

**COMPREENDER A CARTA SOCIAL EUROPEIA REVISTA: CONVENÇÕES  
INTERNACIONAIS E OS SEUS EFEITOS NAS ORDENS JURÍDICAS  
NACIONAIS\***

***UNDERSTANDING THE REVISED EUROPEAN SOCIAL CHARTER:  
TREATIES AND THEIR MUNICIPAL LAW EFFECTS***

*FILIPE CERQUEIRA ALVES*

*Assistente Convidado na Universidade Católica Portuguesa  
Faculdade de Direito. Escola do Porto*

**RESUMO**

A relação entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna é hoje marcada pela interação entre vários sistemas jurídicos e jurisdições que por vezes concorrem e se interceptam na procura da definição do direito aplicável ao caso concreto. A produção de efeitos das convenções internacionais implica, pois, a consideração deste pluralismo jurisdicional. A Carta Social Europeia Revista (CSER) insere-se neste quadro como documento legislativo internacional que proclama a promoção de direitos fundamentais e cujo teor oferece um nível de

---

\* O presente texto foi elaborado por ocasião da Conferência Internacional “A crise e o impacto dos Instrumentos Europeus de Proteção dos Direitos Sociais nas Ordens Jurídicas Internas”, que teve lugar nos dias 15 e 16 de Abril de 2016, na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal. O autor está grato à Comissão Organizadora pela oportunidade de partilhar as ideias que ora se desenvolvem e colher da discussão que se seguiu e assume a responsabilidade única por quaisquer erros ou imprecisões eventualmente constantes do texto. Qualquer comentário ou sugestão poderá ser endereçado a [fc Alves@porto.ucp.pt](mailto:fc Alves@porto.ucp.pt).

protecção do indivíduo por vezes superior ao nível de protecção garantido pelos Estados que nela são partes. O presente artigo procura orientar a compreensão das forma através das quais a CSER se manifesta no poder judicial e legislativo dos seus Estados contraentes, partindo de uma análise geral da produção de efeitos das convenções internacionais nas ordens jurídicas nacionais e procurando compatibilizar aquela com a natureza dos direitos fundamentais consagrados na CSER e o seu desenvolvimento nas ordens jurídicas locais.

**PALAVRAS CHAVE:** Aplicabilidade directa, pluralismo jurisdicional, direitos sociais.

#### **ABSTRACT**

The following paper seeks to shed some light on the most recent developments concerning the interaction between international law and municipal law as far as fundamental rights are concerned. By resorting to the concept of legal pluralism and by integrating it with the nature of social constitutional rights, we will try to ascertain how does the Revised European Social Charter (RESC) produce effects within municipal legal and judicial orders. The diversity and interaction of different levels of jurisdiction poses the question of whether and how can a superior degree of protection contained in an international standard be enforced within the boundaries of a contracting State. In this context, the RESC can provide an example of a procedural integration of its content in the legal order of its contracting Parties.

**KEYWORDS:** Legal pluralism, self-enforcing norms, social constitutional rights.

#### *SUMÁRIO:*

- 1. INTRODUÇÃO.*
- 2. ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL E ORDEM JURÍDICA INTERNA.*
- 3. PLURALISMO JURISDICIONAL.*
- 4. DETERMINABILIDADE E APLICABILIDADE.*
- 5. SUPERVISÃO E DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DA CSER.*
- 6. A CSER E OS TRIBUNAIS NACIONAIS.*
- 7 A CSER E A RELAÇÃO ENTRE A SUA SUPERVISÃO E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NACIONAL.*

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

### 1. INTRODUÇÃO

A Carta Social Europeia (CSE), aberta para assinatura por qualquer Estado membro do Conselho da Europa em Turim em 1961 e em vigor desde 1965, é o instrumento regional europeu de proteção dos direitos sociais que acompanha e complementa a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), suprindo a menor ressonância da matéria atinente aos direitos sociais nesta. A aprovação da CSE, na sua forma original, comportava um texto completo e ambicioso, composto por trinta e oito artigos. A década de 90 trouxe dois marcos para o seu desenvolvimento: a instituição do seu procedimento de Reclamações Colectivas, que permite a organizações com legitimidade activa apresentarem queixas quanto à implementação do seu conteúdo nos países signatários sem ter que esgotar vias jurisdicionais internas; e a adopção da Carta Social Europeia Revista (CSER), adoptada em 1996 e em vigor desde 1999, versão consolidada da Carta com protocolos adicionais e novos direitos – portanto, mais musculada.

