

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EUROPA: APROXIMAÇÕES E TENSÕES ENTRE O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPE: APPROACHES AND TENSIONS BETWEEN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ANDRÉ SOARES OLIVEIRA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Tem interesse na área de Direito Internacional e Relações Internacionais. Atualmente é professor da Faculdade Paraíso do Ceará. É pesquisador dos grupos de pesquisa EMAE/UFSC (Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no Direito Internacional) e no Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia e Inovação/UFSC.

RESUMO

A proteção dos direitos fundamentais na Europa tem, no mesmo espaço, tanto a União Europeia - que nasceu da integração econômica - quanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo que os membros da primeira são também partes na segunda. Essa situação coloca em rota de colisão o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos. O presente trabalho busca estudar essa relação entre as duas cortes, tendo em vista a adesão da União Europeia à Convenção. O resultado foi que vários esforços foram empreendidos para possibilitar essa adesão. O mandato explícito do Tratado de Lisboa ordena essa adesão. A negociação é pautada no respeito à autonomia do Direito da União Europeia e suas peculiaridades. Em 2013, chegou-se a um anteprojeto de Acordo de Adesão, resultado de negociações entre a União Europeia e o Conselho da Europa. Porém, por meio do Parecer 2/13, o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que tal projeto não respeita a autonomia e peculiaridades do Direito da União, adiando ainda mais essa adesão.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Corte Europeia de Direitos Humanos. Tribunal de Justiça da União Europeia.

ABSTRACT

The protection of fundamental rights in Europe has, in the same space, both the European Union - dedicated to economic integration - and the European Convention on Human Rights, and the members of the first are also parties to the second. This situation puts the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights in a collision course. This paper seeks to study this relationship between the two courts, in view of the European Union's accession to the Convention. The result was that a number of efforts were made to enable such adherence. The explicit mandate of the Treaty of Lisbon orders such accession. The negotiation is based on respect for the autonomy of European Union law and its peculiarities. In 2013, a draft Accession Agreement was reached as a result of negotiations between the European Union and the Council of Europe. However, through Opinion 2/13, the Court of Justice of the European Union stated that such a project does not respect the autonomy and peculiarities of European Union law, further delaying such accession.

Keywords: Fundamental rights. European Court of Human Rights. Court of Justice of the European Union.

SUMÁRIO

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. OS DIREITOS HUMANOS NA UNIÃO EUROPEIA: DO DESCASO AO RECONHECIMENTO DOS TRATADOS; 1.1 O DESCASO E A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL POSSÍVEL; 1.2 O RECONHECIMENTO DOS TRATADOS FUNDACIONAIS E O MANDATO DO TRATADO DE LISBOA; 2. O PROCESSO DE ADESÃO DA UNIÃO EUROPEIA À CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS; 2.1 O PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO E AS RELAÇÕES ENTRE ESTRASBURGO E LUXEMBURGO; 2.2 O PROTOCOLO DE ADESÃO: O MECANISMO DE CORRÉU E AS RELAÇÕES ENTRE A CONVENÇÃO E O DIREITO DA UNIÃO; 2.3 O PARECER 2/13 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2014; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Concebida sob o ímpeto da integração econômica e na urgência de um contraponto político ao Plano Marshall, as primeiras comunidades que, mais tarde, formaram aquilo que hoje é a União Europeia, não tinham em seu escopo preocupações com Direitos humanos/fundamentais.

Na mesma velocidade em que o livre-comércio se impõe por meio do trânsito desimpedido de mercadorias e pessoas - como decorrência direta do modelo jurídico gestado naquela experiência - e o próprio âmbito da integração alarga-se, delineia-se como imperiosa a apreciação do Direito emanado dos órgãos comunitários a partir de bases outras que não apenas os próprios tratados fundacionais. A guarda dos direitos fundamentais surge exatamente para fazer essa espécie de 'controle' do Direito produzido pelo processo de integração.

Pois bem, no começo essa proteção ocorre por meio jurisprudencial, onde o Tribunal de Justiça das então Comunidades Europeias traça estratégias hermenêuticas para efetivar esse controle. Ao longo do tempo, a questão dos Direitos fundamentais entra definitivamente na pauta política do processo de integração e começa a aparecer nos tratados fundacionais. Contudo, os agentes políticos da integração sempre encaram o seguinte dilema: devem deixar essa proteção apenas a cargo da proteção jurisprudencial, elaborar um catálogo próprio de Direitos fundamentais ou aderir à Convenção Europeia de Direitos Humanos?

Dessas três possibilidades, a adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos sempre foi a que gerou mais desconforto, de modo especial pelo Tribunal de Justiça do processo de integração. Temia-se que o hoje Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede em Luxemburgo, fosse colocado em rota de colisão com a Corte Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo. Esse receio fundamentava-se, talvez, numa falta de clareza sobre a

própria natureza do hoje Direito da União - e da própria União, por assim dizer - e sua relação com o Conselho da Europa e submissão aos eventuais ditames da Corte Europeia.

O objetivo da presente investigação é demonstrar a evolução do tratamento dos direitos fundamentais no âmbito da União, saindo da proteção jurisdicional até a positivação, chegando ao processo de adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos, tornado imperativo pelo Tratado de Lisboa. Sobre a adesão à Convenção, existem várias questões institucionais envolvidas, mas esta investigação tem como foco a tormentosa relação do Direito da União com a Convenção - do Tribunal de Justiça com a Corte Europeia - e como se pensou que essa relação tivesse sido apaziguada por meio do mecanismo de corréu, dentro do Acordo de Adesão da União à Convenção, e como essa possibilidade foi abalada pelo Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Num primeiro momento, será analisado o processo de evolução - por assim dizer - da temática dentro das então Comunidades Europeias até chegar o dilema acima mencionado. Na última parte, será tratado sobre o próprio processo de adesão da União à Convenção, por meio de um longo processo de negociação e que teve como resultado um Acordo de Adesão recentemente avaliado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia por meio do Parecer 2/13.

1 1. OS DIREITOS HUMANOS NA UNIÃO EUROPEIA: DO DESCASO AO RECONHECIMENTO DOS TRATADOS

1.1 O descaso e a construção jurisprudencial possível

A Segunda Guerra Mundial é, sem dúvida, o marco inicial para compreensão da integração europeia, ainda que haja notícia de desejos nesse sentido muito antes de tal acontecimento. O resultado prático da Segunda Guerra para a Europa foi apenas um só: devastação. Não apenas política, mas sobretudo economicamente, a Europa encontrava-se mutilada pela guerra, pelos fanatismos nacionalistas ainda não completamente arrefecidos e, ainda por cima, mutilada de sua parte oriental, pavimentando aquela disputa que pautará a política internacional até a queda do Muro de Berlim, em 1989. Havia uma tensão, como foi ao fim da Primeira Guerra, que as feridas não cicatrizem e que a Europa pudesse novamente tornar-se palco de um novo conflito de iguais ou até mesmo maiores proporções.

Os grandes vitoriosos da Segunda Guerra - os Estados Unidos e a União Soviética - buscavam expandir suas fronteiras pelo mundo e, especialmente, repartiam entre si os despojos da Europa arrasada. Havia um temor que mesmo a parte ocidental do continente se alinhasse com Moscou e, foi nesse sentido, que logo Washington apresentou aos europeus ocidentais aquilo que ficou conhecido como Plano Marshall. Por isso mesmo, o processo de integração europeu surge como uma resposta política ao Plano Marshall, ou seja, um modo da Europa não se submeter totalmente aos interesses norte-americanos.

