelas suas instituições comunitárias, a adesão pode desencadear uma situação única, no próprio sistema da CEDH, em que actos legais promulgados por uma APC serão implementados por outra⁴³.

Do ponto de vista de um particular que formula uma queixa, é essencial determinar quem é que deve responsabilizar, perante o TEDH, por violações da CEDH decorrentes da aplicação da lei comunitária. Neste domínio, não são raras as ocasiões em que o demandante tem a incorrecta percepção de que o responsável por tais violações será o EM, que apenas implementa um acto legal comunitário, sem qualquer tipo de discricionariedade.

A própria jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo não foi uniforme na avaliação destas situações específicas, num período pré-adesão, como se demonstra nos acórdãos *Matthews*⁴⁴, *Bosphorus*⁴⁵ e *Connolly*⁴⁶. O primeiro caso, apesar de envolver a violação da CEDH fundada no direito originário comunitário, não coibiu o TEDH de se pronunciar, decidindo que os EM continuariam a ter responsabilidade pelo respeito da

⁴³ Ponto 32 do Relatório Explicativo, anexo ao Projecto do AA da UE à CEDH.

⁴⁴ Acórdão do TEDH, processo nº 24833/94, de 18 de Fevereiro de 1999.

⁴⁵ Acórdão do TEDH, processo nº 45036/98, de 30 de Junho de 2005, disponível em

⁴⁶ Acórdão do TEDH, processo nº 73274/01, de 9 de Dezembro de 2008, disponível em

CEDH mesmo depois de transferirem parte dos seus poderes soberanos para uma OI⁴⁷, isto é, continuariam a ser responsáveis por actos ou omissões das instituições e organismos da UE. Em *Bosphorus* modifica o rumo da sua jurisprudência e estabelece a chamada “presunção de compatibilidade”, de acordo com a qual, a UE tutelaria os direitos humanos de forma equivalente àquela feita pelo Tribunal de Estrasburgo. Logo, nos casos em que os EM adoptassem medidas comunitárias sem qualquer discricionariedade de implementação, iria abster-se de julgar, aplicando a presunção, mas só enquanto a UE desse garantias de tutela equivalente⁴⁸. No acórdão mais recente - *Connolly* – o TEDH fez uma importante delimitação dos casos em que os EM poderiam ser responsabilizados por violações da CEDH e declarou que essa responsabilidade só existiria quando estivessem em causa medidas internas adoptadas por tais Estados. Deste modo, na eventualidade de ter sido exclusivamente a UE a actuar, os EM não poderiam ser responsabilizados e tais actos seriam imunes à revisão do TEDH, por falta de jurisdição do Tribunal de Estrasburgo, nos termos do artigo 1º da CEDH⁴⁹.

Pretendendo preencher a lacuna e clarificar ou corrigir⁵⁰ a determinação da legitimidade passiva por violações da CEDH, no artigo 1º do Protocolo nº8 garantiu-se que fossem criados os mecanismos necessários para que “*os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos correctamente contra os Estados-membros e/ou a União, conforme o caso*”; nesse sentido, os negociadores do projecto do AA criaram o chamado “*co-respondent mechanism*” que, para efeitos da presente investigação será denominado “mecanismo de co-demandado”.

3.2 - Casos em que se aplica o “mecanismo de co-demandado”

O Projecto de AA da UE à CEDH dedica o artigo 3º à introdução do mecanismo de co-demandado no actual artigo 36º da CEDH, definindo nos números 2, 3, e 4 as três

⁴⁷ Ver anotação 32 ao acórdão *Matthews c. Reino Unido*.

⁴⁸ Ver anotações 155 e 156 ao acórdão *Bosphorus c. Irlanda*.

⁴⁹ Extracto retirado do acórdão *Connolly c. 15 Estados membros*: “*La Cour estime qu'en conséquence les violations alléguées de la Convention ne sauraient être imputées aux Etats mis en cause dans la présente affaire. Quant à une responsabilité éventuelle de l'Union européenne, elle rappelle que cette organisation internationale n'a pas adhéré à la Convention et qu'elle ne peut donc voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci (voir, mutatis mutandis, Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l'Europe, précitée).*”

⁵⁰ Última parte do parágrafo 35 do Relatório Explicativo do AA.

situações em que quer a EU quer os EM se podem juntar num processo, como co-demandados, quando a petição individual é formulada da seguinte forma:

- a) contra um ou mais Estados-membros;
- b) contra a União Europeia;
- c) separadamente contra a União Europeia e um ou mais Estados-membros.

Antes de explorarmos cada uma das duas hipóteses, terão de se precisar algumas questões. A primeira relaciona-se com o facto de esta disposição se aplicar em exclusivo à UE e aos seus EM e, fundamentalmente, para promover uma divisão de responsabilidades entre as duas entidades no que respeita à implementação do direito comunitário. Logo, os restantes Estados parte na CEDH não são visados por este procedimento⁵¹. O segundo reparo prende-se com a distinção que é necessário fazer entre este mecanismo e outras duas formas de envolver mais do que uma Alta Parte Contratante (APC), na CEDH, num processo perante o TEDH.

De acordo com o artigo 36º da CEDH poderão intervir como terceiros, num processo pendente, Estados parte ou qualquer pessoa, que não o autor da petição, sob a forma de apresentação de observações escritas ou participando nas audiências. No entanto, a intervenção deste terceiro não lhe dará o estatuto de parte no processo, nem o vinculará à decisão final.

Adicionalmente, o autor sempre poderá formular uma petição individual contra mais do que uma APC, todavia nesse caso terá de esgotar as vias de recurso internas de todos os Estados parte envolvidos e estes, por sua vez, respeitadas todas as condições de admissibilidade de tal petição, não poderão recusar ser parte no processo.

Pelo contrário, quando entramos no âmbito do mecanismo de “co-demandado”, o autor da petição individual não é obrigado a esgotar as vias de recurso internas⁵² de cada APC que demanda, e o processo em si é de jurisdição voluntária, o que quer dizer que, o co-demandado terá de concordar e requerer a sua intervenção no processo, mas uma vez

⁵¹ Note-se, contudo, que, de acordo com o parágrafo 33 do Relatório Explicativo, este mecanismo aplicável apenas à EU e aos EM não deve ser visto como um privilégio destas APC na CEDH, mas como uma forma de evitar falhas na determinação das partes com legitimidade passiva e na aplicação do sistema da CEDH.