A CSER é talvez o mais reconhecido catálogo de direitos sociais europeu, entroncando-se como base da própria política social da União Europeia (UE), reconhecida no art. 151º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE). A sua implementação local não conhece, todavia, uma evolução uniforme. A doutrina foi lesta em assinalar, numa primeira fase, que a CSE consagrava essencialmente objectivos a desenvolver pelos legisladores locais, contendo no seu corpo poucas normas determinadas, passivas de invocação directa pelos cidadãos nacionais de cada Estado Parte em juízo junto dos tribunais locais. Recentemente, o debate sobre a vinculatividade de (parte) das normas da CSE ou, mais propriamente da CSER, ressurgiu. A questão não é exactamente nova mas antes renovada, sem que com isso perca qualquer interesse, e tem várias implicações.

A compreensão do grau de produção de efeitos jurídicos deste instrumento depende da análise tanto da vinculatividade dos tratados internacionais para as ordens jurídicas internas (nas suas várias vertentes a que aludiremos), como da apreensão das particularidades da natureza das normas que consagra. Procuraremos, de seguida, aportar a nossa contribuição para a discussão.

### 2. ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL E ORDEM JURÍDICA INTERNA

Apesar do *nomen iuris* “Carta”, não pode restar qualquer dúvida que a CSE/CSER é uma convenção ou um tratado à qual é aplicável a Convenção de Viena do

Direito dos Tratados de 1969 (CV)<sup>1</sup>. É subsumível pontualmente à definição dada pelo art. 2º CV: um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, qualquer que seja a sua denominação particular - sendo aqui decisivo para classificar qualquer acordo internacional como um tratado a intenção das partes em se vincularem juridicamente ao mesmo. Nesse aspecto, o recurso ao acto de ratificação levado a cabo pelos Estados partes, descrito pela al. b) do art. 2º da CV como o acto internacional pelo qual o estado manifesta o seu consentimento, no plano internacional, em ficar vinculado por um tratado, é demonstrativo da vontade daqueles em se vincularem às obrigações resultantes do texto da mesma (cfr. art. 2º CSE e art. A CSER) e em executar esse mesmo compromisso de boa-fé, nos termos do disposto no art. 26º CV e em conformidade com o art. 18º da mesma Convenção: *abstendo-se de actos que privem um tratado do seu objecto ou do seu fim*.

A forma como um acordo internacional se impõe a cada ordem jurídica nacional de um Estado subscriptor depende da sua prática e, em larga medida, decorre da forma como cada Estado encara o próprio conceito de soberania e a sua sujeição a uma ordem de valores que será, na sua óptica, externa.

Classicamente, a visão monista do primórdio das relações internacionais apenas considerava a existência do direito nacional, carecendo o direito internacional de ser transposto para o mesmo para vincular cidadãos<sup>2</sup>. A perspectiva dualista tradicional afirma a existência de dois conjuntos diferentes e autónomos de regras jurídicas<sup>3</sup> – o ordenamento nacional e o ordenamento internacional, prevalencedo aquele sobre este. O

---

<sup>1</sup> De tratados a convenções, passando por cartas, memorandos, acordos, várias são as designações atribuídas às expressões de vontade estaduais consignadas em cada documento, cada uma carregando em si diferentes concepções do grau de vinculatividade dos documentos que intitulam. Todos estes instrumentos postulam efectividade – caso contrário, as partes não se dariam ao trabalho de os discutir, redigir e aprovar. A pergunta que se impõe, todavia e desde logo, é a de saber se de alguma forma o *nomen iuris* do acordo internacional leva insita alguma diferente pretensão de vinculatividade do Estado que o subscreve. Diremos que não. Com Aust, o que é decisivo é aferir se os Estados-partes pretenderam que o instrumento se constituísse como vinculativo ou não. Se é certo que a Carta das Nações Unidas (CNU) é um tratado, já o mesmo não pode ser dito da Carta de Paris de 1990 que institui a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa – cfr. AUST, A. - *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge. 2000. Cambridge University Press, p. 20.

<sup>2</sup> Vd. CASSESE, A. - *International Law*. Nova Iorque, 2005. Oxford University Press. p. 214, que refere o nacionalismo e autoritarismo de algumas Grandes Potências, ciosas de proteger os seus interesses, como base de propagação desta corrente que os legitimava a desaplicar qualquer norma de direito internacional contrária aos seus interesses. O monismo tinha, portanto, uma base essencialmente ideológica e política.