Os tratados que deram origem à União Europeia, em especial o que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, em 1957, eram tratados que versavam sobre a constituição de um mercado comum, ou seja, com ambições bem limitadas. Não havia preocupações com Direitos fundamentais até porque estes não eram relevantes para o tratado, até mesmo porque no mesmo contexto desenvolvia-se a Convenção Europeia de Direitos do Homem que se encarava, ao tempo, como suficiente (DOUGLAS-SCOTT, 2011).

Deste modo, havia um rechaço por parte do Tribunal de Justiça em julgar procedentes as alegações de violação do Direito comunitário com base em Direitos fundamentais consagrados nas constituições nacionais, visto que esse não era um objetivo do bloco. Contudo, essa posição modifica-se ao início dos anos 70 quando o Tribunal passa a considerar violações de Direitos fundamentais na apreciação do Direito comunitário e funda um sistema de proteção dos Direitos fundamentais dentro do bloco (NOGUERAS, 2012).

A construção jurisprudencial de proteção dos Direitos fundamentais no âmbito do bloco ocorre por meio de três conhecidas decisões que sustentam, por assim dizer, o tríplice fundamento do sistema jurisdicional.

A primeira decisão ocorre no caso Stauder (EUROPEAN UNION, 1969) de 1969, e afirma que os Direitos fundamentais estão compreendidos entre os princípios gerais do Direito comunitário. O caso versa sobre a Decisão 69/71 da então Comissão das Comunidades Europeias que permite certas categorias de consumidores a comprar manteiga a um preço reduzido, havendo a necessidade de identificação do comprador.

A República Federal Alemã criou um sistema de cupons destacáveis que, para serem válidos, deveriam conter nome e endereço do beneficiário no canhoto. Para realizar a venda, o comerciante deveria aceitar apenas cupons ainda não destacados do bloco. Eric Stauder era um beneficiário dessa medida, mas considerava ilegal a necessidade de fazer aparecer o nome do beneficiário para a compra da manteiga.

O litígio chega ao Tribunal das Comunidades Europeias para decidir se a venda de manteiga a um preço reduzido a beneficiários de certos programas sociais condicionada à revelação do nome do beneficiário aos varejistas era compatível com os princípios gerais do Direito comunitário em vigência. Em sentença, o Tribunal entendeu pela desnecessidade de identificação do beneficiário e, do ponto de vista dos Direitos fundamentais, afirmou de modo claro que os Direitos humanos fundamentais faziam parte dos princípios gerais do Direito comunitário e deveriam ser protegidos pelo Tribunal (EUROPEAN UNION, 1969).

A segunda decisão da tríada é do caso *International Handelsgesellschaft*, de 1970. Este caso versou sobre a validade de dispositivos do Regulamento nº 120/67/CEE sobre a organização do mercado de cereais e do Regulamento nº 473/67/CEE sobre licenças de importação e exportação para cereais e produtos processados a partir de cereais que especifica.

Esta decisão demarca duas regras fundamentais para o futuro do Direito comunitário em seus primeiros anos. A primeira é que o Direito comunitário derivado dos tratados fundacionais não pode ter sua validade questionada perante o Direito interno, seja ele constitucional ou infraconstitucional. A segunda, e que interessa a este estudo, é a reafirmação de que a proteção dos Direitos fundamentais faz parte dos princípios gerais de Direito garantidos pelo Tribunal e, inovando, afirma que essa proteção está inspirada nas tradições constitucionais comuns dos Estados Membros (EUROPEAN UNION, 1971).

A última sentença que consolidará a tríade origina-se no caso *Nold*, de 1974. Essa ação pretendia a anulação da Decisão da Comissão de 21 de Dezembro de 1972 que beneficiara a empresa *Ruhrkohle AG*.

Nessa decisão, o Tribunal reafirma toda jurisprudência elucidada nas decisões anteriores (que a proteção dos Direitos fundamentais faz parte dos princípios gerais do Direito comunitário e que se inspiram nas tradições constitucionais comuns dos Estados Membros) e acrescenta que os tratados de proteção de Direitos fundamentais dos quais os Estados Membros são partes - referindo-se de modo claro à Convenção Europeia de Direitos Humanos - também são fonte de inspiração e elemento de referência para a proteção desses Direitos no âmbito comunitário (EUROPEAN UNION, 1974).

A função jurisprudencial do Tribunal de Justiça exerceu, durante quase cinquenta anos, a única garantia dos Direitos fundamentais dentro da União, sendo razoavelmente eficaz na sua delicada relação com os ordenamentos constitucionais dos Estados Membros, assim como com a própria Convenção, além de ser funcionalmente plasmado para o sistema europeu que nem

sequer o Tratado de Lisboa pensou em suplantá-lo (NOGUERAS, 2012). O principal mérito da construção jurisprudencial de defesa dos Direitos humanos pelo Tribunal de Justiça foi, sem dúvida, ter um passo importante naquilo que alguns denominaram de constitucionalização dos tratados fundamentais da União (VON BOGDANDY, 2000).

Contudo, essa construção jurisprudencial apresentou limites, principalmente no que toca a sua ineficiência, já que, mesmo tendo avançado tanto, o Tribunal não poderia ir muito além pelos motivos tais como a falta de previsão legal (sobretudo no sentido de conferir aos Direitos fundamentais aquelas mesmas proteções no plano horizontal e vertical, como ocorrem nos ordenamentos internos), a pouco fundada ideia de um paradigma constitucional (ainda que se use o termo 'constitucional' em referência aos tratados fundacionais, eles nada tem a ver com um legítimo processo constituinte), além do mito da integridade do ordenamento jurídico comunitário (o ordenamento jurídico comunitário é setorial e, como tal, a garantia e proteção dos Direitos fundamentais não é uma função específica sua) (NOGUERAS, 2012).

As críticas são várias e centram-se seja em aspectos de limitação legal do próprio Tribunal - em virtude do que era, ao tempo, o art. 230(4) do Tratado da Comunidade Europeia - ou no fato que a própria apreciação do Tribunal é insuficiente e que o seu enfoque deveria ser mais diferenciado. Ao aplicar o princípio da proporcionalidade, o Tribunal não levaria em conta alternativas possíveis que seriam até mesmo menos prejudiciais às pessoas afetadas. Além disso, o Tribunal adotaria um comportamento mais exigente com os Estados Membros e mais leniente com os próprios órgãos da União. Pede-se que o Tribunal seja mais incisivo quando Direitos humanos estejam em jogo e que, além disso, num balanço entre as políticas regulatórias e as liberdades fundamentais, deve-se privilegiar estas (VON BOGDANDY, 2000).

1.2 O reconhecimento dos tratados fundacionais e o mandato do Tratado de Lisboa

Desde o Tratado de Maastricht, em 1992, e por influência do Tribunal de Justiça, a questão dos Direitos humanos começa a entrar, de forma geral, nos tratados. Na parte das disposições comuns, logo ao início do tratado, a menção é simples e curta, mas teve profundo impacto por representar a primeira menção nos tratados, ao afirmar que "A União respeitará os Direitos fundamentais tais como garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e as tradições constitucionais comum dos Estados Membros".

Nogueras (2012) lembra que havia a necessidade de preencher esse vazio mediante a adesão à Convenção Europeia ou a produção de um texto normativo próprio. Contudo, dois aspectos tornavam a questão dos Direitos humanos cada vez mais urgente para o processo de integração europeu: sua ampliação - exigir dos Estados aspirantes um compromisso com os Direitos humanos, assim como mecanismos de prevenção e sanção aos Estados violadores desses Direitos - e a grande relevância da ação externa da União, como parte de sua exigência para o cumprimento destes Direitos por Estados terceiros.

Em 1994, ao Tribunal da Justiça das então Comunidades Europeias foi demandado um parecer sobre uma possível adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos. O Parecer nº2/94 marca uma posição interessante do Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de adesão da Comunidade à Convenção analisada do ponto de vista de uma submissão do Tribunal à Corte Europeia de Direitos Humanos.