⁵² Conferir artigo parágrafo 4 do artigo 36º da CEDH, introduzido pelo artigo 3º, nº 1, alínea b) do Projecto do Acordo de Adesão da União Europeia à CEDH, e parágrafo 34 do respectivo relatório explicativo.

aceite passará a intervir como parte (e não apenas como terceiro), e a vincular-se pela decisão do TEDH nesse assunto.

Ao contrário da intervenção de terceiros, o mecanismo de “co-demandado” permite que a APC, não tendo sido a principal demandada nem a responsável pela implementação do acto que causou a violação, adquira a posição de co-demandada, por ser a que esteve na base de tal actuação ou omissão ilícita⁵³.

Para uma melhor compreensão vejamos os casos em que se pode recorrer ao mecanismo.

3.2.1 Petições individuais formuladas contra um ou mais Estados-membros

De acordo com o artigo 3º, nº 2, do Projecto de AA da EU à CEDH, quando for demandado um ou mais EM, a UE terá legitimidade para requerer o estatuto de co-demandado, caso a petição inicial formulada diga respeito a questões relacionadas com a compatibilidade entre direitos consagrados na CEDH e disposições de direito comunitário, desde que a alegada violação pudesse ter sido evitada pelo não cumprimento de uma obrigação decorrente do direito comunitário.

Estará em causa a violação de direitos contidos na CEDH e violados por disposições de Direito Comunitário primário (tratados originários e princípios gerais de direito) ou derivado (regulamentos, directivas, recomendações e disposições).

As violações visadas por este preceito abrangem duas situações possíveis:

- a) O acto jurídico comunitário é ilícito por ser, por si mesmo, incompatível com as disposições da CEDH, contaminando a licitude do acto implementador da disposição jurídica comunitária;
- b) O acto jurídico comunitário é compatível com os direitos consagrados na CEDH, mas as medidas de implementação não foram tomadas em cumprimento dos deveres impostos pela CEDH.

Em qualquer uma das situações descritas, a UE pode requerer ser parte no procedimento, depois do TEDH ter verificado que as condições necessárias estão preenchidas.

⁵³ Parte final dos parágrafos 37 e 49 do Relatório Explicativo do AA.

No período pré-adesão, o EM demandado seria o único passível de ser responsabilizado por tal violação, porque a UE não seria parte na CEDH, logo imune à jurisdição do Tribunal de Estrasburgo. Depois do acordo entrar em vigor, caso a UE decida juntar-se a este tipo de processo, a sentença emanada pelo TEDH sobre a ilicitude do acto comunitário vinculará⁵⁴ os dois sujeitos processuais passivos.

O efeito útil de uma sentença que resulte da concessão do estatuto de co-demandada à UE prende-se com o facto de apenas⁵⁵ esta ter competência para reparar a vicissitude do acto legal em causa⁵⁶, já que só as instituições da União Europeia poderão criar, modificar ou extinguir actos jurídicos comunitários⁵⁷, nos termos do artigo 2º, nº 1 e 2 do TFUE⁵⁸.

No que respeita às condições de admissibilidade processual, não basta que a UE requeira juntar-se ao processo, já que o TEDH terá a função de examinar e decidir se as condições necessárias⁵⁹ ao litisconsórcio estão preenchidas, depois de ouvidas todas as partes no processo, nos termos do nº 5 do artigo 3º do Acordo de Adesão.

3.2.2 - Petições individuais formuladas contra a União Europeia

Nos termos do artigo 3º, nº 3 do Projecto de AA, quando a União seja demandada um ou mais EM poderão juntar-se ao processo, como co-demandados, sempre que o pedido esteja relacionado com uma alegada violação de direitos consagrados na CEDH, por disposições contidas no TUE, TFUE ou por disposições com o mesmo valor jurídico, e se essa mesma violação pudesse ter sido evitada através do incumprimento de obrigações impostas por aqueles mesmos instrumentos jurídicos.

Aqui estão contemplados apenas os casos que configurem o incumprimento de obrigações decorrentes da CEDH, por actos ou omissões das instituições ou organismos da União, isto é, actos jurídicos comunitários decorrentes da aplicação de direito primário comunitário.

⁵⁴ Nos termos do artigo 46º da CEDH.

⁵⁵ No âmbito dos domínios materiais em que os EM atribuam competência à UE para legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos, de acordo com os artigos 5º, do TUE, e 2º do TFUE.

⁵⁶ [XAVIER GROUSSOT, TOBIAS LOCK E LAURENT PECH, 2011, página 12]

⁵⁷ Consultar artigos 293º e seguintes do TFUE, sobre os processos de adopção dos actos jurídicos da União Europeia.

⁵⁸ Notar que, mesmo nos domínios em que a competência entre a EU e os EM é partilhada e os EM podem exercer funções legislativas em conjunto com a UE, esse exercício é subsidiário, isto é, posto em prática quando “a União não tenha exercido a sua competência”.

⁵⁹ Condições definidas pelo artigo 3º, nº 2, do AA.

Nestes casos concretos a maior vantagem em fazer funcionar o mecanismo, envolvendo um ou mais EM no processo, seria o facto de apenas estes deterem o poder de emendar os Tratados institutivos⁶⁰, no sentido de repararem a alegada violação, alteração essa que exige a ratificação por cada um dos Estados-membros.

A nível processual, funciona muito à semelhança do que o nº 2 do artigo 3º do Acordo de Adesão estipula, isto é, exige que sejam os Estados-membros a requerer a sua participação no processo como sujeito processual passivo juntamente com a UE, caso se verifique a incompatibilidade entre disposições da lei comunitária e da CEDH, desde que essa incompatibilidade pudesse ser evitada pelo incumprimento da disposição ilícita do direito comunitário primário, cabendo ao Tribunal de Estrasburgo a última palavra quanto à admissibilidade da aplicação do mecanismo, depois de consultadas todas as partes no processo.

3.2.3 - Petições individuais formuladas, separadamente, contra a União Europeia e um ou mais Estados-membros

O artigo 3º, nº4 do Projecto de AA prevê também a situação em que uma petição individual é formulada contra e notificada, quer à UE, quer a um ou mais EM, em separado. Nestas circunstâncias o mecanismo de “co-demandado”, apesar de não operar automaticamente, poderá ser utilizado se se verificarem três condições:

- a) um dos sujeitos processuais passivos requeira ao TEDH a aplicação do mecanismo em causa;
- b) estiverem preenchidos os requisitos dos nºs 2 e 3 do artigo 3º da AA;
- c) quando os pedidos, individualmente formulados e notificados, configurem como causa de pedir a mesma violação de direitos consagrados na CEDH, já que em casos em que o requerente alegue a existência de violações diferentes para a EU e para os EM, separadamente, o mecanismo de litisconsórcio não será aplicado⁶¹.

