

CRÓNICA DE UMA MORTE ANUNCIADA: O PROTOCOLO N.º 16 À CEDH E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA UNIÃO EUROPEIA

Francisco de Abreu Duarte¹

Index: 1. Exposição do problema; 2. Princípio da autonomia no Direito da União Europeia; 2.1. Noções gerais; 2.2. Fases do princípio da autonomia: a autonomia externa; 2.3. Análise da jurisprudência consultiva do Tribunal de Justiça da União Europeia; 3. Proteção jus-fundamental e autonomia da União Europeia: o parecer 2/13; 4. A autonomia da União Europeia e a morte anunciada do Protocolo n.º 16; 5. Conclusões.

1. Exposição do problema²

A autonomia de um sistema jurídico constitui uma característica essencial da sua definição enquanto conjunto autónomo, distinto de qualquer outro sistema e mesmo distinto de outras ordens do saber. É por isso sem surpresa que quando abordamos as questões da autonomia dentro do Direito da União Europeia nos devemos perguntar acima de tudo acerca da sua verdadeira independência enquanto ordenamento, uma primeira justificação da aceitação de qualquer relação que se possa estabelecer para com os Estados ou para com o Direito Internacional.

É apenas partindo da importância da definição dos contornos da autonomia da União Europeia que se poderão responder aos desafios mais contemporâneos que esta enfrenta, nomeadamente os seus falhanços em matéria de integração de direitos fundamentais, a desagregação baseada em queixas de uma União crescentemente mais intrusiva e sem limites ao nível das suas atribuições, a limitação jurisdicional de algumas soluções nos

¹ Aluno de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e aluno L.M.M da New York University (NYU).

² O autor adotou a seguinte metodologia na citação de autoridades e jurisprudência:

Foi adotada uma metodologia de citação de autores que consiste na colocação do(s) último(s) nome(s) do autor em SMALL CAPS, seguido da primeira letra do seu nome próprio, para depois citar a sua obra, editora/publicação periódica, volume e número, e por fim a data de publicação da obra. Esta escolha deveu-se à facilidade que se crê existir para o leitor na procura de determinado autor na bibliografia, na medida em que são normalmente os apelidos, sobretudo na doutrina estrangeira, aqueles pelos quais os autores são geralmente reconhecidos. A citação de casos observou uma metodologia diversa. É citado sempre o Tribunal ou órgão análogo seguido da data da decisão emanada, ao que é aditado o nome reconhecido do caso, as partes envolvidas para casos do TIJ e o seu número de identificação (se existente).

Dois exemplos permitem ilustrar o explanado acima:

DE WITTE, B., *European Union Law: How autonomous is its legal order?*, Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 65, n.º 1, 2010.

Parecer do Tribunal de Justiça de 28 de março de 1996, *Adesão à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, C-2/94, ECLI:EU:C:1996:140.

recentes tratados de investimento, ou finalmente de uma perda fundamental de liberdade e independência no relacionamento dos Estados com realidades terceiras à União. Tudo isto se debaterá, estamos em crer, no desafio mais recente da saída do Reino Unido que conjurará todos estes problemas no fenómeno denominado Brexit.

O presente estudo procura por isso indagar do verdadeiro significado do princípio da autonomia no Direito da União Europeia, analisando-o enquanto trave mestra para a compreensão dos recentes entraves colocados pelo Tribunal em matéria de direitos fundamentais, partindo de três passos metodológicos essenciais: i) Começa por estabelecer um quadro conceptual prévio acerca do significado da autonomia enquanto princípio jurídico de Direito da União Europeia, sedimentando a sua definição e fases; ii) avança depois uma análise da sua génese na jurisprudência comunitária, através da análise dos vários pareceres do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em que se definem quais os seus critérios essenciais; depois e finalmente, baseando-se nas premissas teóricas encontradas na parte i) e ii), apresenta-se uma reflexão acerca da presumível morte anunciada do Protocolo n.º 16 à CEDH, na medida em que se afastará mais uma vez dos critérios impositivos da autonomia do DUE.

A esta temática dedicaremos o presente trabalho.

2. Princípio da autonomia no Direito da União Europeia

2.1. Noções gerais

O ordenamento jurídico da União europeia como um verdadeiro ordenamento jurídico e não apenas um ramo de um qualquer outro direito nacional é bem patente na alegoria que faz MARIA LUÍSA DUARTE quando caracteriza a União como verdadeiro ordenamento e não apenas como um ramo do Direito. A unidade do sistema, como característica fundamental da ordem jurídica europeia, traduzir-se-ia não apenas numa unidade principiológica/valorativa (com normas princípio que instituem uma base axiológica comum), mas também na existência de uma unidade fundacional³ baseada na vontade soberana dos Estados-Membros, e de uma unidade lógico-formal, na ideia da completude do sistema garantida pelo apoio constante do TJUE através do estruturante mecanismo

³ Assim também VAN ROSSEM, J.W., *The Autonomy of EU Law: More is Less?, in Between Autonomy and Dependence*, T.M.C. Asser Press, Hague, 2013, pp. 15 e ss.

das questões prejudiciais.⁴ Esta última dimensão, a da completude do sistema ligado a um monopólio específico de um tribunal, é ainda hoje sujeita a intenso debate, mesmo no âmbito do Direito Internacional geral⁵ sobretudo tendo em conta os potenciais problemas de *conflicting jurisdictions*⁶.

Parece-nos, no entanto, que para que o princípio da autonomia seja sistematicamente abordado, e não apenas pressuposto, é necessário proceder a uma divisão sistemática/pedagógica das suas duas fases essenciais: i) uma primeira que apelidamos de fase da autonomia interna, com o que queremos descrever a independência da organização dos membros que a compõem (Estados); ii) e uma segunda que apelidamos de fase da autonomia externa, ou seja, independência das regras subsidiárias do ordenamento jurídico onde se insere (Direito Internacional).

2.2. Fases do princípio da autonomia: a autonomia externa

A União Europeia, por se tratar de uma organização internacional atípica,⁷ necessariamente enfrentou uma duplicidade de fases na afirmação da sua autonomia. Por um lado, numa primeira fase, a UE debateu-se com o que apelidaremos de problema da autonomia interna, ou seja, como aponta ODERMATT⁸ o da autonomia da pessoa coletiva

⁴ LUÍSA DUARTE, M., *O ramo e a árvore: a propósito do direito da União Europeia, notação sobre botânica jurídica*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, vol. 2, Lisboa, 2010, pp. 435-442.

⁵ Como apontou o Tribunal Internacional de Justiça no seu Parecer consultivo no caso da *Legalidade do Uso de Armas Nucleares*, TIJ, Parecer Consultivo de 8 de julho de 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, para. 46-47.

⁶ Sobre o conceito de *self contained* regime e a possibilidade de resolução dos conflitos através de normas de solução do caso concreto, SIMMA, B., e PULKOWSKI, D., *Of planets and the universe: Self-contained regimes in international law*, European Journal of International Law, vol. 17, n.º 3, 2006, p. 493; SIMMA, B., *Self-contained regimes*, Netherlands Yearbook of International Law, vol. 16, 1985, p. 111; TIJ, julgamento de 24 de maio de 1980, Caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Thera*, Estados Unidos da América c. Irão; TIJ, Julgamento de 27 de junho de 1986, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, Nicarágua c. Estados Unidos da América; TIJ, Julgamento de 25 de setembro de 1997, *GabčíkovoNagymaros*, Hungria c. Eslováquia, para. 83-85. No sentido divergente e interessante, onde o Tribunal parece rejeitar a proposição do Uruguai de que as normas do Tratado falavam apenas em compensação e não em reconstituição in integra, e que por isso só aquelas poderiam ser aplicadas como lei especial. O Tribunal argumentava dizendo que aquelas normas de dedicavam a poluição e que não podiam ser interpretadas como excluindo todo o regime da responsabilidade internacional subsidiário - TIJ, Julgamento de 20 de abril de 2010, Caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina c. Uruguai, para. 271.

⁷ Sobre a natureza da União Europeia como organização atípica, FAUSTO DE QUADROS, C., *União Europeia*, Almedina, Lisboa, 2013, p. 426 e ss. CRAIG, P. e DE BURCA, G., *Eu Law: text, cases and materials*, 6.ª Ed., Oxford University Press, 2011, pp. 23-27.

⁸ ODERMATT, J., *When a fence becomes a cage: the principle of autonomy in EU external relations law*, EUI Research Paper, 2016, p. 4. Odermatt discute ainda um outro conceito de autonomia, para além do

internacional da dos membros que a compõem.⁹ Foi aqui justamente que o Tribunal de Justiça teceu as primeiras considerações e garantiu que esta autonomia se traduziria depois nos institutos do primado e do efeito direito das suas normas de onde, como veremos, parece derivar o seu fundamento último.¹⁰ Com o crescimento da sua autonomia interna, isto quer dizer, com a divisão cada vez mais evidente de personalidades e capacidades jurídicas, tomou lugar uma nova fase, a que damos o nome de autonomia externa e que diz respeito à ameaça que o Direito Internacional poderá constituir, na sua multiplicidade de ordenamentos potencialmente conflitantes.