<sup>3</sup> “Uma norma pertencente a um sistema não pode valer, como tal, no interior de outro sistema (...)” – vd. MIRANDA, J. - *Curso de Direito Internacional Público*,. Cascais, 2016. Principia. Pp. 143 e ss., que destaca a prevalência da concepção de soberania nacional na perspectiva dualista. Citando o trabalho de DIONISIO ANZILOTTI, CASSESE, A. – *International...* recupera três diferenças entre ambas as ordens. A primeira é respeitante aos seus sujeitos: num caso, indivíduos; no outro, Estados. A segunda concerne as fontes: leis parlamentares ou jurisprudência no caso nacional; costume e tratados no direito internacional. A terceira e última consistia no conteúdo das regras: a lei nacional regula o funcionamento interno do Estado e as suas relações com os indivíduos; o direito internacional governa principalmente as relações entre Estados. Por nós, cumpre-nos advertir que embora a separação estanque entre ambas as ordens surja hoje um tanto ou quanto em desuso, a advertência de que há um conjunto de regras direccionadas sobretudo a dispor sobre as relações entre Estados, tendencialmente inaplicável a indivíduos, não deve deixar de ser levada em linha de conta aquando da análise da natureza das normas no caso concreto.

pós-Primeira Grande Guerra afirmou uma terceira concepção dita monista com primado do direito internacional. Propalada por vários autores, sendo representativo destes Kelsen, postulava um sistema legal unitário operando em vários níveis, restando o direito internacional no topo da pirâmide das fontes. Como consequência, o direito interno deveria sempre conformar-se de acordo com o direito internacional. Resultante do alargamento das matérias reguladas pelo Direito Internacional e do surgimento do indivíduo como sujeito de Direito Internacional<sup>4</sup>, o monismo moderado implica o pluralismo de ordens jurídicas e o seu reconhecimento recíproco<sup>5</sup> e é acolhido hoje com simpatia pela generalidade da doutrina como a forma mais ilustrativa de representação das relações entre direito internacional e direito interno<sup>6</sup>.

A articulação de fontes de direito no plano internacional não esgota, contudo, a questão da produção de efeitos nos ordenamentos nacionais. A forma de produção de efeitos jurídicos no ordenamento municipal segue regras distintas consoante as configurações constitucionais da separação de poderes em cada Estado. Lá onde seja conferida primazia ao poder do executivo na vinculação internacional do Estado, as normas internacionais tendem a ser automaticamente incorporadas no ordenamento interno quando regularmente aprovadas no plano internacional por efeito de uma norma geral de recepção automática interna, sem necessidade de um acto específico de transposição da norma internacional para o plano nacional. Por outro lado, a deferência a um controlo do poder parlamentar implica, em certos Estados, a necessidade de incorporação caso a caso dos compromissos assumidos internacionalmente através de um acto legislativo específico de transposição para o plano nacional<sup>7</sup>. Contudo, o direito internacional não consagra regra alguma quanto a uma forma específica de incorporação das suas disposições na legislação nacional.

Ainda assim, a prática estadual e os esforços de codificação não deixam de separar claramente a ordem jurídica interna da ordem jurídica internacional no que diz respeito à produção de efeitos de suas normas. À parte do caso particular das normas *jus*

---

<sup>4</sup> Faculdade conferida por vários tratados operando na área dos Direitos Humanos, mas também no âmbito pessoal de várias normas de direito internacional humanitário e direito internacional penal.

<sup>5</sup> Recuperamos MIRANDA, J. – *Curso...*, p. 146, sensível às incursões do direito internacional no direito interno. Por outro lado, também é certo que “*o Estado não pode desconhecer internamente as normas que gerou externamente*” – assim, VELASCO VALLEJO, M. - *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, 2013. Tecnos. P. 192.

<sup>6</sup> Sem que tal implique, todavia, a consciência da impossibilidade tendencial de implantação a expensas próprias de normas de direito internacional, restando dependentes da aplicação, em grande parte, pelos juízes nacionais. Não obstante, o incumprimento de normas de direito internacional, mesmo que não sancionado na prática, não deixa de implicar a responsabilidade internacional estadual. Assim, CASSESE, A. – *International...*, p. 216. Vd. também o art. 2º do Projecto de Artigos Sobre Responsabilidade Internacional (PARI), resultante do trabalho da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e cujo texto é aprovado em anexo à Resolução da sua Assembleia Geral 56/83 de 12 de Dezembro de 2001. A mera descrição factual não pode ser equiparada à descrição normativa: os factos ocorridos não são o Direito, da mesma forma que o ser não é o dever-ser.

<sup>7</sup> Para mais, vd. CASSESE, A. – *International...*, p. 223. Vd. também VELASCO VALLEJO, M. – *Instituciones...*, pp. 192 e ss.; MIRANDA, J. – *Curso de...*, pp. 143 e ss.; DINH, N.; DAILLIER, P.; PELLET, A. FORTEAU, M. – *Droit International Public*. Paris, 2009. Lextenso. Pp. 223 e ss.; CRAWFORD, J. - *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford, 2008. Oxford University Press. Pp. 48 e ss..