⁶⁰ Consultar artigo 48º do TUE que estabelece os dois processos de alteração dos Tratados – ordinário ou simplificado.

⁶¹ Parágrafo 38 do relatório explicativo do AA.

No seguimento de um dos sujeitos processuais passivos ter manifestado interesse em intervir no processo a título principal, através do mecanismo de co-demandado, o Tribunal de Estrasburgo irá informar oficiosamente a contraparte e o outro demandado sobre tal pedido e conferir um curto período de tempo para estes últimos se pronunciarem.

*

Em termos de formalidades o artigo 3º, do AA é omissivo no que respeita ao acesso à informação necessária para uma entidade poder decidir requerer, eventualmente, a sua intervenção como co-demandada. No entanto, os parágrafos 46 e 47 do Relatório Explicativo do AA, indicam uma possível intervenção prévia do TEDH nesse sentido, através da publicação das petições individuais que devem ser apreciadas e das datas das notificações feitas aos demandados. Ainda se menciona a possibilidade de o TEDH vir, numa fase posterior do processo, ou ao notificar o demandado, indicar que uma APC poderá intervir no processo como co-demandado.

Nos três casos descritos, depois de ouvidas todas as partes, o TEDH irá decidir, se a mudança de estatuto processual para co-demandado é aceitável à luz dos critérios estabelecidos e informar as partes da sua decisão final. No entanto, esta decisão incidental⁶² não deve prejudicar a decisão do mérito da causa⁶³.

3.3 - A necessidade de intervenção prévia do TJUE [Anexo II]

A preocupação da UE em proteger o princípio da autonomia da ordem jurídica comunitária manifestou-se e balizou a elaboração do AA. Afigurava-se indesejável que

⁶² Embora nem o Projecto, nem o Relatório Explicativo do AA qualifiquem a natureza jurídica deste mecanismo, tudo nos leva a crer e, principalmente, pela forma como foi configurado, que se trata de um incidente de instância.

⁶³ Parte final do nº 4 a ser aditado ao artigo 36º da CEDH, pelo artigo 3º, nº 1, alínea b) do AA e ainda o parágrafo 50 do Acordo de Adesão.

o TEDH pudesse averiguar da compatibilidade de um acto jurídico comunitário, caso o TJUE ainda não se tivesse pronunciado sobre a questão⁶⁴.

Em causa estaria o estipulado no artigo 6º, nº2, *in fine*, do TUE e pelo Protocolo nº 8, sobre a exigência da adesão não afectar as competências e atribuições das instituições da EU, que, interpretado em conjunto com o artigo 344º do TUE, impõe que seja o TJEU a julgar, em primeira instância, qualquer diferendo relacionado com a interpretação e aplicação dos Tratados institutivos.

Para além disso, uma revisão interna, por parte, do TJUE serviria e estaria em concordância com o princípio da subsidiariedade subjacente à própria função de supervisão externa⁶⁵ do TEDH. Ora, nestes termos, será da competência das APC aferirem, em primeira instância, através dos Tribunais nacionais de qualquer acto legal incompatível com a CEDH. Assim, o TJUE funcionando como o Tribunal interno da UE/APC na CEDH, tem⁶⁶ a obrigação de rever internamente essas incompatibilidades.

Logo, de acordo com a regra da exaustão das vias de recurso internas, uma queixa que diga respeito à infracção de disposições da CEDH por direito comunitário originário, deve ser directa e previamente dirigida ao TJEU, antes de ser sujeita a um recurso externo por parte do Tribunal de Estrasburgo. Assim, as petições iniciais formuladas, junto do TEDH, contra a UE, nos termos do artigo 3º, nº 3, do AA, já teriam a garantia de uma intervenção prévia por parte do TJUE.

No entanto, a situação complica-se quando a violação de direitos consagrados na CEDH seja levada a cabo através da implementação de um acto jurídico comunitário por um EM. Nestas situações e respeitando a regra da exaustão das vias de recurso internas de cada APC na CEDH, os tribunais a quem se deve formular a queixa, em primeira instância, são os Tribunais nacionais do EM onde o acto ilícito ocorreu. Nestes casos, o TJUE só averiguará da compatibilidade destes actos se o Tribunal nacional decidir que este deve intervir a título prejudicial, fazendo uso do procedimento contido no artigo 267º do TUE. Como, nestas circunstâncias, cabe ao Tribunal nacional decidir

⁶⁴ Ver documento emitido pelo TJUE, a 5 de Maio de 2010, sobre a adesão da UE à CEDH, em especial o parágrafo 12, acessível online: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en.pdf.

⁶⁵ Não é unânime a qualificação da posição do TEDH em relação ao TJUE como exercendo uma revisão externa, muitos preferem configurá-la como uma relação de especialidade, para evitar a criação de um quadro hierárquico.

⁶⁶ Parágrafo 7 do documento emitido pelo TJUE, a 5 de Maio de 2010, sobre a adesão da UE à CEDH.

sobre a intervenção do TJUE, mesmo que uma das partes no processo solicite essa intervenção, foi determinado que as questões prejudiciais não deveriam ser consideradas⁶⁷ mecanismos de recurso interno a serem esgotados, nos termos do artigo 35º, nº1, da CEDH. Tratando-se de um poder e não de uma obrigação por parte dos Tribunais nacionais, nada garante que a questão da compatibilidade seja suscitada no TJUE. Como resultado, estes casos concretos podem ser apreciados pelo TEDH sem nunca terem sido revistos internamente pelo TJUE.

Para evitar a falta de controlo interno de actos jurídicos de direito comunitário derivado, os negociadores do AA esforçaram-se por criar um procedimento que permitisse ao TJUE pronunciar-se previamente, dentro de determinadas condições e desde que isso fosse feito com a maior celeridade⁶⁸.

Desta forma, estatuiu-se no artigo 3º, nº2 do AA que, quando a petição inicial é formulada, apenas, contra um ou mais EM e a EU venha a intervir posteriormente como co-demandada (pedidos que ponham em causa a compatibilidade de direito comunitário originário) e cumulativamente o TJUE ainda não tenha tido a oportunidade de averiguar, em termos de revisão interna, da licitude de tais actos. Nestas condições, terá de ser dada a oportunidade ao Tribunal da EU de se pronunciar previamente à decisão final do TEDH.

Contudo, a referência prévia ao TJUE deve ser feita com a brevidade necessária para que o processo perante o TEDH decorra sem maiores delongas a custo da decisão de mérito.