Como apontam CRAIG e DE BURCA, o Tribunal tem sido “particularmente insistente”¹¹ na defesa da sua autonomia externa, ou seja, na defesa do ordenamento jurídico da União Europeia em face da possível judicialização por outros ordenamentos, quer em matéria de Direitos Fundamentais como em matéria de estabelecimento de espaços comuns comerciais. Pouco depois de sedimentar uma noção interna de autonomia enquanto primado das suas normas, na afirmação hoje cada vez mais inequívoca do primado do Direito da União Europeia sobre os Direitos nacionais, a União Europeia avançou rapidamente no combate a um novo foco de perigo para a efetividade e afirmação do Direito da União – o Direito Internacional. Já não eram mais os Estados-Membros e o debate entre jurisdições constitucionais, com a afirmação do primado e do efeito direto do Direito da União, que colocavam problemas, mas eram antes as interferências que o próprio Direito Internacional, no qual a União tinha sido criada, parecia querer avançar

binómio autonomia externa e interna, que parece ser de acolher: a distinção entre uma autonomia negativa, ou seja, a faculdade de um sistema jurídico excluir outros, e uma autonomia positiva, respeitante à possibilidade da União atuar no plano internacional enquanto uma entidade autónoma.

⁹ Esta primeira fase era discutida já na obra clássica de PESCATORE, P., *Le Droit de L'Integration*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972, pp. 31 e ss.

¹⁰ Defenderemos ao longo de todo o trabalho a ideia fundamental de que a autonomia do sistema é a pedra angular das fundações dos vários princípios jurídicos da União Europeia, com especial enfoque na garantia do primado e do efeito direto das normas da União. Na nossa ótica, partindo de uma visão do Direito da União Europeia enquanto ordem jurídica que busca acima de tudo a independência enquanto entidade jurídica, compreendem-se mais facilmente as atitudes “protecionistas” que vêm sendo adotadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e que só podem revelar uma atitude de defesa em prol da própria sobrevivência.

¹¹ CRAIG, P. e DE BURCA, G., *EU Law: text, cases and materials*, 6.^a Ed., Oxford University Press, 2011, p. 356.

sobre a sua criação. Era a criatura, como metaforiza MARIA LUÍSA DUARTE,¹² ou o Frankenstein¹³, na alegoria de GUZMAN, virando-se contra o criador.

Nos sucessivos pareceres que analisaremos de seguida, o TJUE procurou sempre garantir que a fragmentação presente no Direito Internacional não atingiria a unidade e a eficácia do ordenamento jurídico europeu, especialmente em matéria de direitos fundamentais. A afirmação de um dualismo absoluto não constava, no entanto, absolutamente claro no Tratado de Lisboa que até incentivava a influência do Direito Internacional no Direito da União nos termos do n.º 5 do artigo 3.º TUE.¹⁴ A batalha travada pelos tribunais constitucionais, com o *Bundesverfassungsgericht* à cabeça, pela garantia da autonomia dos seus ordenamentos em matéria de direitos fundamentais¹⁵, rapidamente se tornou no conflito a enfrentar pela própria União contra o Direito Internacional numa ironia digna de menção. A União poderia, afinal de contas, constituir ela própria um aparente nível inferior que reclamava proteção.¹⁶ Mas enquanto nos variados pareceres o Tribunal foi sempre perentório em assumir a prevalência de uma autonomia substantiva e processual, baseando-se ora no princípio do monopólio de jurisdição atribuído pelo 344.º TFUE¹⁷ ora no princípio da atribuição de competências pelos tratados institutivos¹⁸, a verdade é que

¹²LUÍSA DUARTE, M., *União Europeia e Direitos Fundamentais no espaço da internormatividade*, AAFDL, 2006, p. 410.

¹³GUZMAN, A, *International Organizations and the Frankenstein Problem*, European Journal of International Law, n.º 24, 2013, pp. 999 e ss. A metáfora é construída a propósito do paralelismo que se pode estabelecer entre o medo que sentiu o Dr. Frankenstein, ao ver a sua criatura virar-se contra o criador, e o constante receio que os Estados apresentam ao delegar crescentes poderes soberanos nas organizações internacionais modernas.

¹⁴ De acordo com aquele artigo, a União obriga-se à promoção do Direito Internacional assim como ao respeito pelo Direito das Nações Unidas.

¹⁵ Julgamento de 12 de novembro de 1969, *Stauder*, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57; Julgamento de 14 de outubro de 2004, *Omega*, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614; Solange I – Julgamento do Tribunal Constitucional Alemão de 29 de maio de 1974, *Internationale Handelsgesellschaft von Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, BVerfGE, 37, 271, 1974; e Solange II, Julgamento do Tribunal Consitucional Alemão de 22 de outubro de 1986, BVerfGE, 73, 339, 1986.

¹⁶ DE BURCA, G. *The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Harvard International Law Journal, vol. 1, n.º 51, 2009.

¹⁷Parecer do Tribunal de Justiça de 8 de março de 2011, *Tribunal de Patentes Europeu*, C-1/09, ECLI:EU:C:2011:123 e Parecer do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18 de dezembro de 2014, *Adesão à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, C-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹⁸ Parecer do Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 1991, *Espaço Económico Europeu*, C-1/91, ECLI:EU:C:1991:490.

quando foi chamado a resolver um conflito entre o direito onusiano e o direito da União a estratégia se mostrou mais refinada¹⁹ evitando o confronto.

No famoso caso *Kadi*²⁰, a União teve uma oportunidade curial para a afirmação do primado do seu Direito em face do Conselho de Segurança das Nações Unidas no problema específico de uma Resolução do Conselho de Segurança emanada diretamente ao congelamento de bens de um indivíduo. O problema das *smart sanctions*²¹ colocava um novo desafio no relacionamento entre ordenamentos, na medida em que o TJUE teria que, numa primeira análise, ditar acerca da validade de um ato jurídico de uma jurisdição à qual se encontraria hierarquicamente submetido. Enquanto o julgamento no Tribunal Geral²² ditaria a inevitabilidade do juízo de validade sobre a resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e a consequente falta de jurisdição dos tribunais da União, no recurso para o TJUE o Tribunal foi mais prudente e admitiu que o que estaria ali em causa seria afinal de contas um juízo de validade do ato jurídico da União (regulamento) que transpunha a Resolução, desse modo mantendo intocada a validade daquele ato das Nações Unidas²³. O tribunal adotaria por isso uma noção dualista do Direito Internacional, salvaguardando a sua autonomia externa através de um mecanismo de revisão e transposição daqueles atos externos do Direito Internacional. Embora existam aqueles que veem nesta atitude um ataque claro às relações entre o DUE e o DIP²⁴, a

¹⁹ Avançando a tese de que a União Europeia fez uso de um raciocínio semelhante ao teste *Solange*, KOKOTT, J. E SOBOTTA, C., *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?*, in *The European Court of Justice and external relations law: constitutional challenges*, editado por Cremona, M. e Thies, A., Oxford University Press, Hart, 2014, pp. 216-222.

²⁰ Julgamento do Tribunal Geral de 21 de setembro de 2005, *Kadi I*, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, e Julgamento de 3 de setembro de 2008, *Kadi II*, C-402/05, ECLI:EU:C:2008:461.

²¹ LUÍSA DUARTE, M., *O Tribunal de Justiça da União Europeia e o controlo indireto das decisões do Conselho de Segurança : sobre os critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, in *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, vol. 13, n.º 24/25, 2013, pp. 49-76; PIÇARRA, N., *Terrorismo e direitos fundamentais: as smart sanctions na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e no Tratado de Lisboa*. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, vol. 3, 2012, pp. 711-741; BIRKHÄUSER, N., *Sanctions of the Security Council Against Individuals – Some Human Rights Problems*, in *European Society of International Law, 2005*, disponível em: <http://www.esil-sedi.org/english/pdf/Birkhauser.PDF>

²² Julgamento do Tribunal Geral de 21 de setembro de 2005, *Kadi I*, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, para. 284.

²³ Julgamento de 3 de setembro de 2008, *Kadi II*, C-402/05, ECLI:EU:C:2008:461, para. 279 e ss. Referindo-se expressamente à autonomia da União, para. 282.

²⁴ PAVONI, R., *Freedom to Choose the Legal Means for Implementing UN Security Council Resolutions and the ECJ Kadi Judgment: A Misplaced Argument hindering the enforcement of International Law in the EC*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, n.º 1, janeiro de 2009, p. 630.

verdade é que pode ter existido uma intenção benévola com a imposição de tal sistema – a de dualismo tendente a um maior nível de proteção dos direitos fundamentais dos visados por tais resoluções do Conselho de Segurança²⁵.

No entanto, a comprovar-se este uso aparentemente benévolo do princípio da autonomia, não podemos deixar de avançar uma crítica de coerência: se afinal de contas a autonomia serve os propósitos de proteção de um maior nível de proteção jusfundamental, o que parece radicar em última instância numa preocupação individualista do TJUE, porquê a rejeição de uma total unidade jus-fundamental europeia com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem? E se foi tal a noção de autonomia que resultou do caso *Kadi*, porque é que nos sucessivos pareceres do Tribunal quanto à criação de entidades mistas de Direito da UE e Direito Internacional, com a sua própria jurisprudência de matriz pretoriana, o Tribunal veio desenvolvendo critérios crescentemente mais fechados que culminariam na negação da adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?²⁶ O dualismo mitigado para proteção de direitos fundamentais pareceu afinal ser contingente, insuficiente para se sobrepôr a um aparente narcisismo parcialmente desligado dos valores essenciais da União.

Afinal de contas, tudo indica que o Tribunal sempre esteve mais preocupado com a sua própria autonomia do que os próprios tribunais constitucionais estiveram com as suas soberanias originárias.