*cogens*<sup>8</sup>, a vinculação a uma norma internacional não implica o dever do Estado adaptar o seu direito interno em conformidade com aquela, sem prejuízo da inobservância da norma internacional implicar responsabilidade internacional<sup>9</sup>. É o corolário da ideia do Estado enquanto entidade soberana na condução dos seus assuntos internos mas sujeito a regras de direito internacional. A jurisprudência, como veremos adiante, parece confirmar este postulado.

Se a conceptualização estanque de formas de recepção e interacção do direito internacional com o direito interno tem a valia de clarificação estrutural, corre o risco de falhar a apreensão da abertura e interacção entre os vários ordenamentos que vimos de elencar, materializada em tantas manifestações jurídicas como sejam as sentenças judiciais, a produção legislativa ou a adopção de políticas públicas concorrentes com disposições internacionais. A interacção estadual e a distribuição de competências multinível no ordenamento internacional<sup>10</sup> ditam a proliferação de instrumentos legais – dotados de maior ou menor coercibilidade – que procuram produzir efeitos nos ordenamentos jurídicos nacionais incidindo sobre os mesmos factos.

Com efeito, o Secretário-Geral das Nações Unidas (NU) é o depositário mais de 550 tratados multilaterais, o que revela a profusão de subscrição dos mesmos<sup>11</sup>. Esta mesma profusão implicará sobreposições de conteúdo, objecto e âmbito cuja destriça

---

<sup>8</sup> Uma norma *jus cogens* é uma norma imperativa de direito internacional geral: aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza – cfr. art. 53º CV. Não sendo permitida derrogação, compete aos Estados garantir não só a sua observância mas que não haja condições legislativas locais para a sua violação. Assim, e no caso da proibição de tortura, veja-se o julgamento do Tribunal Penal para a Ex-Jugoslávia (TPEJ), Caso IT-95-17/1-T, *Procurador contra Anto Furundzija*, para. 150: “*a mera vigência ou aprovação de legislação contrária à proibição internacional de tortura gera responsabilidade internacional*”. Para mais sobre normas *jus cogens*, veja-se, por exemplo, TAVARES, M. - *Guerra e Responsabilidade - A intervenção militar no Iraque em 2003*. Porto, 2015. Universidade Católica Editora. Pp. 83 e ss.; LINDERFALK, U. – “The effect of Jus Cogens norms: Whoever opened Pandora’s Box, did you ever think about the consequences?”. *European Journal of International Law*, 2008, n.º 5, pp. 854 e ss.; FERNANDÉZ TOMAS, A. – “El ius cogens e las obligaciones derivados de normas imperativos: entre el Mito y la Realidad”. *Soberanía del Estado e Derecho Internacional, Homenaje ao Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilha, 2005. Universidade de Sevilha. Tomo I, pp. 619 e ss..

<sup>9</sup> Atente-se no art. 3º do PARI que considera irrelevantes as disposições de direito interno para aferir do cumprimento do direito internacional por parte do Estado incumpridor. Neste sentido, CASSESE, A. – *Internacional*, p. 218. Já CRAWFORD, J. - *Brownlie’s...*, p. 52 parece sugerir uma obrigação de adaptação de legislação interna de cada Estado aos compromissos internacionais, embora a responsabilidade só surja quando o comportamento daqueles seja desconforme a uma obrigação internacional numa ocasião específica, o que diríamos implicar que, assim sendo, a obrigação é a de observar o comportamento devido numa dada ocasião e não a de potencialmente conformar a legislação interna com os compromissos internacionais.

<sup>10</sup> A expressão é recuperada por BALAGUER CALLEJÓN, F. – “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2013, n.º 98, pp. 91-107.

<sup>11</sup> No exercício das competências conferidas pelo disposto no art. 98º da Carta das Nações Unidas (CNU), pela Resolução da Assembleia-Geral das NU n.º 24 (1) de 12 de Fevereiro de 1946 e pela Resolução da Sociedade das Nações de 18 de Abril de 1946 (que determinou a sua dissolução e transferência de competências para as NU). Cfr. The Treaty Section Of The Office Of Legal Affairs - *The Treaty Handbook*, United Nations, p. 3, disponível em <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf>.

se poderá apresentar como tarefa do julgador no momento de aplicar o direito – sobretudo quando mais do que um instrumento consagre padrões de protecção de direitos fundamentais distintos. Neste contexto, “*nos sistemas de protecção multinível é possível que o nível de protecção de direitos fundamentais garantido pelo nível mais elevado não atinja o padrão de protecção que o nível inferior desenvolveu e considera indispensável. A recusa em aceitar o primado do nível mais alto poderá ser um meio adequado de responder esta deficiência*”<sup>12</sup>.