De um modo geral, os mecanismos processuais perante o TJUE manter-se-ão os mesmos com a particularidade de qualquer cidadão poder questionar o TEDH directamente, sobre a validade de direito comunitário, sem recorrer previamente ao Tribunal do Luxemburgo. A admissibilidade das queixas perante o TEDH também não sofrerá alterações, mas espera-se que, devido ao risco de sobrecarga de processos

⁶⁷ A mesma opinião foi expressa no 5º e 6º parágrafo da Declaração Conjunta dos dois Presidentes dos Tribunais Superiores da Europa – TEDH e o TJUE – Costa e Skouris, respectivamente, disponível online em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf.

⁶⁸ Parte final do 7º parágrafo da Declaração Conjunta dos dois Presidentes dos Tribunais Superiores da Europa – TEDH e o TJUE – Costa e Skouris.

apresentados perante esta instância, uma maior atenção seja dada à exaustão das vias de recurso interno.

O que significa, da parte de quem formula uma queixa perante o Tribunal de Estrasburgo que deve ter o cuidado de esgotar as instancias internas adequadas, de acordo com o acto jurídico comunitário que visa impugnar. Por outras palavras, quando estiver em causa a legitimidade de uma medida comunitária implementada por um EM, o visado deve dirigir-se, em primeiro lugar, aos Tribunais nacionais desse Estado; quando estiver em causa um acto comunitário implementado pelas instituições da UE a queixa deve ser dirigida, em primeira instância, ao TJUE. Se em um dos dois ou em ambos os casos o requerente não ficar satisfeito com a decisão, sempre terá uma segunda oportunidade de levar o caso perante o TEDH.

3.4 - Os efeitos do mecanismo de co-demandado

Em termos práticos, é pouco provável que este mecanismo venha a ter grande aplicabilidade⁶⁹, isso deve-se ao histórico de casos apresentados perante o TEDH demonstrarem a pouca utilização que viria a ter, caso já tivesse sido criado, e pelo facto de a maioria das petições iniciais formuladas perante o Tribunal de Estrasburgo, não terem seguimento por não preencherem todos os requisitos de admissibilidade estatuídos no artigo 35º da CEDH. Esta limitação da futura aplicação do mecanismo é ainda reforçada pelo facto de o relatório explicativo do AA determinar que o procedimento de avaliação da admissibilidade das queixas, feita pelo Tribunal de Estrasburgo, não sairá prejudicada ou sequer modificada com a aplicação do mecanismo de co-demandado. Aliás, essa fiscalização prévia continuará a seguir os mesmos moldes rigorosos, só sendo notificadas às APC as queixas que o TEDH entender seleccionar para seguirem os trâmites de um processo de co-demandado⁷⁰.

A natureza voluntária do mecanismo de co-demandado é a característica que mais se evidencia e que mais controvérsia cria. Com efeito, quer a UE quer os EM terão de

⁶⁹ Parágrafo 44 do AA e [XAVIER GROUSSOT, TOBIAS LOCK E LAURENT PECH, 2011, página 12]

⁷⁰ Artigo 3º, nº 5, e parágrafo 45 do relatório explicativo do AA.

requerer, isto é, manifestar vontade de intervir ao lado do demandado principal num processo perante o TEDH.

Nem o Tribunal de Estrasburgo nem o demandado gozam da faculdade de exigir a intervenção de um co-demandado. Tudo dependerá do interesse deste último em agir e poder contestar o pedido formulado perante o TEDH, juntamente com o demandado.

Aquando das negociações que antecederam a criação do projecto do AA, foram propostas várias soluções, entre elas, a faculdade da Comissão Europeia e de qualquer EM pedirem um parecer prévio ao TJUE sobre a determinação do responsável pela violação. No entanto, uma solução destas implicaria demoras excessivas num processo, já por si, moroso. Sugeriu-se, ainda, que a União deveria ser obrigada a juntar-se ao processo como co-demandada, se as condições o exigissem, mas uma alternativa destas iria pôr em causa a responsabilização da União. Recomendou-se, também, que deveria ser o demandado a requerer a presença do co-demandado, já que iria ser o único a suportar os efeitos de uma sentença.

A decisão final no sentido de se atribuir natureza voluntária ao mecanismo teve em consideração os limites estabelecidos pelo Protocolo nº8 no que respeita à preservação da divisão das competências e atribuições entre as instituições da União, bem como à jurisdição exclusiva do TJEU em relação à interpretação e aplicação dos Tratados. De outra forma exigir a presença quer de um EM quer da UE iria colocar o Tribunal de Estrasburgo numa posição de poder delimitar as competências entre as duas entidades, isto é, determinar quem detém dentro do ordenamento jurídico comunitário a competência⁷¹ pela implementação dos actos jurídicos.

Neste sentido, o artigo 1º, alínea b) do Protocolo nº8 apenas dispõe que seja criado um mecanismo que assegure que os recursos sejam dirigidos à entidade certa, não exige que o mecanismo assegure a delimitação correcta e apriorística da entidade responsável pela violação de direitos consagrados na CEDH, já que aí existiria o “risco” de o TEDH ter de interpretar os Tratados originais da União para proceder à divisão de competências e responsabilidade entre a UE e os EM.

⁷¹ Parágrafo 54 do Relatório Explicativo do AA.

No domínio de aplicação do mecanismo de co-demandado, a competência do TEDH, limita-se à verificação da existência de uma violação de disposições da CEDH por direito comunitário, mas sem determinar quem foi a entidade responsável por tal medida.

Se estivéssemos perante uma Organização Federal típica em que a Federação é responsável quer pelos seus próprios actos, quer pelos actos dos Estados federados, a questão de exigir a presença da entidade responsável seria simples. Na presença de uma organização como a UE, que atribui o poder executivo aos EM e o legislativo à União, cada um pode ser responsabilizado separadamente, logo exigir a presença de uma das entidades será visto como uma ingerência externa no próprio funcionamento da União.

Quem partilhe desta visão argumentará que a intervenção voluntária do co-demandado é justa porque a CEDH não exige a nenhuma outra APC que participe como parte principal num processo cujo pedido não a configurou, inicialmente, como demandado, logo não faria sentido fazer essa exigência à União ou a um EM⁷².

No entanto, quem discorde da discricionariedade subjacente ao mecanismo irá salientar que, se uma APC for, inicialmente, configurada como demandado, não poderá optar por intervir, já que a sua presença será obrigatória. Logo, se apesar de não configurado como demandado o co-demandado tenha tanta legitimidade para ser parte no processo como o demandado, não será coerente que a CEDH determinar que numa situação a intervenção seja vinculativa e noutra voluntária⁷³.