O parecer tem como fundamento o artigo 228.6 do então Tratado da Comunidade Europeia (hoje, art. 218.11 do TFUE) sobre a compatibilidade de possíveis acordos internacionais com o Direito da União.

Sobre esse pedido de parecer, o Tribunal de Justiça assinalou que sua manifestação cingir-se-ia sobre a competência das então Comunidades para celebrar determinado acordo e a compatibilidade desse acordo com o Direito comunitário, sendo para tanto necessárias maiores informações e detalhes do processo de negociação.

Por isso mesmo, o Tribunal afirmou que não podia emitir um parecer sobre a compatibilidade da Convenção com o Direito comunitário, porque não possuía informações sobre as modalidades de adesão e, em especial. Afirma o Tribunal que:

[...] já não pode, por não dispor de dados suficientes sobre as modalidades da adesão e, designadamente, quanto às soluções previstas no que respeita às formas concretas por que a Comunidade irá sujeitar-se aos mecanismos atuais e futuros de fiscalização judicial instituídos pela Convenção, emitir parecer sobre a compatibilidade da adesão à Convenção em causa com as regras do Tratado (EUROPEAN UNION, 1994, p.1761).

A Comunidade, observa o Parecer, está alicerçada sobre o princípio da atribuição de competências explícitas ou implícitas (quando necessárias para alcançar determinado objetivo firmado pelo Tratado) e por isso mesmo a Comunidade pode celebrar um tratado que seja necessário para alcançar um objetivo comunitário, ainda que não exista uma disposição expressa a respeito.

Contudo, a noção de competências implícitas não pode implicar na adoção de obrigações que modifiquem o Tratado. Ainda que os direitos fundamentais formem parte do Direito comunitário (princípios gerais, tradições constitucionais e documentos internacionais) a Comunidade não tem competência para aderir à Convenção por expressa ausência de disposição no Tratado.

Este parecer, pode-se dizer, arrefece os ímpetus de uma adesão à Convenção com a necessidade de um mandato explícito nos tratados, ao mesmo tempo que marca uma certa desconfiança do Tribunal sobre a possibilidade de submeter-se à Corte Europeia de Direitos Humanos e, deste modo, ver de alguma forma quebrado o seu monopólio para interpretação do Direito comunitário.

A preocupação com a positivação dos direitos humanos no âmbito comunitário ressurgiu algum tempo depois como as negociações que levariam à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia - 7 de dezembro de 2000. Havia, no âmbito da União, uma política de Direitos humanos considerada rudimentar e a esperança que a Carta desse o impulso à formação de uma política de Direitos humanos na União. Em comentário aos trabalhos de Philip Alston e Joseph Weiler, Von Bogdandy (2000) pontua que esses autores enfatizaram, ao tempo, a necessidade que a União Europeia assumisse a liderança internacional em matéria de Direitos humanos mediante a introdução de uma política coerente, vinculante e avançada de Direitos humanos.

Ainda segundo Von Bogdandy (2000), esses autores salientam que a proteção dos Direitos fundamentais por meio do Tribunal de Justiça foi importante mas é insuficiente, e deste modo a comunidade de juristas deveria ir além de uma análise hermenêutica das decisões judiciais, mas cobrar uma política de Direitos humanos, assim como meios de implementação que vão além do judiciário.

Tratar-se-ia da necessidade de implementação de uma política de Direitos humanos por outros órgãos administrativos da União e não apenas esperando pelo judiciário. Sugere-se a superação de um modelo de integração negativo para um modelo positivo em termos de Direitos humanos. Quando se trata da construção de um mercado comum, fala-se de integração negativa - a desregulamentação das quatro liberdades fundamentais, assim como sua garantia judicial - e de integração positiva - a regulamentação da União sobre os domínios econômicos integrados. No trato dos Direitos humanos, encontra-se a situação apenas na integração negativa, ou seja, a proibição da prática de certos atos. O que se deve propor com uma política de Direitos humanos seria exatamente uma integração positiva (VON BOGDANDY, 2000).

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia consagra 50 direitos ao longo dos seus artigos, cujas fontes são mais variados documentos internacionais (a própria Convenção Europeia, o Direito internacional emanado das Nações Unidas e mesmo da Organização Internacional do Trabalho) e estão divididos em seis títulos: dignidade humana, liberdades, igualdade, solidariedade, direito dos cidadãos e justiça. A Carta possui importância crucial para um processo de integração que, a partir do Tratado de Maastricht, em 1992, começou a lidar com questões de justiça criminal. Além disso, a Carta vai além da Convenção, consagrando direitos compreendido como de 'terceira dimensão', como aqueles relacionados ao meio ambiente e consumidor, assim como 'quarta dimensão', quando dispõe sobre a clonagem. A Carta inova ao sintetizar em um mesmo documento direitos civis e políticos juntamente com direitos sociais e econômicos, sinalizando a indivisibilidade dos direitos fundamentais (DOUGLAS-SCOTT, 2011).

Ao tempo da adoção da Carta de Direitos Fundamentais, havia uma indefinição sobre o seu próprio status jurídico. Alguns a viam como um documento forte, por assim dizer, que conferia algo como que um status constitucional aos Direitos ali garantidos e deixava para a União o dever de protegê-los e desenvolvê-los. Contudo, dando uma relevância jurídica mais tênue ao documento, uma segunda leitura o encarava como uma declaração de Direitos a ser invocada apenas em face de atos praticados pela União, ou seja, não se aplicando aos Estados. Por fim, existiam aqueles que enxergavam a Carta apenas como mandamentos que deveriam ser aplicados pelo Direito secundário da União, possuindo assim uma função 'constitucional' que deveria ser operacionalizada pelo Direito secundário da União, e os que viam na Carta apenas objetivos de política pública, sem nenhuma aplicabilidade direta. (VON BOGDANDY, 2000).

Outros três pontos sinalizam o alcance limitado da Carta. O primeiro, no bojo do seu artigo 52(2), faz uma distinção entre direitos e princípios, afirmando que os últimos não possuem aplicabilidade direta, dependendo sempre um ato da implementação por parte da União ou dos Estados Membros quando implementam o Direito da União no exercício de suas competências. Contudo, a Carta não deixa claro quais são os direitos que devam ser encarados como princípios, ainda que se entenda tal aplicação àqueles econômicos, sociais e culturais.

Uma segunda limitação importante é aquela do artigo 52, aplicável a todos os direitos da Carta, que permite, em uma proporcionalidade com objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou com a necessidade de proteger os direitos e liberdades dos outros, que os direitos ali enunciados sofram limitações. Deste modo, nenhum direito da Carta é absoluto. Por fim, o

artigo 51(1) demarca o âmbito de aplicação da Carta apenas ao Direito da União, ou seja, os destinatários são as instituições e órgãos da União, no exercício de suas competências, e os Estados Membros quando implementando o Direito da União.

Como se pode notar pelas questões aventadas, a Carta de Direitos Fundamentais, apesar de seus méritos e de ter representado um esforço no âmbito da União, não foi suficiente para superar a questão dos direitos fundamentais dentro do processo de integração. Foi apenas o Tratado de Lisboa, firmado em 2007 e que entra em vigor em 2009, sob o fracasso da tentativa de estabelecer uma 'Constituição' para a Europa, que as questões sobre os direitos fundamentais ganharão um tratamento claro e um mandato mais preciso dentro da União. O Tratado de Lisboa modifica o Tratado da União Europeia e o então Tratado da Comunidade Europeia, renomeado como Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

O artigo sexto do Tratado da União Europeia, com redação determinada pelo Tratado de Lisboa, estabelece três mandatos precisos para a União no que toca a direitos fundamentais: o primeiro dele, de acordo com o art. 6(3) é a manutenção do modelo jurisprudencial de proteção dos direitos fundamentais, reconhecendo que eles fazem parte do Direito da União enquanto princípios gerais, assim como resultantes das tradições constitucionais comuns dos membros; o segundo, é o reconhecimento de que a Carta tenha o mesmo valor jurídico dos Tratados, desde que não alargue as competências da União; e o mais importantes deles, a obrigação clara para que a União adira à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A primeira versa sobre a manutenção de fórmula desenvolvida pelo Tribunal e que, durante anos, foi a única garantia de direitos fundamentais na União. Nogueras (2012) ressalta que essa formulação do Tribunal teve imensa relevância também para a própria conformação do Direito comunitário frente aos sistemas constitucionais e, por isso mesmo, sua manutenção expressa essa inderrogável conquista.