No entanto, se a advertência é sagaz, não resolve a questão mais delicada. É que o cidadão individual dispõe de acesso ao Direito por via, geralmente, do nível inferior de protecção – os tribunais locais, vocacionados para aplicação da legislação municipal e deferentes ao poder constituinte nacional. Nível este que nem sempre é sensível à invocação directa de disposições de direito internacional – sobretudo quando estas últimas consagram um padrão de protecção de direitos humanos superior às disposições locais. Vejamos três casos representativos do exposto.

### 3. PLURALISMO JURISDICIONAL

Em Setembro de 2008, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) proferiu o acórdão *Kadi*<sup>13</sup>, no qual negou indirectamente a primazia de uma Resolução do Conselho de Segurança das NU (CSNU) sobre o direito da união europeia ao rever a legalidade de uma medida destinada a transpor aquela<sup>14</sup>. O Regulamento n.º 881/2002, instrumento de execução das resoluções 1267, 1333 e 1390 do CSNU promovendo o combate ao terrorismo e sanções para seus apoiantes e financiadores, tais como congelamento de activos bancários, foi declarado não conforme ao direito da união europeia por violação dos direitos ao acesso a protecção jurisdicional e do direito de

---

<sup>12</sup> Vimos de traduzir livremente KOKOTT, J.; SOBOTTA, C. – “The Kadi Case - Constitutional core values and international law - finding the balance?”. *European Journal of International Law*, 2012, n.º 4, p. 1018.

<sup>13</sup> Caso C-402/05 P e C-415/05, P. *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Conselho e Comissão* [2008], ECR I-6351, primeiro de uma longa saga.

<sup>14</sup> A possibilidade de fiscalização judicial de sanções aplicadas pelo CSNU ao abrigo do Capítulo VII da CNU, nomeadamente pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) é polémica, tendo sido rejeitada expressamente por este último no parecer consultivo de 21 de Junho de 1971, *Consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) não obstante a resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança*. Nos termos do disposto no art. 1.º, n.º 1 CNU, as NU trabalham para manter a paz e segurança internacionais e para esse fim tomam colectivamente medidas efectivas para evitar ameaças à paz e reprimir os actos de agressão. Sucede que, no que respeita a estas atribuições, a mesma norma não faz referência à conformidade das soluções encontradas pelas NU com os princípios de justiça e direito internacional – o que sucede a propósito da outra atribuição plasmada no mesmo, a saber, a solução de controvérsias que possam levar a uma perturbação da paz. O CSNU é um órgão político; nessa medida, parece que apenas as medidas jurídicas destinadas a dar execução às suas resoluções poderão ser alvo de alguma forma de *judicial review*. Vd. TAVARES, M. - *Guerra e Responsabilidade...*, pp. 288 e ss.; Martenczuk, Bernd – “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”. *European Journal of International Law*, 1991, n.º 3, pp. 518 e ss..

propriedade do impetrante do mesmo, Y. A. Kadi, pretensão apoiante de Osama Bin Laden, da rede Al-Qaida e dos talibãs<sup>15</sup>.

No aresto, o TJUE afirmou que “*um acordo internacional não pode pôr em causa a ordem das competências estabelecida pelos Tratados e, portanto, a autonomia do sistema jurídico comunitário*”, mas, sobretudo, que as “*obrigações impostas por um acordo internacional não podem ter por efeito a violação dos princípios constitucionais do Tratado CE*”. Assim, e uma vez que os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo TJUE, todos os actos comunitários se devem conformar com o respeito pelos Direitos do Homem. A prevalência das obrigações emanadas da CNU deverá ser assegurada de acordo com as modalidades e com o quadro jurídico aplicável no ordenamento interno de cada membro das NU sendo certo que “*um eventual acórdão de uma jurisdição comunitária no qual fosse decidido que um acto comunitário destinado a implementar tal resolução é contrário a uma norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico comunitário não implicaria pôr em causa a prevalência dessa resolução no plano do direito internacional*”<sup>16</sup>. Assinale-se, contudo, que a apreciação do TJUE foi bastante dirigida à violação de garantias de audiência prévia dos impetrantes no *caso concreto*, parecendo abrir porta à possível aceitação da execução da Resolução do CSNU caso esta assegurasse de uma forma minimamente compatível com os preceitos dos Tratados as garantias fundamentais dos sujeitos-alvo<sup>17</sup>.