2.3. Análise da jurisprudência consultiva do Tribunal de Justiça da União Europeia

Avançaremos nas seguintes secções uma sistematização do que nos parecem ser três os critérios ou pilares fundamentais do raciocínio do TJUE na matéria da autonomia externa, a saber: i) o problema da **repartição de competências** entre a União e os Estados-membros (delimitação processual dos demandados); ii) o **respeito pelo mecanismo das**

²⁵ Julianne Kokott e Christoph Sobotta avançam uma possível explicação para aquela decisão que nos parece ser de sufragar. De acordo com aqueles autores, o dualismo que o caso *Kadi* parece ter imposto no Direito Internacional, reafirmando mais uma vez a dimensão da sua autonomia, é na verdade a aplicação de um critério que o TJUE conhecia bem de outros confrontos – o da aplicação da doutrina *Solange*. Assim, KOKOTT, J e SOBOTTA, C., *The Kadi case...*, p. 216.

²⁶ Parecer do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18 de dezembro de 2014, *Adesão à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, C-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

questões prejudiciais como conformadas pelo princípio do adquirido comunitário e finalmente iii) a problemática do **controle do incumprimento do Direito da União**.²⁷

Contrariamente à atividade litigiosa do TJUE nesta matéria, onde são escassas as manifestações de afirmação de autonomia, a competência consultiva é vasta em matéria de proteção do monopólio de jurisdição e salvaguarda da ordem jurídica comunitária. É no contexto de sucessivos pareceres nos termos do atual n.º 11 do artigo 218.º TFUE que o Tribunal vem construindo os três grandes requisitos que avançámos acima.

Quanto ao primeiro critério, uma das suas manifestações mais evidentes pode ser encontrada na criação do denominado Espaço Económico Europeu (EEE) e no subsequente Parecer 1/91²⁸, onde se incluíam os Estados membros da Comunidade e a própria Comunidade, como também aqueles estados terceiros membros da AECL/EFTA.²⁹ A questão colocada perante o Tribunal dizia respeito nomeadamente à relação que se estabeleceria entre o mecanismo de resolução de litígios a ser criado no âmbito do EEE e o monopólio de jurisdição do TJUE na vertente mais alargada do princípio da autonomia. O objetivo final, ditado pelo Acordo, seria o do fortalecimento contínuo das trocas comerciais na Europa, garantindo regras homogêneas em matéria de concorrência e circulação de bens, pessoas, serviços e capital³⁰, assegurada pela existência de uma entidade que garantiria a uniformidade da aplicação do DUE.³¹ O Tribunal rejeitaria a criação daquela entidade naqueles termos apelando à ideia, então original, de que colocaria em causa a **repartição de competências** entre a União e os Estados-membros, nomeadamente por achar que este órgão de resolução de litígios seria obrigado a fazer uma escolha acerca de quem demandar, escolha essa que implicaria necessariamente um juízo acerca da distribuição de competências substantivas entre UE

²⁷ Apresentando uma sistematização distinta dos critérios, HILLION, C. e WESSEL, R., *The European Union and International Dispute Settlement: Mapping Principles and Conditions*, CREMONA, M., THIES, A. AND WESSEL, R.A (Eds.), *The European Union and International Dispute Settlement*, Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 4.

²⁸ Parecer do Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 1991, *Espaço Económico Europeu*, C-1/91, ECLI:EU:C:1991:490.

²⁹ EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, Oxford University Press, 2.ª Ed., 2011, pp. 311 e ss.

³⁰ Veja-se o artigo 1.º do Acordo disponível em http://publications.europa.eu/resource/ellar/15ce3d3d-729d-49cd-b129-508a739b83b5.0009.01/DOC_1

³¹ Essa uniformidade seria garantida, por um lado, através do uso de expressões decalcadas dos textos europeus, garantindo desse modo uma aplicação unitária das regras da União a todos os Estados do EEE; por outro lado, pelo disposto no artigo 6.º daquele acordo, que obrigava a uma interpretação conforme ao acervo comunitário anterior à celebração do acordo.

e Estados-membros.³² Ou seja, de cada vez que o organismo de resolução de litígios do EEE demandasse um Estado-membro, estaria necessariamente a interpretar Direito da União Europeia na dimensão da distribuição de competências. Estava gizado o primeiro grande obstáculo a uma integração jus-fundamental com outras entidades internacionais: **tais tribunais ou órgãos de resolução de litígios nunca poderiam sozinhos escolher quem demandar numa matéria de DUE.**³³

No entanto, o respeito pela repartição de competências não constitui o único requisito a que o Tribunal alude na construção da sua autonomia jurídica face a outros ordenamentos jurídicos internacionais. Com efeito, ainda no próprio Parecer 1/91, e depois sem dúvida no Parecer 1/09³⁴ relativo à criação de uma Patente Europeia, o TJUE aditaria um segundo critério: **o respeito pelo mecanismo das questões prejudiciais como garante do adquirido comunitário.** No caso do EEE, os Estados-membros da EFTA teriam a possibilidade de colocar questões prejudiciais ao TJUE quando fossem “idênticas, em substância, às disposições dos tratados comunitários”³⁵. No entanto, por benévola que fosse a intenção da Comissão tendente à uniformização da interpretação do DUE, tal sistema de questões prejudiciais, que em muito se assemelhava ao existente no então artigo 177.º CE (hoje 267.º TFUE), dispunha em sentido diverso em dois pontos: por um lado mantinha a total liberdade de colocação da questão por parte dos tribunais dos países da EFTA, não pendendo nenhuma obrigação sequer perante os tribunais aos quais não coubesse recurso; por outro retirava o efeito vinculativo das interpretações dadas pelo Tribunal, limitando-se a qualificar como de consultivas e facultativas os pareceres emanados naquele âmbito.³⁶ Este segundo critério seria retomado com maior fulgor no Parecer 1/09 relativo à criação do Tribunal de Patentes Europeias e Comunitárias.

A questão prendia-se com a necessidade identificada pela Comissão Europeia de harmonização e compatibilização dos mecanismos de atribuição de patentes entre a União

³² É importante clarificar que o Tribunal admitiria, em teoria, que a existência de um acordo internacional, celebrado por uma instituição da UE, que estabelecesse ele próprio um sistema de fiscalização judicial com um tribunal próprio, seria em princípio admissível, desde que não comportasse uma parte essencial do corpus normativo das Comunidades, nomeadamente a interpretação de regras secundárias da União.

³³ Pouco tempo depois, a Comissão parecia ter entendido a lição naquele Parecer 1/00. Parecer do Tribunal de Justiça de 18 de abril de 2002, *Espaço de Aviação Comum Europeu*, C-1/00, ECLI:EU:C:2002

³⁴ Parecer do Tribunal de Justiça de 8 de março de 2011, *Tribunal de Patentes Europeu*, C-1/09, ECLI:EU:C:2011:123

³⁵ Para. 56.

³⁶ Para. 61.

Europeia por um lado, e os Estados Membros pertencentes à Convenção sobre a Patente Europeia, ou Convenção de Munique de 1973, por outro. Desta Convenção faziam parte todos os Estados-membros à altura, mas também necessariamente países terceiros, e tinha como derradeiro objetivo a procedimentalização única em matéria de obtenção de patentes, seguida do seu reconhecimento nos diversos Estados parte da Convenção. No âmbito de uma proposta de Regulamento³⁷ para uniformização do mecanismo junto dos Estados-membros, na tentativa de construção de uma verdadeira *patente comunitária*³⁸, era também criado um órgão jurisdicional específico e autónomo (Tribunal de Patentes Europeias e Comunitárias), fora do enquadramento institucional da União Europeia, para resolver os potenciais litígios que se viessem a colocar entre particulares quanto à existência de direitos derivados dessas patentes. Para o TJUE tal criação teria que respeitar mais do que apenas a repartição de competências entre UE e Estados-membros; teria que garantir que a estreita relação de cooperação entre tribunais nacionais e TJUE não seria interrompida por este acordo. Porque embora fosse verdade que o TJUE não dispunha de competência em matéria de diferendos entre particulares naquele momento (como era o caso dos litígios relativos às patentes), sendo antes os tribunais nacionais os competentes para dirimir os litígios, ainda assim não poderiam os Estados delegar essa competência num Tribunal internacional frustrando-se assim à sua “*missão de aplicação do direito da União, na qualidade de juizes de «direito comum» da ordem jurídica da União*”.³⁹ Ou seja, ao transitarem a competência dos tribunais nacionais para essa instância internacional, perder-se-ia fundamentalmente o fio de ligação garante da uniformização do DUE no mecanismo das questões prejudiciais, bem como o papel que os Tratados conferiam ao juiz nacional como verdadeiro juiz da União.

Esta segundo critério não poderia, por uma questão de coerência lógica, ser desligado de um terceiro e derradeiro requisito da autonomia: **o do controlo do cumprimento do DUE**. Nesse mesmo Parecer 1/09, o Tribunal faria a ligação necessária entre o respeito pelo mecanismo das questões prejudiciais e o controlo do cumprimento do Direito da

³⁷ Veja-se a comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho em que se expõem as razões para esta uniformização, como a maior acessibilidade ao registo de patentes e menores custos-Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho: melhorando o sistema de patentes na Europa, COM (2007) 165 final, pp. 4 e ss.

³⁸ Esta uniformização seria garantida através de um acordo entre a União e os Estados-parte da Convenção da Patente Europeia, estipulando procedimentos e regras harmonizadas entre os Estados-membros da UE e os Estados parte da Convenção de Munique.

³⁹ Parágrafos 79 e 80.