O grupo de trabalho responsável pela elaboração do Projecto de AA ao estabelecer o âmbito de aplicação do mecanismo de co-demandado, pareceu ter tido mais em consideração os limites que restringiam a sua liberdade criativa do que uma solução que tivesse verdadeiro efeito útil. Aliás, neste sentido, o próprio Relatório do Explicativo do Projecto do AA, no parágrafo 40, parece sugerir que nos casos em que a UE devesse ser chamada a intervir num processo sem ter o estatuto de demandada, essa intervenção seria mais apropriada através de um da intervenção de terceiros, ao abrigo do artigo 36º, da CEDH, do que propriamente através do mecanismo de co-demandado. Salientando que o não preenchimento dos requisitos para activar o mecanismo de co-demandado não

⁷² Parte final do parágrafo 47 do Relatório explicativo do AA.

deve precluir a intervenção de terceiros. No entanto, no âmbito da intervenção de terceiros, a sentença só vincula o demandado e esta particularidade retira-lhe o efeito prático, caso eventualmente o terceiro fosse a única entidade com competência para reparar a situação de violação.

Percebendo-se o motivo de cautela que esteve presente durante a elaboração do Projecto do AA, não se podem deixar de apontar falhas, que decorreram da própria natureza voluntária do mecanismo.

Em termos estritamente processuais a vantagem de se criar o mecanismo de co-demandado decorre do efeito útil que poderá resultar de uma sentença proferida pelo TEDH sobre a incompatibilidade de um acto jurídico comunitário e que vincule quer o demandado quer o co-demandado. Esse efeito útil manifesta-se sempre que uma decisão do TEDH possa produzir os efeitos necessários à reparação do acto comunitário violador de direitos humanos consignados na CEDH. Colocar na discrição do eventual co-demandado a decisão de participar no processo, com esse estatuto, diminui as possibilidades de uma sentença vir a regular devida e definitivamente uma situação abusiva.

Quando uma petição inicial for formalizada apenas contra a entidade que implementou (órgão executivo) o acto jurídico comunitário, alegadamente, incompatível com a CEDH, a entidade na base legal desse acto (órgão legislativo) poderá intervir como co-demandado ao lado do demandado, podendo apresentar a contestação necessária e vinculando-se à decisão proferida pelo TEDH. Se o Tribunal de Estrasburgo declarar a incompatibilidade do acto comunitário com disposições da CEDH, a única entidade com a competência para reparar a vicissitude será aquela que intervém no processo como co-demandado, isto é, a entidade com competência legislativa para modificar ou extinguir o acto comunitário em causa, dando o desejado efeito útil à causa.

Por um lado, encontra-se ainda outro obstáculo, pois mesmo que o co-demandado decida intervir no processo e acatar as responsabilidades pelo acto jurídico comunitário incompatível, nada no Projecto de AA nos garante que este tomará as medidas internas

⁷³ Neste sentido [XAVIER GROUSSOT, TOBIAS LOCK E LAURENT PECH, 2011, página 13, parágrafo]

necessárias para executar⁷⁴ a sentença do TEDH, que terá uma natureza meramente declarativa.

Por outro lado, caso o co-demandado recuse intervir no processo, o demandado continuará na mesma situação processual de poder ser responsabilizado pela implementação de um acto incompatível. No entanto, aqui poderão surgir problemas relacionados com a falta de efeito útil da sentença e conflito de deveres. Imaginando que o demandado é um EM e que a UE se recusou a intervir como co-demandada, e caso o TEDH declare a incompatibilidade de tal acto, o EM, para além de não conseguir reparar o acto inquinado, ver-se-á na posição conflituante de, respeitando a sentença do TEDH, incumprir com obrigações comunitárias, e optando por observar estas últimas desrespeitar a decisão do TEDH⁷⁵.

Só o tempo dirá como a União ou os seus EM farão uso deste mecanismo, contudo, é de prever que essa intervenção seja feita quando, em raros casos, as condições necessárias estejam preenchidas. Como já se fez notar, mesmo que não esteja em jogo o facto de o co-demandado adquirir plenos direitos processuais deverá, pelo menos, pesar o respeito pela complementaridade do sistema de protecção de direitos humanos⁷⁶⁻⁷⁷ na Europa e especialmente na União.

Depois de definido o âmbito de aplicação do mecanismo de co-demandado e de verificados os efeitos que decorreram do mesmo em termos estritamente processuais, cabe-nos determinar quais as consequências que tal mecanismo terá a nível de protecção efectiva dos direitos humanos de cada cidadão.

Considerando que o cidadão comum a que nos referimos não possui conhecimentos jurídicos, encontra logo à partida um obstáculo quando confrontado com a complexidade deste mecanismo, se chegar, sequer, a ter conhecimento da sua existência.

Terá de ter conhecimento da divisão de competências dos domínios materiais que se estabelece, no TFUE, entre a União e os EM, para saber quem será o responsável pela

⁷⁴ Embora o artigo 46º da CEDH estabeleça a força vinculativa e executiva das sentenças proferidas pelo TEDH, no âmbito do mecanismo de co-demandado este Tribunal só poderá declarar a incompatibilidade e não a invalidade de um acto, logo essa declaração não poderá determinar as medidas necessárias para pôr um termo à situação.

⁷⁵ Ver caso *Bosphorus*, consultar nota de rodapé número 44 deste trabalho.

⁷⁶ [NOREEN O'MEARA, 2011, PÁGINA 1821]

implementação do acto jurídico, violador de direitos humanos, e quem demandar perante o TEDH. Terá ainda de ter conhecimento que um recurso ao Tribunal de Estrasburgo tem a natureza de revisão externa, logo terá de ter conhecimento das vias de recurso internas que terá de esgotar, de acordo com a entidade que pretenda demandar.

Outro problema que se poderá colocar nesta fase e que exigirá maiores conhecimentos ao requerente, mas que não nos coube tratar neste trabalho, é o facto de na EU existir uma sobreposição de catálogos de direitos humanos – a CEDH e a CDFUE – que, apesar de na maioria das matérias se sobreporem, não são inteiramente coincidentes. Daqui decorre que, como o TEDH só tem jurisdição sobre os direitos humanos consagrados na CEDH, os direitos exclusivamente consagrados na CDFUE só beneficiam da protecção jurisdicional que lhes é dada no sistema de protecção de direitos humanos da União. Assim, se um particular se quiser queixar, por exemplo, de um acto que diga respeito à sua cidadania europeia, não o poderá fazer para o TEDH porque tal matéria só é consagrada na CDFUE⁷⁸.