O segundo versa sobre a valoração jurídica da Carta. Douglas-Scott (2011) lembra que até o Tratado de Lisboa a Carta não tinha status jurídico vinculante dentro do Direito da União, sendo que o próprio Tribunal de Justiça a invocou diretamente pela primeira vez apenas seis anos depois, no caso *Parliament v. Council*, de 2006.

Nogueras (2012) faz uma interessante observação sobre o sentido político desde parágrafo, visto que a Carta não se torna parte do Tratado, mas os direitos ali enunciados que são reconhecidos como tendo o mesmo valor. Essa situação oscila entre uma incorporação por referência ou uma mera aceitação de obrigações por referência, mas é certo que, mesmo

sacrificando a coerência, clareza e eficácia do texto normativo, confere-se um catálogo positivado de direitos humanos à União.

Indubitavelmente, o mais importante mandato deste artigo é o de adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Trata-se de um mandamento, uma ordem dirigida à União que não deixa nenhuma margem de discricionariedade. Com isso, salienta Nogueiras (2012), a União deixa para trás questões atinentes a sua falta de competência para a adesão e, juntamente com as dúvidas sanadas sobre sua personalidade jurídica, ela pode entrar em negociação e concluir sua adesão. Contudo, a adesão da União não ocorrerá sem adaptações jurídicas em ambos os lados - no Direito da União e na Convenção -, considerando as inúmeras peculiaridades deste processo que serão abordados no próximo tópico.

2 O PROCESSO DE ADESÃO DA UNIÃO EUROPEIA À CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

2.1 O processo de negociação e as relações entre Estrasburgo e Luxemburgo

Para compreender a adesão da União à Convenção Europeia se faz necessário entender a relação de dois Tribunais, no caso, o Tribunal de Justiça da União - em Luxemburgo - e a Corte Europeia de Direitos Humanos - em Estrasburgo. Antes de tudo, é importante lembrar que o Tribunal foi fundado pelos seis Estados Membros originários das Comunidades Econômicas Europeias e tinha - e tem - como foco o Direito emanado deste processo de integração. Já a Corte foi estabelecida como mecanismo jurisdicional do sistema europeu de Direitos humanos estabelecido pelo Conselho da Europa, em 1959, que tem como documento fundamental a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Ainda que o Tribunal possua uma jurisdição mais ampla que a Corte - que julga com base apenas na Convenção - os dois tribunais foram criados sob o pálio da integração europeia e, com a expansão da integração econômica a cargo hoje da União Europeia, as partes contraentes da Convenção e da União se sobrepõem o que gera alguma tensão e necessidade de coordenação entre ambas.

Douglas-Scott (2006) classificou a relação entre os dois tribunais em quatro situações: quando a Corte julga violações da Convenção pelos Estados Membros, mas que não envolve

componentes do Direito da União; quando o Tribunal julga casos que envolvem violações de Direitos humanos pelas instituições da União; quando o Tribunal julga casos envolvendo violações de Direitos humanos pelos Estados Membros quando implementam o Direito da União e, por fim, quando a Corte julga casos envolvendo a União.

A primeira situação refere-se à maioria dos casos que chegam na Corte, ou seja, os Estados violaram a Convenção, mas não há nenhuma referência do Direito da União. O segundo tipo de casos ocorre quando, devido ao aumento de competências da União, suas ações terminam por violar os Direitos humanos. O exemplo mais claro desse tipo de situação foi o já mencionado caso *Internationale Handelsgesellschaft*. Foi em 1974, no caso *Rutili*, que o Tribunal mencionou pela primeira vez a Convenção como um parâmetro a ser seguido pelo Direito comunitário em termos de Direitos humanos, considerando que ao tempo não havia um catálogo desses Direitos no corpo do Direito comunitário. Em 1998, no caso *Baustahlgewebe*, que o Tribunal julgou, pela primeira vez, que a União teria violado Direitos humanos. Além do mais, ações contra as instituições da União por violação dos Direitos humanos no Tribunal são recentes.

A implementação do então Direito comunitário pelos Estados Membros também deve-se guiar pelos Direitos humanos. Foram situações desse tipo que levaram de modo irreversível os Direitos fundamentais para a pauta do Tribunal de Justiça. Citando a jurista francesa Mireille Delmas-Marty, Douglas-Scott (2006, p.634) nota que:

The same rights which the EU 'borrowed' from the national and international legal systems by upward incorporation following *Handelsgesellschaft* have now been applied to Member States in a two-way process of downward incorporation. In this way, national human rights law has been applied through EC law in a circular looping route, illustrating what might be described as relationship of inversely commutative hierarchies.

O desdobramento mais interessante dessa categoria de casos é que eles poderiam eventualmente ter sido levados à Corte Europeia, considerando a sobreposição de partes contratantes sujeitas às duas jurisdições.

A possibilidade de jurisdição de Estrasburgo sobre ações envolvendo a União é a hipótese mais interessante. De fato, a União não faz parte da Convenção e não está sujeita à Corte, contudo como os Estados sujeitos a ambas jurisdições são os mesmos, a possibilidade sempre foi real.

Douglas-Scott (2006) lembra que em 1990, a hoje extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, em face do caso *M & Co. v. Alemanha* - onde se alegava a violação do art.6º da Convenção que assegura o Direito a um processo equitativo, em face da execução de um julgamento do Tribunal de Justiça) - reafirmou que os Estados são responsáveis pelos atos e omissões de seus órgãos internos que violem a Convenção, independentemente se estarem aplicando o Direito doméstico ou obrigações internacionais. Além disso, a Comissão afirmou que a transferência de poderes do Estado para uma Organização Internacional não é, a princípio, incompatível com essa obrigação, desde que, na organização, os Direitos fundamentais recebam um tratamento equivalente, assim como ocorria, segundo a Comissão, nas então Comunidades Europeias.

Esse julgamento foi importante ao impedir muitas ações contra as então Comunidades na jurisdição da Corte, ainda que não tenha impedido que a Corte avaliasse leis domésticas que implementavam o Direito comunitário. Contudo, dois casos no âmbito da Corte vão modificar substancialmente as relações entre a Convenção e o Direito das então Comunidades Europeias: *Matthews v. Reino Unido* e *Bosphorus v Ireland*.

Denise Matthews, uma cidadã britânica residente em Gibraltar, ingressou contra o Reino Unido questionando o fato de que os cidadãos em Gibraltar, um território britânico, mesmo sendo cidadãos comunitários, não votavam para o Parlamento Europeu. Contudo, a negativa de participação na eleição do Parlamento Europeu aos cidadãos daquele território decorria diretamente do Direito comunitário primário, no caso, do Ato sobre Eleições Diretas, de 20 de setembro de 1976. Deste modo, o caso terminava questionando, no fundo, o próprio Direito comunitário.