O concorrência de ordens jurídicas na adjudicação sobre a mesma realidade factual pode também ser ilustrada pela decisão da Sentença n.º 238/2014 do Tribunal Constitucional Italiano<sup>18</sup>. Por decisão de 3 de Fevereiro de 2012<sup>19</sup>, o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) havia condenado a República de Itália à prática de actos legislativos – ou outros à sua escolha - que garantissem que as suas decisões judiciais respeitavam e respeitariam a imunidade jurisdicional consagrada em norma costumeira

---

<sup>15</sup> No caso, os impetrantes do Regulamento não haviam sido previamente informado dos fundamentos para a sua inclusão na lista de financiadores de terrorismo e das conseqüentes sanções que daí derivam – nesta medida, não logrou impugnar judicialmente nenhuma das medidas, o que implica a violação do seu direito de propriedade e do direito a uma tutela judicial efectiva.

<sup>16</sup> Caso C-402/05 P e C-415/05, para. 288, no que avulta a separação clara entre planos de direito – o internacional e o europeu sem que, contudo, o TJUE se permita fiscalizar os actos do CSNU mas apenas os actos executórios do mesmo emanados no quadro legislativo da UE.

<sup>17</sup> Neste particular, KOKOTT, J.; SOBOTTA, C. – “The Kadi Case...”, p. 1019 notam que a acção do TJUE foi altamente protectora da coerência multinível jurisprudencial. Com efeito, caso o TJUE não invalidasse o regulamento em questão, os juízes nacionais poderiam sentir-se tentados a fazê-lo à luz de disposições internas em obediência à protecção dos direitos fundamentais violados, colocando desta forma em causa não só o princípio do primado do direito internacional sobre o direito da UE mas também do primado deste último sobre os direitos nacionais.

<sup>18</sup> Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238>

<sup>19</sup> Jurisdictional Immunities of the State (Alemanha v. Itália), Julgamento, I.C.J. Reports 2012, p. 99. O caso dizia respeito à alegada violação do direito internacional por parte do Estado italiano porquanto, no alegar alemão, não concedia imunidade jurisdicional a agentes de Estado alemão permitindo a demanda destes em tribunais italianos pela prática de violações de direito internacional humanitário durante a Segunda Grande Guerra. Para mais sobre o caso, vd. PETERS, Anne et. al. (ed.) – *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*. Leiden, 2014. Brill Nijhoff. Pp. 87 e ss..

de direito internacional e devida aos agentes da República Federal alemã por actos cometidos durante a Segunda Grande Guerra. Porém, o Tribunal Constitucional italiano recusou reconhecer validade à incorporação automática da dita norma costumeira no ordenamento jurídico nacional italiano, bem como a legislação específica impondo o dever de reconhecimento das decisões do TIJ no mesmo ordenamento<sup>20</sup>. Isto porquanto contrárias, no caso concreto, ao direito de protecção jurisdiccional constitucionalmente protegido<sup>21</sup> que se constitui como verdadeiro “*contralimite*” imposto pelos princípios fundamentais da ordem constitucional.

Embora se trate de uma decisão fundada em razões de direito interno e não de direito internacional, é bem demonstrativa da prevalência ainda e sempre da velha soberania estadual e da resiliência em aceitar uma *suprajurisdicção* pelos tribunais supremos continentais europeus. De igual modo, não deixa de ser o replicar da uma certa profecia *kelseniana* porquanto o próprio Tribunal Constitucional italiano reconhece que o seu dispositivo não é conforme ao direito internacional mas também que tal não gera a invalidade da norma não transposta naquele plano<sup>22</sup>. Resta assim aberto caminho para a eventual responsabilização internacional do Estado italiano mas possibilitada, contudo, a demanda dos agentes alemães nos seus tribunais.

Neste contexto<sup>23</sup>, refira-se ainda a decisão do 15 de Dezembro de 2015 do Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>24</sup> a propósito de uma convenção de dupla

---

<sup>20</sup> Em obediência, de resto, ao disposto no art. 98º CNU.

<sup>21</sup> E, como tal, não produzindo efeitos no ordenamento jurídico italiano. Vd. o para. 3.5. da Sentença.