Por isso, a análise aqui feita terá de partir do pressuposto que este cidadão, sem formação jurídica, tem acesso ao apoio judiciário devido, que o informe sobre o funcionamento de todos os recursos judiciais internos e externos que estão ao seu dispor.

O maior mérito que decorre da adesão da UE à CEDH é, sem dúvida, a possibilidade da União poder ser demandada por actos ou omissões das suas instituições ou mecanismos por violações de direitos humanos.

A maior vantagem de se demandar a União é a de que quem tem a legitimidade activa só ter de esgotar as vias de recurso interno nacionais, não sendo obrigada a recorrer previamente ao TJUE, apesar do TEDH, na pendência do processo, poder solicitar uma referência prévia ao Tribunal do Luxemburgo.

Caso queira demandar um ou mais EM, terá de esgotar todas as vias de recurso internas de cada EM demandado, o que se reflecte numa demora excessiva.

⁷⁷ Assim, extracto do discurso de Viviane Reding apresentado na página 2 deste trabalho.

⁷⁸ Vide [MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, A União Europeia Após o Tratado de Lisboa, 2010, páginas 89]

Considerando especificamente o mecanismo de co-demandado, é possível que a União ou os EM intervenham com o estatuto de co-demandado, mas essa possibilidade que beneficia, em primeiro lugar, aquele que sofreu a violação de um direito humano fica na disponibilidade daquele que, alegadamente, perpetuou essa violação (pelo menos indirectamente, por ter legislado nesse sentido), e que teria o poder de corrigir a situação.

Ao formular um pedido ao TEDH, o cidadão pretende que o Tribunal declare a situação de violação e que essa situação venha a ser, efectivamente, reparada como consequência óbvia da sentença, já que a mera declaração não terá o efeito prático pretendido. Num caso em que seja necessária a intervenção da União ou de um EM como co-demandados para dar efeito útil à causa e essa intervenção não venha a ocorrer, mesmo que seja declarada a incompatibilidade do acto comunitário e um dos demandados responsabilizados, o requerido não terá a garantia de que o acto seja reparado, porque a entidade com competência para tal não foi vinculada pela sentença.

Se, pelo contrário, a sentença vincular o demandado e o co-demandado, aumentando a utilidade da sentença e vinculando os dois sujeitos processuais aos seus efeitos e também a executá-la, de acordo com o artigo 46º do CEDH, nada garante ao particular o que acontecerá ao acto jurídico comunitário violador do seu direito. Isto porque ao TEDH caberá fundamentalmente julgar a compatibilidade entre disposições comunitárias e as contidas na CEDH, não procederá à substituição da decisão dos Tribunais nacionais ou do TJEU pela sua própria decisão ou declarar de forma vinculativa a validade dos actos da União. O Tribunal de Estrasburgo não tem o poder de anular os actos comunitários, mas simplesmente de declarar a sua incompatibilidade, mantendo, desta forma, a União o poder absoluto sobre a sua própria lei e, em última análise, ser ela a avaliar as consequências da declaração de incompatibilidade⁷⁹.

Em última análise, as questões técnicas que envolvem o mecanismo de co-demandado não beneficiam totalmente o cidadão porque, para além de excessivamente complexo, depende da vontade dos co-demandados em intervirem no processo para que os seus efeitos sejam produzidos. Este voluntarismo porá em causa, portanto, um efectivo controlo das acções comunitárias que prejudiquem o cidadão e é incapaz de

garantir que sejam tomadas as medidas de reparação das acções ou omissões comunitárias incompatíveis com a CEDH.

4 - Conclusão

Devem ser reconhecidos os avanços alcançados com a adesão da União à CEDH. Deve também ser tido em conta a especialíssima adesão que está em causa, e todas as mudanças que tiveram e terão de operar para superar um tal desafio nas duas ordens jurídicas, nomeadamente quanto à adopção e adaptação dos mecanismos processuais.

Apesar da criação do mecanismo de co-demandado ter tido, aparentemente, como escopo a promoção e garantia do reforço da protecção dos direitos humanos na Europa, ficou aquém do que seria esperado.

No que respeita à posição do cidadão comum que formula uma queixa, deparar-se-á com vários obstáculos: excessiva complexidade do mecanismo; possíveis problemas na sua compreensão e utilização; a falta de protagonismo que lhe é dado num processo que visa a sua protecção; a falta de garantias do efeito útil da decisão do TEDH e reparação do direito violado.

Com efeito, teria sido mais útil conferir ao autor e ao demandado a faculdade de solicitar a intervenção do co-demandado quando da sua intervenção pudesse resultar uma efectiva reparação da situação em causa.

Assim, evitando afectar a autonomia da ordem jurídica comunitária, o Projecto de AA deixa na discricionariedade da União e dos seus EM, numa primeira fase, intervirem como co-demandados e, numa segunda fase, tomarem as medidas que entenderem depois de declarado a incompatibilidade de um acto jurídico comunitário. Não está, por isso, de todo, assegurado ao particular que sejam tomadas todas as medidas necessárias para a reparação adequada do direito humano violado.

⁷⁹ Neste sentido [XAVIER GROUSSOT, TOBIAS LOCK E LAURENT PECH, 2011, página 5, parte final do ponto 1.2.4]

Deste modo, e do ponto de vista do cidadão, a adesão, no que respeita especificamente ao mecanismo de co-demandado, ficou aquém das expectativas em termos de participação do autor e cumprimento das sentenças emanadas pelo Tribunal de Estrasburgo. No entanto, é um procedimento que pode ter como efeitos colaterais o exercício de uma maior pressão quer sobre os Tribunais nacionais, quer sobre os Tribunais da União, por estarem sujeitos a um escrutínio externo mais rigoroso e consequentemente terem um maior cuidado na avaliação de casos que possam por em causa direitos consagrados na CEDH.

Este mecanismo terá de ser sujeito ao teste do tempo para se saber se foi implementado tendo em vista um reforço efectivo da tutela dada aos direitos humanos ou se foi decorrência de manobras políticas para garantir à União uma maior credibilidade junto da opinião internacional. No entanto, apesar das suas falhas serem evidentes e das razões da sua criação serem algo dúbias, não podemos esquecer o facto de ter sido dado um passo em frente na complementaridade da protecção dos direitos fundamentais, mesmo que isso se revele no mecanismo do co-demandado com um cariz mais simbólico do que pragmático.

Bibliografia

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Almedina, 2009, páginas 27-37.