Douglas-Scott (2006) salienta que a Corte não considerou que o Direito comunitário promovesse uma proteção equivalente dos Direitos fundamentais e condenou o Reino Unido por violar o Protocolo nº1 da Convenção. Em seu julgamento, a Corte fez uma distinção entre o Direito comunitário secundário - que poderia ser questionado junto ao Tribunal de Justiça - e o Direito primário, no caso, o Ato sobre Eleições Diretas, que não poderia sê-lo. O Reino Unido, diante da condenação, concedeu aos habitantes de Gibraltar o Direito de voto.

Essa situação ainda rendeu contra o Reino Unido uma ação no Tribunal de Justiça, patrocinada pela Espanha, alegando que a execução do julgamento da Corte pelo Reino Unido infringiria o Direito comunitário, no caso *Espanha vs. Reino Unido*.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça entendeu que nem o então Tratado da Comunidade Europeia e nem o Ato sobre Eleições Diretas, de 1976, definiam de modo expresso quem possuía o Direito de votar/ser votado, o que seria de competência de cada Estado Membro. Deste modo, o Direito de votar/ser votado pode ser estendido pelos Estados Membros a cidadãos que possuam uma ligação próxima com eles, mas não sejam nacionais ou residentes em seus próprios territórios, especialmente se for para cumprir obrigações assumidas no âmbito da Convenção.

No caso *Bosphorus v Ireland*, em 1993 a Irlanda apreendeu um avião da companhia aérea turca Bosphorus, que havia sido arrendado de uma companhia aérea da Iugoslávia, com base no Regulamento da Comunidade Europeia nº990/93 que internalizava sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas contra a República da Iugoslávia por meio de um embargo. A companhia turca entrou na justiça e ganhou em primeira instância, porém, o governo irlandês recorreu e a Corte Suprema daquele país consultou o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que informou que o Regulamento aplicava-se ao caso e assim a Corte irlandesa confirmou a apreensão do avião em novembro de 1996.

Ao tempo da decisão da Corte Suprema irlandesa, o arrendamento do avião pela companhia turca já havia cessado, assim como as sanções contra a Iugoslávia, de modo que o governo irlandês devolveu a aeronave diretamente à companhia aérea iugoslava. Sendo assim, a companhia turca que arrendou a aeronave perdeu um período de arrendamento de 3 anos, entre 1993 e 1996. Em 1997 a companhia turca ingressa na Corte Europeia contra o governo irlandês e a decisão final sai em 2005.

Em sua decisão, a Corte considerou-se competente para conhecer a ação e reafirmou a responsabilidade irlandesa nos termos do art.1 da Convenção. Além disso, entendeu que a base jurídica adotada para a apreensão estava correta, no caso, o Regulamento nº990/93, considerando que este possuía aplicabilidade geral e obrigatoriedade, sendo que nenhum Estado Membro das Comunidades poderia dela afastar-se legalmente. Considere-se ainda que o mesmo regulamento se tornou parte do Direito irlandês.

No que toca à apreensão, a Corte entendeu, preliminarmente, numa referência ao caso *M & Co. v. Alemanha* que a proteção dos Direitos fundamentais pelo Direito comunitário é considerada equivalente à Convenção. Contudo, tal presunção poderia ser desfeita se, em determinado caso, a proteção dos Direitos assegurados pela Convenção fosse manifestadamente deficiente e, nessa situação, a Convenção deveria se contrapor ao Direito comunitário,

considerando-se como 'um instrumento constitucional da ordem pública europeia' no campo dos direitos humanos.

Por sua vez, a Corte ponderou sobre o interesse público da apreensão manifestada pelas sanções ao regime iugoslavo, de modo que não se poderia dizer que a proteção aos Direitos da companhia aérea turca foi manifestadamente insuficiente, não sendo afastada a presunção de proteção equivalente das medidas comunitárias, não havendo nenhuma violação do artigo 1 do Protocolo 1 da Convenção.

Douglas-Scott (2006) chama atenção que o conceito fundamental deste julgamento foi o de proteção 'manifestadamente deficiente'. Esse conceito sinalizaria que a Corte não deseja envolver-se nos casos que envolvem o Direito comunitário a não ser diante de graves violações de Direitos humanos, numa demonstração de deferência ao Tribunal, levando em conta que a Corte nunca havia modificado um julgamento do Tribunal. De fato, não se pode impedir que alguém - no caso, a Corte - revise aspectos do então Direito comunitário. Contudo, isso teria consequências indesejáveis, cuja principal seria que os Estados Membros da União tornar-se-iam réus na Corte quando o que estava em análise era um ato da União. Os Estados Membros, deste modo, seriam responsáveis por um ato que não é deles, mas da União.

A esperança de superar essas dicotomias - reais ou potenciais - entre o Tribunal e a Corte, o Direito da União e a Convenção, concretiza-se na adesão da União à Convenção. Apesar do claro mandato do Tratado de Lisboa, como se mencionou anteriormente, essa adesão não poderia ocorrer do mesmo modo que um Estado. A União e seu ordenamento jurídico possuem características distintas dos Estados e preservar ao máximo a autonomia da União é o principal imperativo de qualquer processo de negociação.

Entre as vantagens da adesão da União à Convenção estão a accountability externa das instituições da União realizadas por meio da Convenção, reforço do compromisso da União com os direitos humanos, minimizar a possibilidade de sentenças conflitantes entre Luxemburgo e Estrasburgo e a supervisão judicial externa da União, ainda mais considerando sua expansão em agências várias e mesmo suas competências em matéria penal (NOGUERAS, 2012).

No âmbito da Convenção que ocorre a primeira modificação, com o Protocolo 14, de 2004, que introduziu o artigo 59.2 possibilitando que a União faça parte da Convenção.

Em comentários ao artigo, o próprio Relatório pontua o desenvolvimento da temática no âmbito da União no contexto, ao tempo, das discussões do tratado constitucional. Salienta-se que a modificação deste artigo da Convenção ainda não é, por si só, suficiente para que a

adesão ocorra, de modo que outras modificações deverão ocorrer no âmbito da Convenção e que já estariam sendo analisadas. Além disso, o Relatório pontua que, ao tempo, não era possível sequer entrar em negociações com a União Europeia, visto que esta não possuía competência para isso (COUNCIL OF EUROPE, 2004).

Na União, a modificação veio apenas com o mencionado Tratado de Lisboa e o seu Protocolo nº 8 sobre a Adesão da União à Convenção. Esse documento orienta o processo de adesão, preocupado com a preservação das características da União e do seu ordenamento jurídico. Deste modo, deve-se assegurar que a adesão da União não afetará suas competências nem as atribuições das suas instituições ou a situação dos Estados Membros diante da Convenção.

O eventual acordo de adesão deverá conter regras específicas sobre possível participação da União nas instâncias de controle da Convenção, além de assegurar mecanismos necessários para assegurar que as ações interpostas na Corte sejam corretamente em face da União ou dos Estados Membros.

Em 24 de janeiro de 2011, bem ao início das negociações, no contexto de uma reunião usual entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos, ocorrida em Luxemburgo, foi publicada uma Declaração Conjunta dos presidentes dos dois tribunais sobre, entre outros temas, a adesão da União à Convenção (EUROPEAN UNION, 2011).

Nessa Declaração eles se mostram conscientes que a adesão implica que a compatibilidade do Direito da União com a Convenção estará a cargo da Corte. Não demonstram preocupação aquelas situações em que ações contra atos da União implementados pelos próprios órgãos da União chegarem à Corte, uma vez que, diante da necessidade de esgotar a jurisdição interna para que seja admitida uma ação na Corte, garante-se que o Tribunal terá oportunidade de se pronunciar previamente sobre tal compatibilidade.