União. Porque, enquanto no caso dos tribunais nacionais era já jurisprudência consolidada a possibilidade de recurso a ações de incumprimento por violação de Direito da União Europeia, nomeadamente pelo poder judicial⁴⁰, tal mecanismo só seria possível dentro do quadro institucional da União, nomeadamente através da condenação dos Estados-membros. Ou seja, imaginando um caso em que o novo Tribunal de Patentes podia até colocar questões prejudiciais ao TJUE, duas situações poderiam suscitar-se: a primeira seria a do Tribunal se encontrar obrigado a colocar a questão, por exemplo em questões de validade de um ato jurídico da UE ou simplesmente por ser entendido como última instância no caso, e não o fazer; uma segunda seria o de efetivamente colocar a questão prejudicial mas optar por não seguir a resposta dada pelo TJUE. Ora em ambos os casos, problematizava o Tribunal, como seria efetuado o controlo do respeito pelo DUE? Como condenar uma entidade que não um Estado-membro nos termos de uma ação por incumprimento? A inexistência de uma qualquer garantia judicial de cumprimento ao dispor do Tribunal de Justiça, seria algo simplesmente inadmissível na aceção do TJUE.

Eram estes os três requisitos que a jurisprudência constante impunha ao tempo do derradeiro Parecer 2/13. Demonstraremos agora como este Parecer 2/13 não se tratou de uma revolução impensável do Tribunal, mas antes de uma coerente aplicação de critérios construídos ao longo de décadas. São os critérios neste caso, e não a coerência da decisão, que devem ser criticamente analisados.

3. Proteção jus-fundamental e autonomia da União Europeia: O parecer 2/13

De todos os pareceres dados pelo TJUE no âmbito da autonomia, é sem dúvida a conjugação dos Pareceres 2/94⁴¹ e 2/13⁴² aqueles que mais atenção têm merecido da doutrina⁴³. Em ambos os casos, as tentativas de promover um sistema unificado de proteção dos direitos fundamentais na Europa acabariam bloqueadas pela inexistência de

⁴⁰ Desde o famoso caso *Köbler* - Julgamento de 30 de setembro de 2003, *Köbler*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

⁴¹ Parecer do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de novembro de 1994, Adesão à *Organização Mundial do Comércio*, C-1/94, ECLI:EU:C:1994:384.

⁴² Parecer do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18 de dezembro de 2014, *Adesão à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, C-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁴³ LOCK, T., *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 112, 2015, pp. 239–273; CALLEWAERT, J., e DE WITTE, B., BOSSUYT, M., JOSEPH BRIBOSIA, E., e HILLION, C., e KUIJER, M., e IMAMOVIC, S., e POLAKIEWICZ, J., e CLAES, M., *The EU Fundamental Rights Landscape after Opinion 2/13*, Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2016/3, de junho de 2016.

Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2799100>

concordância daquele Tribunal acerca do conteúdo do projeto. Por duas vezes se tentou, e por duas vezes se falhou.

Enquanto no Parecer 2/94, o problema foi enquadrado pelo TJUE como um mero problema de falta de competências, o contexto de emissão do Parecer 2/13 foi radicalmente distinto. Porque se, como vimos, um dos grandes obstáculos apontados pelo Tribunal no Parecer 2/94 tinha sido a ausência de uma base legal que permitisse à União verdadeiramente aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tal situação haveria de ser remendada aquando da aprovação do Tratado de Lisboa, com o atual n.º 2 do artigo 6.º. A esta norma juntar-se-ia ainda um Protocolo n.º 8, cujo sentido último reforçava justamente as limitações de tal adesão.⁴⁴ A adesão não se daria sem que para além das atribuições da União fossem também protegidas as competências das instituições, as características próprias do Direito da União na participação nos órgãos do Conselho da Europa, a clara definição da legitimidade processual e o papel que os próprios Estados-membros, individualmente partes da CEDH, teriam naquele sistema.⁴⁵ Garantia-se também, nos termos do artigo 3.º do Protocolo n.º 8, que não haveria violação do artigo 344.º TFUE pela aquela via, remetendo-se dessa forma e imediatamente para o existente problema da autonomia do sistema.

Com o falhanço do Tratado que estabelecia uma Constituição Europa, as disposições que lá se encontravam quanto a esta matéria transitarium intocadas para o Tratado de Lisboa, com o debate intenso a que tinham sido sujeitas anos antes.

É por isso, naquele contexto de conflito de posições, que o TJUE seria, nos termos do n.º 11 do artigo 218.º TFUE, chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade do projeto apresentado e a salvaguarda, entre outros, da autonomia do ordenamento jurídico comunitário⁴⁶, mesmo depois de já ter deixado algumas pistas de qual seria a sua eventual

⁴⁴ RANGEL MESQUITA, M., *A Atuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011, Lisboa, pp. 335 e ss.

⁴⁵ Como bem aponta MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, também do lado da própria Convenção Europeia haveria mudanças de fundo a serem feitas. O contexto de então, mesmo com a aprovação do Protocolo n.º 14, não permitiria a adesão de Organizações Internacionais mas apenas de Estados, obrigando por isso à revisão da própria Convenção no caso da adesão se dar efetivamente. RANGEL MESQUITA, M., *Introdução ao Contencioso da União Europeia – Lições*, Almedina, 1.ª Edição, Lisboa, p. 231.

⁴⁶ É bom ter em atenção que este pedido de parecer, aliás como em todas os restantes pareceres, se tratou de um ato discricionário por parte da Comissão. Não existe no Tratado de Lisboa qualquer dever de pronúncia do Tribunal do Luxemburgo nos termos do artigo 218.º/11, mas antes uma faculdade. Existem aliás inúmeros tratados bilaterais de investimento, onde se contam diversos mecanismos processuais autónomos de resolução de litígios (cláusulas arbitrais etc), celebrados entre Estados da União e Estados terceiros que simplesmente escaparam às redes do TJUE que não tem legitimidade oficiosa para os

decisão de futuro⁴⁷. O Tribunal esgrimiria essencialmente cinco argumentos contrários aquela adesão⁴⁸, baseando-se no princípio da autonomia para fundamentar a maioria das suas objeções. Vejamos como é possível reconduzir aquela argumentação aos diversos requisitos/critérios que elencámos acima.⁴⁹ A argumentação respeitante ao Protocolo n.º 16 será analisada em secção autónoma como exemplificação pragmática dos riscos de uma autonomia desligada dos valores da União.

Em primeiro lugar, o Tribunal pronunciava-se acerca da compatibilidade do artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE com o artigo 53.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), em especial tendo em conta a doutrina *Melloni*, e invariavelmente partindo sempre da doutrina *Häggeman* para fundamentar a impossibilidade de interpretações mais favoráveis ao nível de proteção do Estado membro quando estivessem em causa disposições harmonizadas. Ora se a adesão à CEDH implicaria, na esteira daquela doutrina, uma receção daqueles direitos como verdadeiro Direito da União Europeia, então a norma do artigo 53.º da CEDH, que ditava a permissão aos Estados para preverem maiores níveis de proteção do que aqueles prescritos pela Convenção, poderia colocar seriamente em causa a subsistência da linha jurisprudencial *Melloni* e da própria eficácia do Direito da União. Aqui podemos encontrar a génese de toda a problemática da autonomia: a perda do controlo, pelo TJUE, do exato nível de proteção jus-fundamental que devia ser aplicado entre os Estados-membros, ou seja, uma perda do seu monopólio judicial no espaço da União nestas matérias.

Em segundo lugar, o TJUE usaria o princípio da autonomia como arma direta contra a adesão, nomeadamente fazendo uso imediato do disposto no artigo 344.º TFUE, interpretando-o de forma incompatível com o disposto no artigo 33.º da CEDH. A questão, como colocada por aquele Tribunal, prendia-se com a possibilidade, não

fiscalizar. É também ainda o caso mais gritante do mecanismo de resolução de litígios da Organização Mundial do Comércio, ainda antes da adesão da própria União, em que o Tribunal nunca se pronunciou sobre a sua validade em face do princípio da autonomia do Direito da União Europeia. Neste sentido, De Witte, B., *A selfish court?*, pp. 45 e 46.

⁴⁷ RANGEL MESQUITA, M, *Introdução ao Contencioso da União Europeia – Lições*, Almedina, 1.ª Edição, Lisboa, pp. 232 e ss.

⁴⁸ Analisaremos apenas quatro desses cinco argumentos. Por uma questão de concisão e relevância para o tema, a argumentação final do Tribunal relativa ao domínio da PESC e à extensão de jurisdição que o TEDH teria, nomeadamente em áreas vedadas ao próprio TJUE, não será aqui abordada.

⁴⁹ Não seguimos por isso a linha cronológica de argumentação do Tribunal no Parecer 2/13. Preferimos analisar a argumentação que usa a autonomia como fundamento no final para que seja objeto de um estudo mais aprofundado.

eliminada pelo projeto de adesão, de se suscitarem conflitos entre Estados Membros perante o TEDH, ou entre Estados e a União, sem que o Tribunal do Luxemburgo tivesse tido qualquer oportunidade de se pronunciar sobre a matéria.⁵⁰ Neste ponto, a opinião da Advogada-Geral, JULIANE KOKOTT mostrava-se radicalmente distinta da linha seguida pelo Tribunal.⁵¹ Com todo o respeito não podemos concordar com a opinião tecida⁵², nem tão pouco foi esta a opinião do Tribunal.