BALFOUR, ADAM D. J. – *Application of the European Convention on Human Rights by the European Court of Justice*, Harvard Law School Student Scholarship Series, Harvard Law School, 2005, páginas 14-42.

CUNHA, PAULO PITTA E – *Direito Europeu, Instituições e Políticas da União*, Almedina, 2006, página 43-54.

DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH – *THE EUROPEAN UNION AND HUMAN RIGHTS AFTER THE TREATY OF LISBON*, Human Rights Law Review, Oxford University Press, Dezembro de 2011.

DUARTE, MARIA LUISA, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, disponível online em: <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf>.

GROUSSOT, XAVIER/LOCK, TOBIAS/PECH, LAURENT – *EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011*, Foundation Robert Schuman, European Issues, nº 218, 7 de Novembro de 2011.

HOFFMEISTER, FRANK – *LITIGATION AGAINST THE EUROPEAN UNION AND ITS MEMBER STATES – WHO RESPONDS UNDER THE ILC’S DRAFT ARTICLES ON INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS?*, in *Critical Review of International Governance: An Occasional Series*, European Journal of International Law, Agosto de 2010, páginas 11-16.

JORIS, TONY/VANDENBERGHE, JAN – *THE COUNCIL OF EUROPE AND THE EUROPEAN UNION: NATURAL PARTNERS OR UNEASY BEDFELLOWS?*, in *Columbia Journal of European Union*, 2008/2009, páginas 4 e seguintes.

LOCK, TOBIAS – *UE Accession to the ECHR: Implications for the Judicial Review in Strasbourg*, reimpressão *European Law Review*, Issue 6, 2010.

LOCK, TOBIAS – *Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of EU legal order*, 48 *Common Market Law Review*, Julho/Agosto 2011

MACHADO, JONATAS E. M. extracto de *Direito Internacional, do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, cedido como texto de apoio às aulas ministradas no 14º Curso de Pós-graduação de Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

MARTINS, ANA MARIA GUERRA – *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, 2012, páginas 191-293.

MATHISEN, KAROLINE L. – *The Impact of the Lisbon Treaty, in particular Article 6 TEU, on Member States' obligations with respect to the protection of fundamental rights*, Law Working Paper Series, Paper number 2010-11, Faculty of Law, Economics and Finance, University of Luxembourg, 29 de Julho de 2010, página 29-44.

MERRILLS, J. G. – *Promotion and Protection of Human Rights within the European Arrangements*, capítulo 16. do livro *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, 2ª edição, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Finlândia, 2004, páginas 275-285.

MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE – *A Acção Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011, página 333-338.

MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE – *A União Europeia Após o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2010

MORANO-FOADI, SONIA/ANDREADAKIS, STELIOS – *THE CONVERGENCE OF THE EUROPEAN LEGAL SYSTEM IN THE TREATMENT OF THIRD COUNTRY NATIONALS IN EUROPE*, *Critical Review of International Jurisprudence*, European Journal of International Law, Novembro de 2011, páginas 9-10.

MOREIRA, VITAL – *A Carta e a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH)*, Capítulo VIII do livro *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, páginas 89-99.

MOREIRA, VITAL – *A Tutela dos Direitos Fundamentais na União Europeia*, Capítulo V do livro *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, página 75-82.

MURRAY, HON. MR. JUSTICE JOHN LOYOLA – *THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON FUNDAMENTAL RIGHTS ON COMMUNITY LAW*, *Fordham International Law Journal*, Maio de 2010.

O'BOYLE, MICHAEL – *THE FUTURE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*, *Special Issue: Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, página 8.

O'MEARA NOREEN – *"A More Secure Europe of Rights?" The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR*, in *German Law Journal*, [Vol.12, nº10], 2011.

PAIS, SOFIA OLIVEIRA – *Estudos de Direito da União Europeia*, Almedina, 2012.

QUADROS, FAUSTO DE/MARTINS, ANA MARIA GUERRA - *Contencioso da União Europeia*, Almedina, 2009.

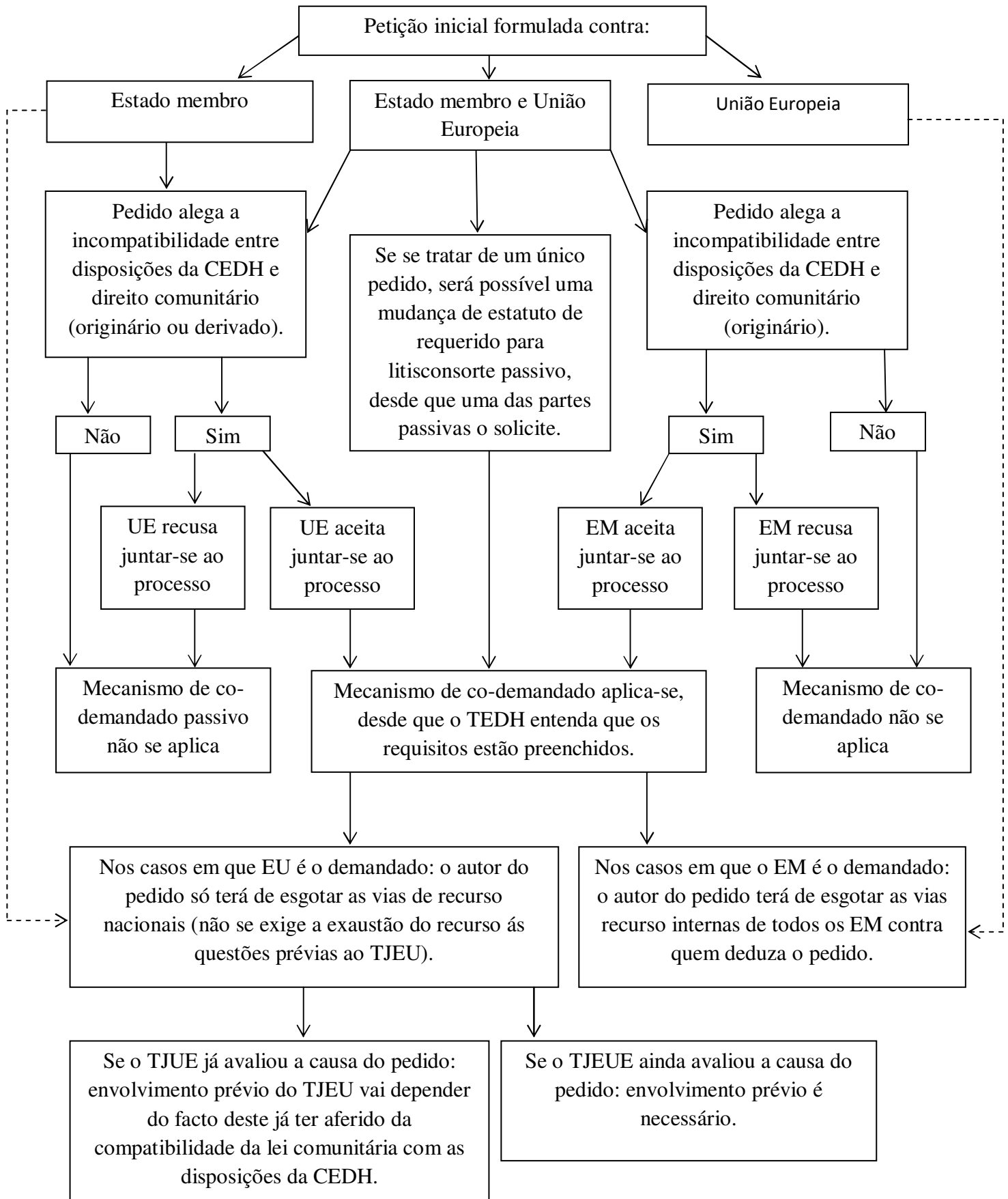
RIBBLE, MICHAEL R. – *I DON'T TRUST YOUR JUDGMENT: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS MEETS THE EUROPEAN UNION ON NEW GROUNDS?*, Penn State International Law Review, 2010.