Situação diversa ocorrerá naquelas situações em que a compatibilidade do Direito da União com a Convenção referir-se a atos dos Estados Membros implementando o Direito da União. Nessa situação, os indivíduos questionarão os atos perante seus judiciários nacionais e o artigo 267 do TFEU não garante que o Tribunal de Justiça terá oportunidade de se manifestar. Nesse ponto demonstra-se preocupação com o respeito da autonomia do Direito da União e pede-se que se pense um mecanismo para evitar que o Direito da União chegue às barras da Corte sem a possibilidade de apreciação pelo seu legítimo interprete, ou seja, o Tribunal de Justiça.

Jacqué (2011) também manifesta-se sobre essa preocupação com o risco de autonomia para o Direito da União, sendo necessário que o acordo de adesão previsse situações em que a Corte poderia, ao momento de análise de admissibilidade, decidir sobre a distribuição de competências entre a União e seus Estados Membros.

2.2 O Protocolo de Adesão: o mecanismo de corrêu e as relações entre a Convenção e o Direito da União

As negociações tiveram início em 2011, com um Grupo de Trabalho Informal. Em 2012 foi estabelecida a plataforma de negociação 47+1. De cinco, a última reunião dos 47+1 ocorreu em abril de 2012 e finalizou com um documento que contém um anteprojeto de Acordo para a Adesão da União Europeia à Convenção, assim como comentário a este projeto.

Este documento evidencia que a entrada da União na Convenção não seria possível apenas mediante as modificações operadas pelo Protocolo 14 e pelo Tratado de Lisboa, mas outras questões deveriam ser disciplinadas. Há uma preocupação sensível com o controle externo a ser exercido pela Corte sobre os atos da União e a garantia de que esse controle externo não prejudique a interpretação autônoma do Direito da União. Para que a União aceda à Convenção em pé de igualdade com os Estados foram necessárias adaptações à Convenção (COUNCIL OF EUROPE, 2013).

Considerando a extensão do mencionado Acordo e a complexidade das questões envolvidas, esta contribuição se fixará no escopo nas relações entre a Convenção e o Direito da União por meio do mecanismo de corrêu, estabelecido no artigo 3º.

O Acordo trata da introdução de novo mecanismo para que a União possa ser corrêu em processos em face de um ou mais de seus Estados Membros e, do mesmo modo, que os Estados Membros da União possam serem corrêus em processos contra a União. Deste modo, é necessário acomodar a situação específica da União como Parte não-estatal da Convenção, mas que possui um ordenamento jurídico autônomo, juntamente com seus Estados Membros.

Sobre a imprescindibilidade deste mecanismo, Jacqué (2011, p.1014) salienta que:

The establishment of such a mechanism is all the more important in that cases in which the responsibility of Member States and that of the EU is closely intertwined are frequent. The Union institutions apply the Treaties, whose authors are the Member States. Member States implement the provisions of legislation adopted by the Union institutions. This specificity

of the Union must necessarily be taken into account in order to avoid gaps in the protection system, insofar as the application could be declared inadmissible if the applicant did not make the correct choice of defendant, which would mean the applicant having to start proceedings all over again - if that is even still possible. Finding a solution to this problem is not merely in order to address a preoccupation of the Union, but also to strengthen the effectiveness of the protection offered to individuals.

O mencionado artigo demanda, primeiramente, uma alteração na Convenção a fim de incluir o mecanismo de corrêu. Diferentemente do que se poderia pensar, o corrêu não é um terceiro interveniente na demanda, mas é parte também e deste modo estará obrigado pela decisão final da Corte.

Este mecanismo foi desenvolvido tendo em mente a situação específica da União, enquanto entidade não-estatal, dotada de um ordenamento jurídico autônomo, se tornar parte de uma Convenção juntamente com os seus próprios Estados Membros. Por este motivo, o mencionado mecanismo permite que a União seja chamada a ser parte (corrê) quando a ação tenha sido dirigida apenas contra um dos seus Estados Membros, assim como os Estados Membros poderão ser chamados a ser corrêus quando a ação tenha sido dirigida apenas contra a União.

Como pontua Gragl (2014), é necessário compreender o Direito da União Europeia para ter uma dimensão mais exata da necessidade deste mecanismo, considerando que

Individuals are confronted with the fact that the predominant mode of discharging Union administration is the implementation of Union law and acts originally adopted by EU institutions by the Member States, whereas the relevant provisions of EU primary law (i.e. the Treaties, set up and agreed upon the Member States) are usually being implemented by the Union institutions. This meant that, upon EU accession to the Convention, unique and legally intricate situations may arise in which one legal act is enacted by one High Contracting Party and the implemented by another. [...] Thus, they may lodge an application against a Member State allegedly responsible for a violation of the Convention, since they had only been in contact with the Member State's authorities and not with the Union (GRAGL, 2014, p.27).

A primeira hipótese de aplicação do mecanismo, conforme o art.3, §2º, é aquele em que um Estado Membro da União é notificado por uma violação que, aparentemente, põe em xeque a compatibilidade do Direito da União (primário ou secundário) com a Convenção. Essa seria a situação em que o Estado Membro apenas teria evitado a pretensa violação se não tivesse observado o Direito da União (COUNCIL OF EUROPE, 2013).

Gragl (2014) nota que, no que se refere à aplicação do mencionado parágrafo para situações em que o Estado Membro viola a Convenção para não desobedecer o Direito secundário da União, a aplicação do mecanismo de corrêu não suscita dúvidas, posto que apenas a União mesma poderia remover a violação presente em sua legislação. Contudo, o autor menciona certa dúvida sobre a inclusão do Direito primário da União neste parágrafo, uma vez que ele somente pode ser modificado pelos Estados Membros por meio de um tratado e não pela União mesma. Entretanto, o autor procura compreender a inclusão pelo fato deste Direito primário da União ser implementado pelos órgãos da União. Além disso, é interessante reforçar o trecho final do parágrafo, uma vez que somente será possível acionar a União por meio do mecanismo quando a aplicação do Direito derivado não deixar nenhuma margem de discricionariedade para o Estado Membro.

A segunda hipótese refere-se aquela em que, conforme o §3º do mencionado artigo, a União é notificada, mas outros Estados Membros são chamados a ser corrêus, em casos de violações da Convenção que colocam em análise a compatibilidade desta com o Direito primário da União (COUNCIL OF EUROPE, 2013).

Do mesmo modo que a anterior, essa situação apenas ocorrerá quando a União não poderia ter evitado a aparente violação, a não ser que tivesse desobedecido os tratados. Trata-se de uma hipótese interessante, uma vez que se o Direito primário da União violar a Convenção, a própria União não tem poder para modificá-lo e, deste modo, cessar a violação. Isso justifica a presença dos Estados Membros como corrêus. Porém, Gragl (2014) chama atenção para quantos seriam os Estados Membros que figurariam como corrêus? Não se pode imaginar que sejam todos os Estados, mas é uma questão que permanece em aberto.

O artigo terceiro ainda menciona a possibilidade em que União e Estado Membro são demandados conjuntamente e que, a partir disso, a Corte pode aplicar o mecanismo de corrêu tendo em vista a situação, conforme discriminado acima, e que o próprio mecanismo não é obrigatório, mas será instalado mediante um convite da Corte ou uma requisição da União ou Estado Membro, a se deferido pela Corte.

Por fim, considerando os limites deste texto e a complexidade das questões tratadas, deseja-se focar no que prevê os parágrafos sexto e sétimo do artigo 3: o envolvimento do Tribunal de Justiça e a responsabilidade conjunta pela violação da Convenção, decorrente do mecanismo de corrêu.

A autonomia do Direito da União está no centro desta primeira questão. De fato, observa Gragl (2014), que o Tribunal deve garantir que nenhum caso envolvendo o Direito da União chegue à Corte sem que o Tribunal tenha tido oportunidade de se pronunciar sobre eles. Durante a negociação, a preocupação era garantir que, antes da análise externa da Corte, houvesse uma análise interna dos judiciários dos Estados Membros, assim como do Tribunal. Contudo, o artigo 35(1) da Convenção, que trata sobre o esgotamento da jurisdição interna, não garante a participação do Tribunal, sendo possível que o Direito da União chegasse à Corte sem uma análise do Tribunal.