<sup>22</sup> Vd. o para. 4 da Sentença, recordando-se aqui o disposto no art. 3º do PARI, novamente, bem como a possibilidade de remessa da situação para o CS por parte do Estado alemão, nos termos do n.º 2 do art. 94º CNU, ou ao Comité de Ministros do Conselho da Europa, com base no art. 39º, n.º 2 da Convenção Europeia para a Resolução Pacífica de Conflitos de 1957, ao abrigo da qual, aliás, foi iniciado o procedimento judicial que culminaria na decisão do TIJ de 2012 não respeitada. Note-se que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em 2014 e no Caso Jones e outros v. Reino Unido, proc. n.º 34356/06 e 40528/06, proclamou que a decisão do TIJ no caso Alemanha v. Itália “*deve ser considerada autoritária no que respeita o conteúdo do direito internacional costumeiro*”. Tudo consentâneo com a lição de FITZMAURICE, G. –*General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*. Haia, 1957. Recueil Des Cours. Pp 71-72, quando descrevia como que o conflito de obrigações entre duas ordens se resolveria considerando a supremacia da ordem que tinha a tarefa de apreciar, no caso concreto, a questão – com a consequência de que se o Estado local não cumprisse com os seus deveres internacionais por força da supremacia da sua lei nacional, então teria cometido uma violação da sua obrigação no plano internacional.

<sup>23</sup> É mister sublinhar que os casos citados não constituem um precedente inovador na discussão jurisprudencial global da vigência do direito internacional nos ordenamentos internos à luz das normas destes. No caso *Medellin v. Texas* (n.º 06/984) e decidido em 25 de Março de 2008, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América já havia decidido que a decisão do TIJ em *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mex. v. U. S.)*, 2004 I. C. J. 12 (Avena) apenas poderia ser implementada na jurisdição interna através de transposição por lei (*statute*) do tratado violado ou caso as normas deste demonstrassem clara intenção de aplicabilidade directa, reflectindo a sua visão já aquando da saga *LaGrand* no caso *LaGrand* (Alemanha v. Estados Unidos da América), TIJ, 27 de Junho de 2001. No plano multinível, mas relativo ao procedimento de integração comunitário, veja-se, por exemplo, a Declaração 1/2004 do Tribunal Constitucional espanhol, de 13 de Dezembro de 2004, *in* BOE n.º 3, de 4 de Janeiro de 2005, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=15919>. Ou ainda, a decisão do Conselho Constitucional francês n.º 2006-540, de 27 de Julho de 2006, disponível em [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540dc.htm), em especial o para. 19, referindo a

tributação celebrada entre o Estado alemão e o Estado turco e da aplicação de normas de direito interno em detrimento do texto da dita convenção. O Tribunal Constitucional decidiu que o princípio da regra democrática exige a possibilidade de reversão da legislação interna pelo Parlamento, mesmo que tal implique a violação de um tratado por este previamente, ainda que em diferente legislatura. A soberania constitucional alemã não impede o Estado alemão de violar o direito internacional, impondo-lhe apenas a adopção de juízos de valor substantivos na medida em que sejam compatíveis com o texto constitucional. Como a decisão italiana, trata-se de uma posição aparentemente dualista e que parte do princípio de que o direito internacional carece de ser recebido por acto legislativo nacional e que este, uma vez publicado, se integra no ordenamento jurídico interno com valor de lei e não com um qualquer valor supra constitucional. O tribunal alemão, contudo, parece reservar um lugar especial no seu razoado para os direitos humanos ditos inalienáveis que não poderiam em situação alguma ser revogados por lei nacional.

As presentes notas não são o local para aprofundar o estudo e o relevo das decisões ora mencionadas. Estas servem apenas para ilustrar a actualidade, frequência e diversidade de latitudes em que a interacção entre ordenamentos jurídicos coloca problemas de determinação da norma a aplicar considerada a pretensão de exclusividade absoluta de cada ordem de regras<sup>25</sup>. Neste contexto, pode dar-se o caso que duas ordens jurídicas sobrepostas contenham disposições cujo cumprimento completo simultâneo seja logicamente impossível – serão, então, disposições inconsistentes<sup>26</sup>. É esta inconsistência<sup>27</sup> copulada com o não reconhecimento, por cada ordem de regras onde aquelas disposições se inserem, de uma norma superior que ordene e resolva o conflito

---

obrigação de transposição de directivas pelo Estado francês desde que não contrárias a uma regra ou princípio constitucional identitário de França, entre tantas outras. Vd., por todos a propósito da doutrina *Solange* do Tribunal Constitucional Federal alemão, MEDEIROS, R. - *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa, 2015. Universidade Católica Editora., Pp. 360 e ss.. O diálogo interjurisdicional entre a ordem do direito da união europeia e o acervo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é exemplificado pela temperança da decisão do TEDH no caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Irlanda* (2006), 42 EHRR 1, afirmando a possibilidade de controlo de normas violadoras de direitos fundamentais constantes de outro ordenamento se este não oferecesse uma *protecção equivalente*, conceito que permite uma margem de apreciação caso a caso. A este propósito, vd. COSTELLO, C. – “The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe” *Human Rights Law Review*, 2006, n.º 1. Pp. 87 - 130.