A argumentação do Tribunal é mais uma vez baseada em premissas jurisprudenciais, desenvolvidas por aquele tribunal ao longo do tempo: o caso *Mox Plant* e a subsequente ação por incumprimento naquele caso *Comissão v. Irlanda*⁵³. Todo o raciocínio é pois, logo à partida, condicionado pela visão de que uma adesão à CEDH teria como consequência jurídica imediata a assimilação material, como Direito da União, daquelas

⁵⁰ Para fundamentar o seu raciocínio o TJUE fez apelo a todo o acervo jurisprudencial de que vimos falando até aqui.

⁵¹ A Advogada-Geral alertava para o facto de o Projeto de adesão se encontrar bem ciente dos riscos que colocariam em confronto duas autonomias de jurisdição distintas: aquela prevista no artigo 55.º da CEDH, que proibia o recurso a outras formas de jurisdição/resolução de conflitos em matéria de direitos fundamentais da CEDH, e o artigo 344.º no domínio da União Europeia que tivemos já oportunidade de descrever. Para colmatar o inegável obstáculo que constituiria a existência do artigo 55.º da CEDH, ficara consagrado no acordo, no seu artigo 5.º, que o recurso ao TJUE não configuraria, para efeitos daquela convenção, um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias. Nada se dizia, no entanto, quanto à situação inversa – a de um Estado colocar uma ação contra outro no TEDH, em matérias que materialmente fossem também elas matéria de DUE, sem aparecer junto do Tribunal da União. A esta complexa questão, KOKOTT respondia com duas soluções: i) uma conceptual inédita no Direito Internacional e Europeu; ii) uma pragmática reconduzida a sanções. A i) sugeria uma abordagem semelhante aquela existente no artigo 282.º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, ou seja, a de uma prevalência da jurisdição do TJUE e a consequente exceção de incompetência no TEDH neste tipo de ações. E mesmo que não se chegasse a tal radical solução, sempre poderia estar previsto, nos termos do Acordo, a obrigação do TEDH consultar nos termos do novo mecanismo de consulta prévia, o TJUE previamente à tomada de uma decisão. De todo o modo, arguia a Advogada-Geral, mesmo que nenhuma destas soluções tivesse sido contemplada no projeto de adesão, a existência da possibilidade de aplicação de sanções por violação do artigo 344.º serviria já os propósitos de impedir que se colocassem esse tipo de ações junto do TEDH. Conclusões da Advogada Geral, para. 118.

⁵² Porque a existência de uma sanção para o incumprimento de uma obrigação de respeito pelo monopólio do Tribunal de Justiça não pode ser apontada como uma garantia do cumprimento e respeito por essa autonomia. A construção da adesão da União ao sistema do Conselho da Europa exige um repensar verdadeiro da própria noção de autonomia do Tribunal de Justiça e do ordenamento da União, um exercício que foi de resto feito pelo próprio Conselho da Europa ao modificar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, através do Protocolo n.º 14, para permitir a adesão de Organizações Internacionais como a UE. Não parece ser de aceitar que exista um Tratado prévio à União, ao qual os Estados nos termos do Direito Internacional livremente aderiram, que preveja uma possibilidade processual de demanda Estado contra Estado, seja agora alvo de uma derrogação em virtude de uma noção inflexível da autonomia e do artigo 344.º do TFUE. Nem tão pouco se compreende como poderia tal visão ser compatível com o disposto atualmente no Tratado de Lisboa a propósito de Convenções Internacionais prévias à União Europeia (art. 351.º TFUE), que claramente impede uma aplicação dos Tratados contrária às obrigações estabelecidas antes de 1958 (ou da adesão do Estado consoante sejam membro originário ou não). Não nos parece que a cláusula de aproximação prevista o segundo parágrafo do mesmo artigo poderia chegar ao ponto de, sem acordo das partes envolvidas, impor uma modificação unilateral de uma via processual pré-existente, no caso o mecanismo Estado contra Estado.

⁵³ Julgamento de 30 de maio de 2006, *Comissão c. Irlanda*, C- 459/03, ECLI:EU:C:2006:345.

disposições do Tratado a que se aderiria. Significaria que, qualquer disputa entre Estados Membros perante o TEDH ao abrigo de uma putativa violação da CEDH, mesmo que em matéria de competências partilhadas, arriscamos dizer, seria vista como uma violação da competência exclusiva do TJUE para aferir da validade do Direito da União. Veja-se como tal raciocínio coincide em absoluto com uma violação dos três critérios elencados acima a propósito da autonomia: Por um lado a **i) violação da repartição de competências**, na medida que que o TEDH invariavelmente teria que fazer um juízo acerca da repartição de competências entre a União e os Estados membros ao analisar o caso, eventualmente para compreender se se justificaria uma demanda da União ao abrigo do mecanismo de co-demanda; por outro o **ii) desrespeito pelo mecanismo das questões prejudiciais** como conformadas pelo princípio do adquirido comunitário, tendo em conta que o TEDH julgaria o litígio inter-estados sem que existisse qualquer obrigação de ouvir o TJUE, sobretudo atentando o carácter aparentemente facultativo do mecanismo de co-demanda, o que permitiria que fizesse uma interpretação sobre direito da União desconforme com aquela ditada pela jurisprudência do TJUE; e finalmente a **iii) impossibilidade de controlo do incumprimento do Direito da União**, na medida em que não haveria qualquer possibilidade de sancionar o TEDH, tal qual existe para os tribunais nacionais, pela má aplicação do Direito da União. Um mecanismo de responsabilidade contra os Estados-Membros, por terem sido levados ao TEDH naquele litígio, seria afinal de contas tudo o que restaria ao TJUE (tal qual defendia KOKOTT).⁵⁴.

É muitíssimo discutível saber se o que se procura proteger nesta aceção do artigo 344.º TFUE é de facto a autonomia da União Europeia, enquanto entidade distinta e independente do Direito Internacional, ou se é por outra um monopólio judicial desligado de qualquer valor fundamental. A autonomia parece funcionar nesta última aceção como um mero “escudo retórico” cuja defesa em última instância seria a do interesse egoístico do próprio Tribunal e não tanto da autonomia da União⁵⁵. Quando o princípio da

⁵⁴ Em adição ao dever de não colocar os litígios em jurisdições externas quando estivesse em causa a interpretação ou validade do Direito da União, prevista no artigo 344.º, o Tribunal faz ainda apelo à autonomia enquanto expressão do princípio da cooperação leal do n.º 3 do artigo 4.º TUE. Constituiria uma violação clara daquele princípio a possibilidade de demanda entre Estados Membros que, ao desrespeitarem aquela cláusula de exclusividade, o faziam de má fé em face da União. Assim o Parecer 2/13 no parágrafo 201 e o Julgamento de 30 de maio de 2006, *Comissão c. Irlanda*, C- 459/03, ECLI:EU:C:2006:345, para.169.

⁵⁵ DE WITTE coloca muito bem a questão ao dizer que “*the autonomy of the EC legal system is put forward as a rhetorical shield to help to protect the Court’s own exclusive jurisdiction in Community law matters. In this case [Mox Plant], one might argue that the Court was overly protective and that its claim for autonomy, by not allowing any part of the dispute to be submitted elsewhere, was rather unfriendly towards*

autonomia se transforma numa arma de defesa de interesses próprios do Tribunal, e não mais da garantia da efetividade e coerência do Direito da União, devem ser elaboradas críticas ao próprio TJUE numa dimensão do próprio princípio da separação de poderes.

Finalmente, seguindo estas últimas considerações, o Tribunal analisaria o problema da articulação entre o TEDH e o TJUE no proposto mecanismo de co-demanda ou co-responsabilidade. Embora se trate de um problema merecedor de uma reflexão autónoma, trata-se de um evidente problema de autonomia na ótica que avançamos acima, nomeadamente quanto ao **problema da repartição de competências**. Como explicámos, qualquer mecanismo judicial criado, em que se permitisse efetuar uma escolha entre uma demanda da União, dos Estados-membros ou de ambos, sempre violaria a noção de autonomia do Direito da União Europeia como teorizada pelo TJUE. Repare-se que no Parecer 2/13 o Tribunal entendeu que o mero juízo processual acerca da admissibilidade de um pedido de intervenção a título de corresponsável ou codemandado habilitaria sempre o TEDH, invariavelmente, a emitir um juízo processual acerca da delimitação de competências entre a União e os Estados-membros⁵⁶. Da mesma forma, numa fase posterior do processo, poderia colocar-se um problema em tudo semelhante: o TEDH poderia concluir, findo o processo, que a responsabilidade deveria ser imputada a apenas um dos co-responsáveis e não a ambos. Ora esta definição da imputabilidade de uma determinada ação ou omissão entre a União e os Estados-membros esbarraria, uma vez mais, numa violação do monopólio judicial do Luxemburgo.⁵⁷

4. A autonomia da União Europeia e a morte anunciada do Protocolo n.º 16

the 'rest' of international law." DE WITTE, B., *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?* Zeitschrift Für Öffentliches Recht, vol. 65,1, 2010, p. 150.

⁵⁶ Vejam-se os parágrafos 221-225.