A saída encontrada pelo parágrafo sexto foi o estabelecimento de que quando a União Europeia foi corré, ou seja, na hipótese do parágrafo segundo, e caso o Tribunal de Justiça não tenha se pronunciado sobre a compatibilidade do Direito da União em questão com a Convenção, deve-se conceder um período para que o Tribunal manifeste-se sobre isso.

Os comentários ao artigo (COUNCIL OF EUROPE, 2013) esclarecem que nessas situações o autor da demanda contra o Estado Membro deverá ter exaurido a jurisdição interna antes de chegar à Corte. Os judiciários dos Estados Membros podem, e em algumas questões devem, remeter questões atinentes à interpretação ou validade do Direito da União ao Tribunal. Considerando que esse reenvio prejudicial não é um recurso a ser exaurido, a Corte pode ser demandada a conhecer uma ação sobre violação sem que tenha ocorrido a apreciação do Direito da União à luz da Convenção primeiramente pelo Tribunal de Justiça.

Trata-se de uma situação que dificilmente pode ocorrer, mas sua intenção é assegurar que o Tribunal tenha a oportunidade de se pronunciar sobre o Direito da União antes que a Corte analise o mérito da ação. Além do mais, a opinião expressa pelo Tribunal não obriga a Corte. A intenção é que nenhum Direito da União chegue à Corte sem que o Tribunal - seu legítimo intérprete - possa apreciá-lo.

O último ponto que se pretende discutir é parágrafo sétimo que estabelece que, nas situações em que o mecanismo de corréu for acionado, os corréus serão conjuntamente responsabilizados, a não ser que a Corte decida ao contrário, com base em razões oferecidas pelos corréus e considerando as alegações do autor.

De fato, a regra é a responsabilidade conjunta. A disjunção da responsabilidade somente será possível em termos estritos, conforme menciona o parágrafo, ouvido o réu e o corréu, assim como o próprio autor da ação. Se assim não fosse, a Corte correria o risco de

interpretar o Direito da União no que toca à distribuição de competências entre a União e os Estados Membros (COUNCIL OF EUROPE, 2013).

A consequência é que União e Estado Membro, réu e corréu, podem ser considerados como um único ente jurídico. De fato, a determinação substancial da responsabilidade pela violação da Convenção entre a União e um Estado Membro será uma tarefa complexa. Os órgãos legislativos da União seriam responsáveis por regulamentos de aplicação direta, uma vez que os Estados Membros são obrigados, sem nenhum grau de discricionariedade, a implementar tais regulamentos. Contudo, na maioria das vezes, o Direito da União é indiretamente implementado pelos Estados Membros. Um ponto ainda mais complexo será uma análise das diretivas, que requerem uma transposição pelos Estados Membros (GRAGL, 2014)

Por fim, outro ponto que haverá de gerar debates na União é sobre a exata repartição da responsabilidade entre a União e os Estados Membros, ainda que conjuntamente responsáveis perante a Corte. Gragl (2014, p.22) assinala que:

It can nonetheless be assumed that both the EU and the Member States will have a political and monetary interest in exactly indicating the origin of the violation and the precise share of blame in order to guarantee that such violation does not occur again or that the payment of just satisfaction is divided proportionally to each party's responsibility. This means that after accession, the Union must develop internal rules to determine the procedure for implementing and activating the co-respondent mechanism and to enforce Strasbourg's judgments in accordance with the division of competences.

2.3 O Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 18 de dezembro de 2014

Como bem menciona o artigo 218.11 do TFUE, o Tribunal de Justiça da União Europeia pode ser demandado a se manifestar de modo opinativo sobre tratados que a União deseje celebrar, sendo que sua opinião negativa obsta a assinatura do tratado pela União. Tendo em mente todas as delicadas questões que envolvem a adesão da UE à CEDH, não era de se pensar que o TJUE não fosse consultado a respeito.

Nesse sentido, em 4 de julho de 2013, a Comissão Europeia pediu um Parecer consultivo ao TJUE sobre o mencionado projeto de Acordo de Adesão, solicitando que o Tribunal se manifestasse sobre a compatibilidade entre o mencionado projeto e os tratados da União.

Ao longo de mais de quarenta páginas, o Tribunal sistematizou todo o processo histórico de garantia dos direitos fundamentais no âmbito da União, a construção jurisprudencial, o Parecer nº2/94, assim como o mandato explícito para adesão inserido pelo Tratado de Lisboa.

O Parecer nº 2/13 do TJUE, de 18 de dezembro de 2014, faz considerações substanciais sobre vários aspectos relacionados à mencionada adesão, mas, como foi salientado anteriormente, o interesse desta pesquisa centra-se nas relações entre a Corte e o Tribunal engendradas pelo mencionado mecanismo de corrêu, desenhado pelo artigo 3º do projeto de Acordo de Adesão.

Em suas considerações de mérito, o Tribunal de Justiça ressalta a característica única da União e do Direito da União, que não podem em momento serem comparados nem a um Estado e nem a tratados de um modo geral. O Tribunal faz essas considerações lembrando que o Protocolo nº 8 do Tratado de Lisboa, assim como a Declaração sobre o artigo 6.2, enfatizam que a adesão da União à CEDH não deve afetar as competências e atribuições da União, bem como preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União.

Nesse sentido, o Tribunal afirma que o projeto de Acordo deve ser analisado tendo em vista se o mesmo pode afetar as características específicas do Direito da União, assim como a própria autonomia deste Direito na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, além de analisar se os mecanismos previstos garantem o respeito aos requisitos que foram estabelecidos nos tratados da União.

O parágrafo 182 do Parecer diz que, a princípio, não há obstáculo nenhum que a União seja parte de um tratado que preveja a criação de um órgão jurisdicional encarregado de interpretar as disposições do tratado e que, com isso, vincule as partes, no caso da União, inclusive o seu Tribunal de Justiça. Porém, o parágrafo 184 afirma que as decisões da Corte Europeia não devem impor à União e suas instituições, no exercício de suas competências internas, uma determinada interpretação do próprio Direito da União.

Deve-se notar assim, no parágrafo 184, o quão cioso é o Tribunal de Justiça de perder de algum modo o monopólio de interpretação do Direito da União. Os parágrafos 186 e seguintes do Parecer tocam em um ponto nevrálgico. O Tribunal entende que, de fato, sendo um controle externo dos atos da União em face da Convenção, as decisões da Corte Europeia a respeito da Convenção vinculam a União, inclusive o seu Tribunal, ao passo que a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça a um direito reconhecido pela Convenção não vincula a Corte. Porém, o parágrafo 186 afirma que a interpretação que o Tribunal faz do Direito da União, incluindo a

Carta de Direitos Fundamentais, no sentido de determinar se um Estado está ou não adimplindo tais direitos, não deveria ser questionada perante a Corte.

No debate sobre a autonomia do Direito da União, Douglas-Scott (2016) afirma que o Tribunal encontrou três razões pelas quais o projeto de Acordo não se adequaria às características específicas do Direito da União.

O primeiro deles é que o artigo 53 da Convenção confere às Partes a prerrogativa de estabelecer padrões de proteção mais altos do que aqueles estabelecidos pela Convenção. Em segundo, o Tribunal entendeu que, do modo como está, a adesão colocaria em risco o princípio da confiança mútua que serve de base para a Área de Liberdade, Segurança e Justiça na União. Por fim, o Tribunal entende que o Protocolo 16 da Convenção permite que as Partes peçam um parecer da Corte sobre a interpretação/aplicação de um determinado direito de acordo com a Convenção. Isso permitiria, como prevê o Tribunal, que as Cortes Supremas dos Estados Membros da União pedissem um parecer à Estrasburgo ao invés de Luxemburgo.