SCHEECK, LAURENT, *The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights*, versão disponível online em: http://www.polilexes.com/POLILEXES/textesdirects_files/The%20Relationship%20between%20the%20European%20Courts_Laurent%20Scheeck.pdf, páginas 845 e seguintes.

SILVA, MIGUEL MOURA E – *Direito Comunitário I – Jurisprudência, Questões e Notas (Tomo 2 – Contencioso Comunitário)*, Lisboa, AAFDL, 2004

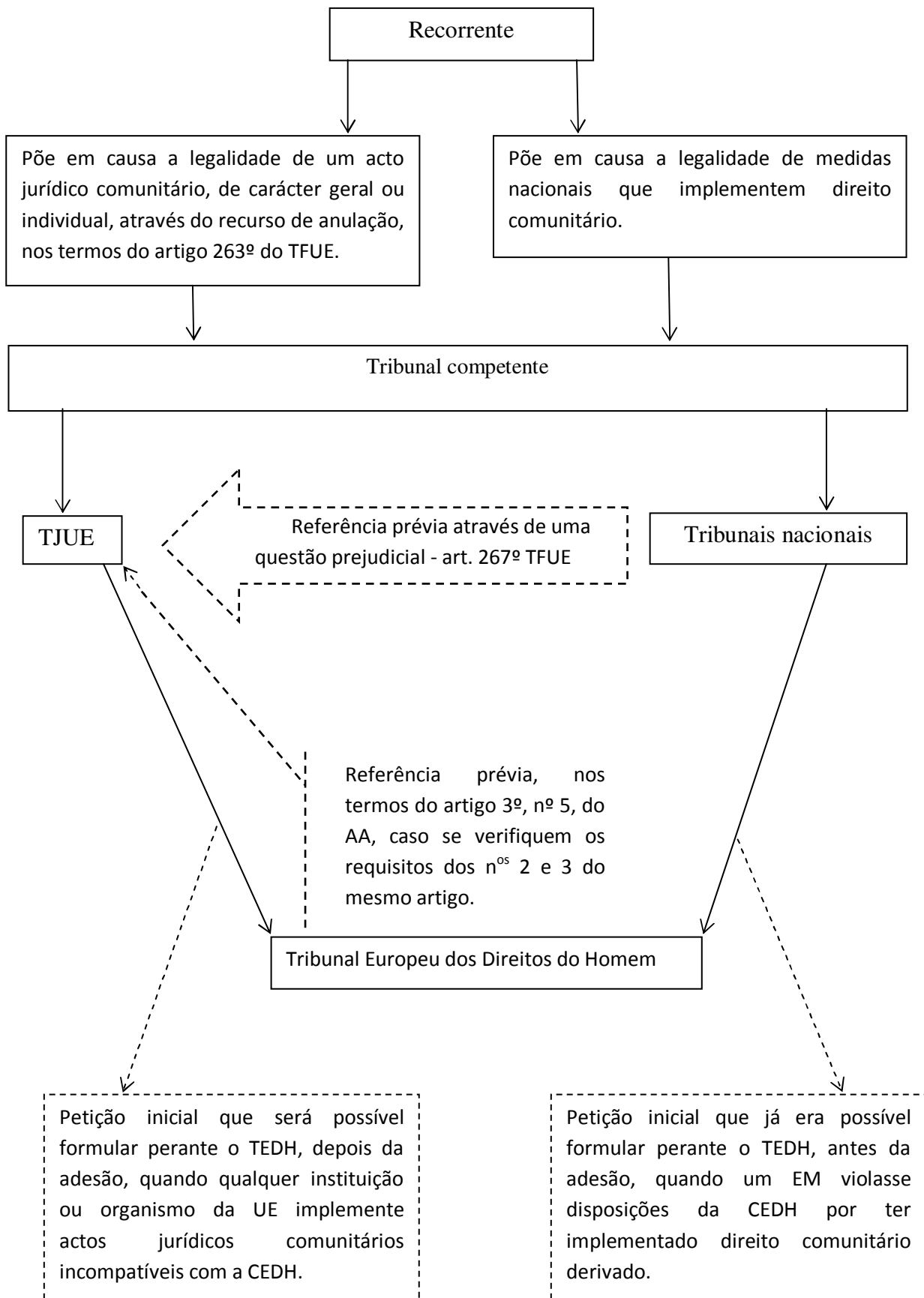
SILVA, MIGUEL MOURA E – *Direito Comunitário I – Jurisprudência, Questões e Notas (Tomo 1 – Direito Institucional e Ordem Jurídica Comunitária)*, reimpressão Lisboa, AAFDL, 2002.

ANEXO I



O esquema que aqui se apresenta não é da autoria da autora do presente trabalho, que apenas teve que traduzir e criar os gráficos, mas de GROUSSOT, XAVIER/LOCK, TOBIAS/PECH, LAURENT, 2011, página 11.

Anexo II



O esquema que aqui se apresenta não é da autoria da autora do presente trabalho, que apenas teve que traduzir e criar os gráficos, mas de GROUSSOT, XAVIER/LOCK, TOBIAS/PECH, LAURENT, 2011, página 14.