⁵⁷ Veja-se que o Tribunal rejeitava assim um dos principais argumentos de alguns Estados-membros que dizia respeito à imposição de um prévio acordo entre os co-responsáveis que pudesse garantir a uniformidade do Direito da União previamente à colocação da ação. A mera homologação deste acordo pelo TEDH seria já uma intolerável violação da autonomia da União. Para. 234 - "*Em todo o caso, mesmo admitindo que o pedido de repartição da responsabilidade se baseie num acordo entre o corresponsável e o demandado, esta circunstância não é suficiente, por si só, para excluir qualquer lesão à autonomia do direito da União. Com efeito, a questão da repartição da responsabilidade deve ser resolvida unicamente em aplicação das regras do direito da União pertinentes, sob fiscalização, se for caso disso, do Tribunal de Justiça, que tem competência exclusiva para garantir que o acordo entre o corresponsável e o demandado respeita as referidas regras. Permitir ao TEDH homologar um eventual acordo entre a União e os seus Estados- Membros sobre a repartição da responsabilidade equivaleria a permitir- lhe substituir- se ao Tribunal de Justiça para regular uma questão que é da competência exclusiva deste último.*"

De entre os vários argumentos esgrimidos pelo TJUE na rejeição do projeto de construção de uma proteção unitária europeia em matéria de direitos fundamentais, o uso do Protocolo n.º 16 como um obstáculo é talvez o mais peculiar e disruptivo da linha jurisprudencial que estudámos. De facto, no Parecer 2/13, o Tribunal referia-se, mediante um juízo de alguma prognose, aos efeitos perniciosos que o futuro Protocolo 16.º poderia ter na autonomia do Direito da União Europeia, nomeadamente no relacionamento com o mecanismo das questões prejudiciais. Para além dos argumentos previamente avançados pelo TJUE como obstáculos a uma potencial adesão, o Tribunal fez questão de ir mais longe na sua análise da autonomia e resolveu estendê-la ao então projeto de Protocolo n.º 16 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁸. E com isso terá, arriscamos dizer, anunciado a sua prematura morte.

Algumas palavras de enquadramento daquele Protocolo para que se entenda todo o alcance da argumentação do Luxemburgo. O Protocolo havia sido anunciado pelo então Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, DEAN SPIELMANN, como um passo fundamental para o estreito diálogo judicial necessário cumprindo um duplo objetivo: o da aproximação dos mecanismos da CEDH aos de outros tribunais internacionais, designadamente às competências consultivas previstas para o Tribunal Internacional de Justiça ou para a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, ao mesmo tempo que garantia o reforço do princípio da subsidiariedade na resolução de litígios, com os devidos efeitos de celeridade e redução de custo dos processos.⁵⁹ O Protocolo n.º 16 criaria por isso um verdadeiro sistema de consulta ao TEDH por parte dos tribunais dos Estados-parte, numa lógica de cooperação judicial, que à partida se assemelhava a um reenvio prejudicial, ainda que em moldes distintos. Importa, no entanto, clarificar que esta verosimilhança potencial entre ambos os regimes nunca passou disso, de uma aparente coincidência de regime.⁶⁰ Não podemos deixar de clarificar este ponto analiticamente.

⁵⁸ À data da elaboração deste trabalho, o Protocolo n.º 16 conta com 8 ratificações e 18 assinaturas, sendo que nos termos do seu artigo 8.º entrará em vigor três meses após a 10ª ratificação, o que ainda não sucedeu. Importa denotar que das 8 ratificações elaboradas, apenas três dos Estados são membros da União Europeia (Estónia, Eslovénia e Lituânia), muito embora Estados como a França ou a Eslováquia tenham já assinado, mas não ratificado. A própria relutância em ratificar o Protocolo depois da sua assinatura revela a influência que o Parecer 2/13 terá tido em alguns dos Estados-membros da União Europeia (caso da França que assinou a 2 de outubro de 2013, mas nunca ratificou).

⁵⁹ SPIELMANN, D., *Whither Judicial Dialogue?*, discurso proferido a propósito da palestra *Sir Thomas More Lecture*, Lincoln's Inn, a 12 de Outubro de 2015, p. 5. Transcrição do discurso disponível on-line em: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20151012_Spielmann_Sir_Thomas_More_Lecture.pdf

As diferenças entre o mecanismo das questões prejudiciais, previsto no artigo 267.º TFUE, e os termos desta consulta, podem ser encontradas a três níveis: i) subjetivo-ativo (quem pede?), ii) objetivo (quando é obrigatório pedir-se?) e iii) subjetivo-passivo (vinculatividade da decisão?). Primeiro (i) porque apenas os Tribunais superiores dos Estados-parte, e só esses, possuiriam capacidade de colocar as tais questões ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ou seja, ao contrário do que se verifica no mecanismo das questões prejudiciais da União, em que toda a conceção dos tribunais nacionais se funda na ideia de serem também eles, independentemente de serem ou não tribunais superiores, garantes do respeito pelo Direito da União e, conseqüentemente, eles próprios juizes da União, o Protocolo 16 relegava os tribunais de instâncias inferiores para a impossibilidade de colocarem pedidos. Isto significaria então que qualquer tribunal de 1ª ou 2ª instância manteria os seus deveres de cooperação, por exemplo, quanto às questões de validade do Direito da União, sem que o Protocolo tivesse qualquer tipo de influência nessa matéria. Segundo (ii), porque existe uma distinção clara do ponto de vista objetivo, da obrigação de colocar tais questões (quando é obrigatório pedir-se?). O tal 1.º artigo do Protocolo 16 faz menção clara à possibilidade de colocação destas questões (usando a locução pode, ou em inglês "may") que imediatamente remete para o caráter facultativo da cooperação.⁶¹ O tribunal superior nacional possui discricionariedade total para colocar a questão junto do TEDH, não sendo sequer claro se estará obrigado, nos termos daquele Protocolo, a fazê-lo a pedido das partes. Ora tal não é manifestamente a situação prevista para as questões prejudiciais no Direito da União Europeia, em especial quanto se tratem justamente de Tribunais dos quais não caiba recurso, em que se exige ao último tribunal que coloque necessariamente a questão prejudicial ao TJUE. E finalmente, como terceira fundamental diferença, o grau de obrigatoriedade que a opinião consultiva teria na decisão do caso concreto em litígio (vinculação à decisão?). O Protocolo 16 é também

⁶¹ Esta interpretação é fortemente apoiada pelo elemento histórico que podemos encontrar no Relatório que acompanha o Protocolo n.º 16, Council of Europe, *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Explanatory Report*, p. 2. Disponível em www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf

Diz a disposição na sua versão em inglês:

Article 1

1 - Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, **may** request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto [sublinhado nosso]

2- The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it.

3- The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case.

absolutamente cristalino em afastar o caráter obrigatório ou vinculativo das decisões do TEDH ao abrigo da competência consultiva, na medida em que nos termos do seu artigo 5.º, as opiniões são tidas como não vinculativas. Há também uma visão radicalmente oposta daquela que o TJUE vem sufragando na sua jurisprudência em matéria de questões prejudiciais porque, se por um lado é verdade que também as consultas prejudiciais do TJUE não consagram uma solução específica do litígio no caso concreto, é hoje absolutamente claro que condicionam e vinculam o juiz a determinada interpretação do DUE a ser seguida no caso concreto.

Qual seria então o risco apontado pelo TJUE que justificaria a menção a um Protocolo que, à data da emissão do Parecer, ainda tão pouco teria visto a luz do dia para efeitos de assinatura?

O tribunal dedica escassos cinco parágrafos à fundamentação deste obstáculo colocando o cerne da problemática em dois pontos fundamentais: i) por um lado, na eventualidade de uma adesão por parte dos Estados-membros, partindo da já explanada doutrina *Hägeman*, a CEDH faria parte integrante do Direito da União, pelo que qualquer interpretação feita a título consultivo ao TEDH, poderia radicar numa escapatória legal ao mecanismo instituído das questões prejudiciais (que o Tribunal considera naquele parecer como constituindo a pedra angular da interpretação do Direito da União); ii) por outro lado, no problema da eficácia das decisões emanadas do TJUE a título prejudicial, na eventualidade do TEDH se vir a pronunciar de seguida sobre o mesmo objeto em sentido diverso (ou seja uma decisão posterior do TEDH acerca de um mesma matéria prevista em ambos os ordenamentos), poder iludir-se o mecanismo obrigatório de questões prejudiciais.

Parece poder deduzir-se que as motivações se prendem essencialmente com uma tal possibilidade de “*Fórum Shopping*” de questões prejudiciais entre ambos os tribunais, nomeadamente tendo em conta as diferenças subjetivas apontadas. Poderia acontecer, na opinião crítica de alguns⁶², que num determinado litígio concreto sobre um direito fundamental coincidente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem a seguinte situação sucedesse: o tribunal nacional de 1.ª ou 2ª instância colocaria uma questão previamente ao TJUE ao abrigo do

⁶² HALBERSTAM, D., *It's the Autonomy, Stupid! A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, University Michigan, Public Law Research Paper No. 439, fevereiro de 2015, pp. 14 e ss.

artigo 267.º TFUE, por exemplo acerca da validade de determinado ato jurídico da União com a Carta dos Direitos Fundamentais, e depois, subindo o processo em recurso até ao Tribunal superior, o Tribunal de última instância colocaria uma segunda questão idêntica, desta ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Tal situação, ainda que com âmbitos materiais distintos (duas convenções distintas), consubstanciaria ainda assim uma interpretação potencialmente distinta acerca do mesmo ato (com o parâmetro de validade distinto). Poderia acontecer que o TJUE ditasse na sua questão prejudicial que determinado ato não se encontrava contrário ao Direito da União, e que depois o TEDH ditasse em sentido contrário, nomeadamente que o tal ato violava o acervo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ora mesmo tendo em conta o caráter absolutamente facultativo no que dizia respeito às decisões consultivas do TEDH, que em nada vinculariam o tribunal nacional, o TJUE foi da opinião que tal possibilidade seria já suficiente para constituir uma violação manifesta do princípio da autonomia do ordenamento da União.⁶³Tanto mais, adicionava o TJUE, quando nessa consulta ao TEDH o TJUE não fosse convidado a intervir através do mecanismo de consulta prévia estabelecido no Protocolo n.º 16.