Sobre o mecanismo de *corréu*, delineado no artigo 3º do projeto de Acordo, Douglas-Scott (2016) salienta que, ao aplica-lo, seria necessário que a Corte interpretasse as regras de divisão de competências entre a União e os seus Estados Membros. Para o Tribunal essa possibilidade sinaliza o potencial de por em risco essa divisão de competências e ferir as características próprias do Direito da União, o que é uma qualificante expressa no mandato da União para a adesão à Convenção.

Ainda sobre o mecanismo de *corréu*, o mesmo estabelece, no artigo 3.6, um procedimento de diálogo entre a Corte e o Tribunal a fim de que naqueles casos que chegaram à Corte sem que o Tribunal tenha se manifestado sobre o Direito da União seja dada oportunidade para tal manifestação.

Nos parágrafos 242 e seguintes do Parecer, o Tribunal entendeu que tal mecanismo, do modo como está proposto no projeto de Acordo, seria insuficiente uma vez que ele garantia apenas o pronunciamento do Tribunal sobre questões relacionadas à validade do Direito da União e não sobre sua interpretação. Segundo o Tribunal, a interpretação do Direito da União, seja ele primário ou derivado, demanda um pronunciamento do Tribunal. Permitir que a Corte, analisando a compatibilidade do Direito da União, especialmente o derivado, com a Convenção, eleja uma determinada interpretação, entre várias possíveis, estaria colocando em xeque a competência exclusiva do Tribunal para interpretação definitiva do Direito da União.

Gragl (2017) relata que a Corte Europeia de Direitos Humanos, diante da negativa do Tribunal de Justiça da União Europeia, não se manteve inerte, sinalizando, o caso Avotiņš, a possibilidade de rever conceitos bem assentados na relação entre as duas Cortes, tais como a própria doutrina Bósforo.

CONCLUSÃO

A União Europeia, desde o princípio, sempre atraiu a atenção dos juristas pela ambição e novidade de sua engenharia jurídica, afastando-se das concepções clássicas de direito internacional e fundando uma nova concepção de direito que não é necessariamente internacional e nem é um direito interno propriamente dito.

As exigências e avanços do processo de integração foram concomitantemente sendo pavimentados tanto pelo avanço dos tratados quanto pela ousada jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal de Justiça no sentido de garantir a primazia do direito comunitário sobre os direitos nacionais e assegurar, paulatinamente, que os direitos fundamentais também fossem reflexamente assegurados.

Com o alargamento de suas competências, evidencia-se a necessidade de controle externo do Direito da União se faz necessário, principalmente em termos de direitos fundamentais. Também como consequência, a possibilidade da Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia entrarem em rota de colisão aumenta.

Os esforços empreendidos a partir do Tratado de Lisboa para a adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos chega ao ápice com o projeto de Acordo de Adesão que estabelece toda uma arquitetura jurídica que procura evitar uma colisão entre os respectivos tribunais e garantir a autonomia do Direito da União.

Porém, as esperanças dessa adesão foram frustradas pelo Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia que, no apagar das luzes de 2014, afirmou que tal acordo não garantia a autonomia do Direito da União, permitindo, segundo o tribunal, uma interferência indevida da Corte Europeia em assuntos internos da União, colocando em xeque o monopólio de interpretação do TJUE.

O que se pode verificar, na verdade, é a relação de dois tribunais onde, sob o argumento de manter a autonomia e respeitar as peculiaridades do Direito da União, o TJUE apresenta-se demasiadamente cioso diante da possibilidade de submeter-se à CEDH. Com isso, as

possibilidades de um choque frontal entre os dois apenas aumenta e a proteção dos direitos humanos na Europa deixam de ganhar diante desta disputa.

REFERÊNCIAS

- COUNCIL OF EUROPE. **Fifth Negotiation Meeting Between The Cddh Ad Hoc Negotiation Group And The European Commission On The Accession Of The European Union To The European Convention On Human Rights**. Strasbourg, Wednesday 3 April (10 a.m.) – Friday 5 April 2013 (4.30 p.m.). Disponível em: < [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008_rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008_rev2_EN.pdf)>. Acesso em: 14.nov.2014.
- COUNCIL OF EUROPE. **Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention (Strasbourg, 13.V.2004) – Explanatory Report**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>. Acesso em: 20.jan.2015.
- DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh. A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis. *Common Market Law Review*, v.43, p.629-665, 2006.
- DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh. The European Union and Human Rights after Treaty of Lisbon. *Human Rights Law Review*, v.11, n.4, p.645-682, 2011.
- DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh. Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR. *Europarättslig tidskrift*, edição especial, n.1, p.29-44, 2016.
- EUROPEAN UNION. Court of Justice of the European Communities. **Case 29/69**. Relator: J. Mertens de Wilmars. Sessão de 12/11/1969. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0029&rid=1>. Acesso em: 14 nov.2014
- EUROPEAN UNION. Court of Justice of the European Communities. **Case 11/70**. Relator: P. Pescatore. Sessão de 17/12/1970. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011&from=EN>>. Acesso em: 14 nov.2014.
- EUROPEAN UNION. Court of Justice of the European Communities. **Case 4/73**. Relator: P. Pescatore. Sessão de 14/05/1974. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0004&from=EN>>. Acesso em: 14 nov.2014.
- EUROPEAN UNION. **Joint communication from Presidents Costa and Skouris**, Strasbourg and Luxembourg, 24 January 2011. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf. Acesso em: 12.fev.2015.
- EUROPEAN UNION. **Parecer nº 2/94 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias**. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d56b60eca09d4840d387c9e862e2806e9f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahqPe0?text=&docid=99493&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1108409>>. Acesso em: 20.jan.2015.
- GRAGL, Paul. A Giant Leap for the European Human Rights? The final agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights. *Common Market Law Review*, v.51, n.1, p.13-58, 2014.

GRAGL, Paul. An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case. *European Constitutional Law Review*, [s.l.], v. 13, n. 03, p.551-567, set. 2017. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s1574019617000165>.

JACQUÉ, Jean Paul. The Acession of the European Union to the European Convention on Human Rights. *Common Market Law Review*. v.48, n.4, p.995-1023, 2011.

NOGUERAS, D.J.L. Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea. In: MARTÍN, A.M.; NOGUERAS, D.J.L. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 2012.

VON BOGDANDY, Armin. The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union. *Common Market Law Review*, v.37, n.6, p.1307-1338, 2000.

Recebido em: xx / Aprovado em: xx

Preenchimento pelos editores.

ORIENTAÇÕES ESPECÍFICAS PARA O ENVIO DE RESENHAS:

TÍTULO DA RESENHA EM NEGRITO E MAIÚSCULAS USANDO A LETRA TREBUCHET MS TAMANHO 16

ESPAÇO PARA INCLUSÃO DO NOME DO AUTOR DA RESENHA (SOMENTE NA VERSÃO FINAL DA RESENHA SE A
MESMA FOR APROVADA)

Espaço para indicação da qualificação do autor (preencher somente na versão final do artigo se for aprovado

A descrição deve ter no máximo 5 linhas

A descrição do autor deve coincidir com a constante no cadastro na revista

X

x

INSERIR REFERÊNCIA COMPLETA DA OBRA RESENHADA, TAL COMO NO EXEMPLO ABAIXO:

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010.

O texto da resenha deverá ser redigido utilizando-se da letra Trebuchet MS tamanho 11, espaçamento 1,5 e possuir entre 3 e 5 páginas.

Recebido em: xx / Aprovado em: xx

Preenchimento pelos editores.