Ora não vemos, com todo o respeito que é devido ao Tribunal, como pode uma argumentação deste género ser procedente. Antes desconfiamos que, uma vez mais, é um receio arcaico e uma defesa da sua sobrevivência que move o TJUE para aplicações cada vez mais tortuosas das variantes do princípio da autonomia, esquecendo-se de que a sua função primordial é justamente a da garantia da unidade em volta dos valores fundamentais da União. Uma União que se afigura precisamente uma União de Direito.

Vejamos em que termos é que o raciocínio pode ser criticado.

A primeira questão que pode ser avançada é de uma simplicidade absoluta: mas o risco de decisões posteriores conflitantes por parte do TEDH não existe já atualmente, nos

⁶³ Em sentido radicalmente diferente veja-se a opinião da Advogada-Geral. Nas suas conclusões, a Advogada-Geral procurou alertar o tribunal para a inexistência de qualquer conflito entre ambas as possibilidades de opiniões/pareceres consultivos, rejeitando as argumentações tecidas nas alegações orais de que um Estado poderia, tendo em conta que a CEDH constituiria parte do direito primário da União, simplesmente colocar a questão ao TEDH e iludir a competência prejudicial do TJUE. A ideia de um qualquer *forum shopping*, como depois referido implicitamente pelo Tribunal, seria na sua opinião irrealizável: bastava atentar no terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE, para que se compreendesse que a obrigação de colocar questões prejudiciais perante o TJUE era uma obrigação que se impunha aos direitos nacionais e, por maioria de razão, a tratados de adesão celebrados pela União. Assim sendo, na sua opinião, os tribunais superiores dos quais não coubesse recurso teriam sempre que colocar primeiro a questão junto do TJUE e, só depois, poderiam efetivamente colocar a ação noutros tribunais internacionais. Conclusões da Advogada-Geral, para. 136-141.

termos em que se configure a possibilidade de petições individuais ao TEDH em matérias substantivamente previstas em Direito da União? A reafirmação do compromisso “informal” do TEDH para com o TJUE foi aliás reafirmada no contexto pós Parecer 2/13 naquele caso⁶⁴ *Avotiņš c. Letónia*⁶⁵ procedendo depois para a análise da dupla condição prevista no caso *Michaud* e o requisito adicional da “potencial proteção deficiente de um direito previsto na Convenção”. E em tudo isto concluiu estarem preenchidos os requisitos para fazer operar, uma vez mais, a presunção de equivalência de proteção entre ambos os ordenamentos rejeitando o receio de alguns de uma vingança indireta por parte de Estrasburgo.⁶⁶ Isto significa que, afinal de contas, um mecanismo que possibilitasse uma consulta facultativa e não vinculativa ao TEDH veria sempre um Tribunal cooperativo e não conflituante para com o Direito da União Europeia. Do ponto de vista de uma análise realista do mecanismo, a situação de um verdadeiro conflito entre jurisdições parece ser difícil de perspetivar.

Mas, diriam os mais cétricos, o conflito podia ainda assim dar-se mesmo que improvável. Ora, mesmo admitindo este cenário, o TJUE parece vislumbrar uma possibilidade ainda mais complexa: a de que os Estados-membros poderiam aproveitar a existência de tal Protocolo como um tal mecanismo de “Forum Shopping” de jurisdições, remetendo as consultas ora para um ora para outro Tribunal consoante a potencial favorabilidade das respostas. Com efeito, numa controversa passagem do Parecer 2/13, no seu parágrafo 198, vem o Tribunal dizer:

“Em especial, não está excluído que um pedido de parecer consultivo apresentado nos termos do Protocolo n.º 16 por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro que tenha aderido a esse protocolo possa desencadear o processo de apreciação prévia pelo Tribunal de Justiça, criando assim o risco de se eludir o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, que, como recordado no n.º 176 do presente parecer, constitui a pedra angular do sistema jurisdicional instituído pelos Tratados.”

Ou seja, o TJUE receava que uma possível consulta do TEDH pudesse desonerar o Tribunal nacional de última instância a colocar a questão funcionando dessa forma,

⁶⁴ GLAS, L. e KROMMENDIJK, J., *From Opinion 2/13 to Avotins: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts*, Human Rights Law Review, vol. 17, 2017, pp. 567–587.

⁶⁵ TEDH, Julgamento de 23 de maio de 2016, *Avotiņš c. Letónia*, Petição n.º 17502/07, para. 101.

⁶⁶ Admitindo essa possibilidade, JOHANSEN, S., *EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of Avotiņš v. Latvia*, disponível em: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html>

deprendemos, como uma interpretação extensiva da doutrina CILFIT. Não vemos como é que essa possa ser a situação. Dois argumentos militam no sentido contrário à exposição do Tribunal.

Um primeiro argumento diz respeito ao próprio momento de análise da compatibilidade do Protocolo n.º 16 com os Tratados, nomeadamente como apontam LAZOWSKI e WESSEL⁶⁷, neste ataque preventivo ou *ex ante* ao texto do Protocolo. O pedido de Parecer dizia respeito exclusivamente à adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e não a uma genérica análise do problema da autonomia no contexto futuro e incerto de novos Protocolos. E de qualquer forma, com ou sem adesão, o problema do Protocolo n.º 16 sempre se manteria com a possibilidade dos Estados-membros aderirem ao instrumento e iniciarem os seus procedimentos de consulta ao TEDH. O uso do Protocolo n.º 16 como uma argumentação contra a putativa adesão da União à CEDH é por isso de alguma forma questionável – mais se assemelha a uma instrumentalização de uma questão diversa para efeitos de garantia do *status quo* do Tribunal. O Protocolo n.º 16 poderia até suscitar a problemática da autonomia: mas este é e será um problema distinto daquele da adesão.

Um segundo argumento prende-se com o próprio mecanismo das questões prejudiciais e a garantia da observância do Direito da União Europeia. Nos termos do artigo 267.º TFUE, em especial do seu n.º 3, fica muitíssimo clara a obrigação que os Tribunais de última instância dos Estados-membros têm em colocar efetivamente as questões prejudiciais junto do TJUE. Fora dos excecionais casos que a jurisprudência contemplou, com a doutrina do ato claro, é hoje evidente que os Tribunais se encontram vinculados a colocar a questão. Como também é evidente a prevalência do Direito da União sobre as Convenções celebradas pelos Estados-membros que sejam incompatíveis com este⁶⁸. Ora

⁶⁷ LAZOWSKI, A., e WESSEL, R., *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, German Law Journal, vol. 16, 2015, pp. 192-193.

⁶⁸ Existe na verdade uma crescente restrição da margem de liberdade dos Estados no que diga respeito ao seu *Ius Tractum*. Por exemplo ao nível dos Tratados de Investimento, existem alguns autores que antecipam possíveis conflitos com o princípio da autonomia do Direito da União: UWERA, G., *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in Future EU Investment-Related Agreements: Is the Autonomy of the EU Legal Order an Obstacle?*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 15, Brill Nijhoff, 2016 pp. 102–151; LENK, H., *Investor-State Arbitration Under TTIP: Resolving Investment Disputes in an (Autonomous) EU Legal Order*, SIEPS Report, 2015, pp. 32- 70; KOKOTT, J., e SOBotta, C., *Investment Arbitration and EU Law*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 18, 2016, pp. 1-18. Sobre a possibilidade de uma crescente invasão da União no *Ius Tractum* dos Estados-membros, EECKHOUT, P., *Exclusive External Competences: Constructing the EU as an International Actor*, in The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence, Springer, 2013,

existindo a obrigação do artigo 267.º/3 TFUE, o problema coloca-se como um mero problema de hierarquia de fontes, em que o Estado-membro seria em última instância condenado pelo seu incumprimento de uma obrigação imperativa de DUE⁶⁹, caso escolhesse avançar para a consulta facultativa do TEDH em detrimento da questão prejudicial do TJUE. A compatibilização de ambos os instrumentos não só seria possível, como beneficiaria os particulares: em termos de diminuição do número de processos perante o TEDH, de sedimentação de jurisprudência constante e de previsibilidade na decisão, permitindo deste modo evitar recursos manifestamente desnecessários para o Tribunal de Estrasburgo. Muito embora nem o Protocolo n.º 16, nem tão pouco o Relatório explicativo, densifiquem as relações entre a consulta prévia e a potencial decisão final em sede de recurso para o Tribunal, não se afiguram possibilidades realistas em que a decisão fosse fundamentalmente distinta.

Ainda assim, e tendo em conta a argumentação tecida, encontram-se na doutrina aqueles que defendem tratar-se de um verdadeiro problema. Entre eles, uma das vozes mais críticas da adesão dos Estados-membros a este Protocolo é HALBERSTAM⁷⁰, para quem a decisão do Parecer 2/13 se tratou de uma boa decisão pelo Tribunal. Especificamente debatendo os obstáculos do Protocolo n.º 16, o autor aponta uma situação em que seriam claros os riscos de violação do Direito da União em virtude de um contato prévio com o TEDH, mesmo que não vinculativo. Partindo da mesma exata premissa do Tribunal, nomeadamente do fenómeno da absorção da CEDH enquanto Direito primário da União (Hägeman), o autor defende que o Direito da CEDH, enquanto Direito primário da União, poderia ser usado contra obrigações de Direito secundário da União, nomeadamente

pp. 613-636. Em aparente sentido contrário, defendendo que ao tempo do Parecer 2/94 ficara bem claro que o TJUE sempre respeitaria os limites da transferência de soberania operada pelos Estados-membros, LUÍSA DUARTE, M., *A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União e os Estados-membros*, FDUL, 1997, p. 596. Sobre a matéria ver também RANGEL MESQUITA, M., *A Atuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011, p. 137.

⁶⁹ Assim defendia, e com a razão do seu lado, a Advogada-Geral - O artigo 267.º, terceiro parágrafo, do TFUE prevalece sobre o direito interno dos Estados- Membros e, conseqüentemente, também sobre uma convenção internacional eventualmente ratificada por alguns Estados- Membros, como o Protocolo Adicional n.º 16 à CEDH. Daqui resulta que os tribunais de última instância dos Estados- Membros, sempre que tenham de decidir uma causa no âmbito de aplicação do direito da UE, têm de dar prevalência à submissão de questões ao Tribunal de Justiça e dar prevalência à observância das suas decisões. Para. 141.

⁷⁰ HALBERSTAM, D., *It's the Autonomy, Stupid! A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, University Michigan, Public Law Research Paper No. 439, fevereiro de 2015, p. 18 e ss. Rejeitando a argumentação avançada, no pólo contrário, LOCK, T., *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 112, 2015, p. 262 e ss.

quando os tribunais superiores se “enganassem”⁷¹ a colocar a questão ao TJUE e a colocassem antes ao TEDH. Este “engano” possibilitaria, na sua opinião, o seguinte raciocínio: sendo a CEDH direito primário, e tendo obtido uma decisão do TEDH no sentido diverso do ato secundário, então seria possível excluir o TJUE de todo o processo de aferição da validade do ato secundário usando para isso uma defesa de hierarquia do próprio DUE (porque a CEDH seria parte integrante do DUE, enquanto Direito primário).⁷² A isto se poderia juntar, no contexto da adesão, o prévio envolvimento do TJUE no mecanismo de apreciação prévia em que o TJUE interviria, ficando dessa forma uma matéria de Direito secundário da União sujeita ao escrutínio final do TEDH. Por tudo isto, o autor avançaria que a solução passaria por uma expressa declaração unilateral por parte dos Estados-membros, em que se comprometeriam a nunca colocar consultas, nos termos do Protocolo n.º 16, em matérias de Direito secundário da União, evitando dessa forma o conflito que descrevemos.

Com todo o respeito, não podemos concordar com o raciocínio acima que nos parece viciado em dois pontos fundamentais. Primeiro porque ignora toda a jurisprudência de cooperação e respeito que tem sido construída ao longo de décadas de jurisprudência entre os dois Tribunais. A argumentação realista que tecemos há pouco é um argumento muito persuasivo: nunca aconteceu que o TEDH tivesse quebrado a presunção *Bosphorus* e, mesmo no contexto pós Parecer 2/13, continua sem o fazer. Mas mesmo que a argumentação realista não seja suficiente, do ponto de vista normativo HALBERSTAM parece esquecer-se de um fundamental detalhe - o próprio mecanismo das questões prejudiciais encontra-se previsto nos Tratados e é por isso Direito primário da União. A receção da CEDH a título de Direito primário, como aliás a receção de qualquer Tratado internacional celebrado pela União, terá sempre que respeitar o próprio Direito primário antes de se poder proceder à incorporação. Ou seja, no caso de um Tribunal se “enganar” e colocar a questão ao TEDH e não ao TJUE, numa tentativa fraudulenta de aproveitamento do carácter de Direito primário da União que a CEDH ganharia, a violação do mecanismo das questões prejudiciais do artigo 267.º/3 manter-se-ia e uma ação de cumprimento seria de imediato movida contra o Estado incumpridor (para não mencionar a possibilidade de ações de responsabilidade pelo poder judicial caso a tentativa

⁷¹ O autor usa recorrentemente o termo “mistaken courts”, entre aspas, aludindo claramente a uma decisão consciente e dolosa por parte dos juízes nacionais de defraudarem o Direito da União.

fraudulenta fosse feita em detrimento do direito de um particular). Qual seria o incentivo de um Estado-membro para encetar tal caminho, sabendo dos terríveis custos em que incorreria? Mais, a ideia sufragada pelo Tribunal, e repetida por HALBERSTAM, de que o mecanismo de prévio envolvimento poderia ser usado nestes casos defraudando dessa forma o mecanismo das questões prejudiciais não tem qualquer respaldo nos termos do Projeto de Adesão. Com efeito, nos termos do projeto de adesão fica muito claro que, nos termos do n.º 6 do seu artigo 3.º, o mecanismo de prévio envolvimento seria apenas usado nos casos contenciosos em que a União fosse demandada juntamente com os Estados-membros⁷³, e não nos casos de consulta prévia.

A verdade é que o uso de casos excepcionalmente patológicos, onde muitas vezes a abstração do raciocínio se afasta demasiadamente da realidade, tem sido a arma usada pelo Tribunal e pelos seus defensores na projeção de uma noção de autonomia crescentemente mais intrusiva e negacionista da vida internacional dos Estados e da própria União. Na verdade, os benefícios de um Protocolo n.º 16, sobretudo como um mecanismo de resolução dos problemas de sobrecarga estrutural de processos que o TEDH enfrenta, excedem em muito os riscos, que consideramos meramente teóricos, de uma adesão dos Estados-membros a este novo instrumento. O TJUE, com este tipo de atitude, parece querer antes afastar-se de um modelo verdadeiramente unificado de proteção dos Direitos Fundamentais fazendo uso da retórica da autonomia como uma linha argumentativa agora completamente desligada de qualquer proteção dos direitos fundamentais.

Quererá isto dizer que existe uma hipótese para o Protocolo n.º 16 vir um dia a ser aplicado como um mecanismo de consulta prévia ao TEDH? Diríamos que tudo indica que se trate de um nado-morto, cuja existência foi sentenciada ainda antes do seu nascimento.

5. Conclusões

Concluimos no mesmo tom com que se iniciou esta investigação: os contornos e limites do princípio da autonomia carecem de um estudo aprofundado do qual esta investigação deve constituir o primeiro passo. Muito mais do que um mero problema de cariz teórico,

⁷³ Esta conclusão é reforçada ainda pelo argumento histórico do comentário que acompanha o projeto de adesão: Conselho da Europa, Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, doc. 47+1(2013)008rev2, de 10 de junho de 2013, para. 65-69. Disponível em: http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/Docs2013/47_1_2013_008rev2_EN.pdf.

o princípio da autonomia como perspectivado pelo TJUE tem implicações práticas e constitui mais do que uma defesa da coerência e uniformidade do Direito da União. O Tribunal tem, arriscamos dizer, uma definição própria e autoreferencial do seu papel, cujo crescimento está hoje fora do controlo originário dos Estados e que os obriga a condutas crescentemente mais restritivas no relacionamento com o Direito Internacional. A autonomia da União constitui a pedra de toque de décadas de jurisprudência reclamando independência dos Estados-membros, que se iniciou com uma batalha interna (a tal autonomia interna), mas que rapidamente transitou para o próprio domínio do Direito Internacional. Defendemos que, baseado na triplicidade de critérios avançados, o Tribunal construiu uma elaborada doutrina da qual não parece haver escapatória e que condena o Protocolo n.º 16 a uma morte antecipada. A recondução de realidades internacionais à violação constante de um dos três critérios pode significar uma verdadeira política expansionista por parte do Tribunal relativamente ao *Ius Tractum* dos Estados, o que indicia traços típicos de um sistema federal que, pelo menos ainda, não o é. Mais do que criticar a existência de uma definição da autonomia que muitas vezes parece ser *praeter legem*, o que mais impressiona na extensão do conceito é a falta de coerência na sua aplicação (nomeadamente a distinção entre integrações de Direitos Humanos e integrações de índole económica). Tal incoerência não pode ser entendida de ânimo leve e deve incentivar a doutrina a colocar em causa a imparcialidade do poder judicial e a consistência dos critérios por ele criados.

Sob o disfarce de uma defesa do ordenamento jurídico de intrusões externas, o Tribunal vê-se agora habilitado a ditar do dinamismo internacional dos seus Estados-membros e a decidir, se necessário for, contra a sua vontade. Nada disto seria errado se fossem benévolos os objetivos ou coerente a aplicação dos critérios gizados; mas sendo os objetivos crescentemente politizados, e os critérios incoerentemente aplicados, tudo indica que falhanços prematuros como o do projeto do Protocolo n.º 16 poderão surgir no futuro. O Protocolo n.º 16 não apresenta, na nossa modesta opinião, qualquer ameaça à autonomia ou à uniformidade do Direito da União; nem tão pouco coloca em causa o mecanismo das questões prejudiciais como parece querer o Tribunal. A cooperação de décadas de jurisprudência entre ambos os Tribunais tornaria os conflitos improváveis e o mecanismo derradeiro das questões prejudiciais garantiria a sua impossibilidade. Simplesmente, porque o Protocolo representa mais um passo numa integração que se

afigura inevitável para um verdadeiro bloco jusfundamental no espaço europeu, o Tribunal votou mais uma vez em ficar orgulhosamente só.