<sup>24</sup> Decisão de 15 de Dezembro de 2015, (2BvL 1/12), disponível em [http://www.bverfg.de/e/ls20151215\\_2bv1000112.html](http://www.bverfg.de/e/ls20151215_2bv1000112.html).

<sup>25</sup> Vd. MEDEIROS, R. - *A Constituição...*, p. 260. Ao mesmo tempo, são um testemunho da força do direito internacional: a discussão da sua imposição à tradicional soberania interna reforça a sua vigência e legitimidade e não o contrário.

<sup>26</sup> Na formulação de BARBER, N. - *The Constitutional State*. Oxford, 2012. Oxford University Press. P. 156.

<sup>27</sup> Não necessariamente desordenada, porquanto permite a afirmação de um compromisso político composto de um acordo tácito em discordar – vd. MADURO, M. – “Europe and the Constitution: What if this is as good as it gets?”. In WEILER, J. e WIND, M. (ed.) – *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge, 2003. Cambridge University Press.

de normas que caracteriza o fenómeno do *pluralismo legal*<sup>28</sup> e que com maior propriedade parece caracterizar a discussão que vimos de ilustrar.

O conflito entre várias ordens jurídicas pode, assim, servir de estímulo ao juiz para interpretar as várias normas concorrentes de forma harmoniosa com o propósito de evitar conflitos entre as mesmas<sup>29</sup>. Mas, sobretudo, num mundo jurídico moderno marcado por uma ideia de soberania diluída pela fragmentação do poder constituinte e pela distribuição de competências multinível no ordenamento internacional, demonstramos que a solução da questão da interacção entre direito internacional e nacional ultrapassa hoje o ultrapassado contexto de hierarquia das fontes e “*convoca termos fundamentais como a democracia, a autodeterminação e a autocompreensão dos cidadãos*”<sup>30</sup>.

Concluindo intercalarmente, parece poder dizer-se que - à parte do citado caso das normas de *jus cogens*<sup>31</sup> e, eventualmente, das normas fundamentais de direitos humanos que para alguns autores são anteriores ao próprio Estado e, como tal, a este se impõem<sup>32</sup> - as normas de direito internacional tendem hoje a integrar-se no direito

---

<sup>28</sup> As doutrinas do pluralismo legal e do pluralismo constitucional procuram orientar a discussão sobre a articulação de ordens jurídicas conflituantes para lá da dicotomia monismo – dualismo. Vd., exemplificativamente, GRIFFITHS, J. – “What is legal pluralism?”. *Journal of Legal Pluralism*, 1986, n.º 24. GALLIGAN, D. – *Law in Modern Society*. Oxford, 2006. Oxford University Press.; VANDERLINDEN, J. – “Le pluralisme juridique: essai de synthèse”. In GILISSEN, J. (ed.) – *Le Pluralisme Juridique*. Bruxelas, 1971. Universidade de Bruxelas.; MACCORMICK, N. – “Juridical pluralism and the risk of constitutional conflict”. In MACCORMICK, N. (ed.) – *Questioning Sovereignty*. Oxford, 1999. Oxford University Press.; DE BÚRCA, G.; WEILER, J. – *The worlds of European Constitutionalism*. Cambridge, 2012. Cambridge University Press.; AVBELJ, M.; KOMÁREK, J. – *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Oxford, 2012. Hart Publishing; BOGDANDY, A. – “Pluralism, direct effect and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”. *International Journal of Constitutional Law*, 2008, n.º 3 e 4. Pp. 397 e ss.; MEDEIROS, R. - *A Constituição Portuguesa...*, pp. 261..

<sup>29</sup> Vd. BARBER, N. - *The Constitutional...*, p. 170 que adianta conclui que a contradição entre sistemas é a essência do pluralismo legal. Também LARENZ, K. – *Metodologia da Ciência do Direito* (trad.). Lisboa, 1997. Fundação Calouste Gulbenkian. P. 609, recordava que na temperança da sua intervenção joga o judicial a conservação da sua própria força, pois os seus critérios decisórios não se podem confundir com um qualquer pragmatismo judicial. O reconhecimento de concorrência de outras ordens jurídicas, a interação entre as mesmas e a consideração prudente destes vectores num esforço argumentativo decisório mais permite a articulação entre os vários ordenamentos pelo juiz mas, acima de tudo, coloca-o mais perto de uma solução razoável, justa e equitativa. A argumentação assim densificada, em vez de conduzir à arbitrariedade, aumenta os meios intelectuais ao dispor do juiz – assim, PERELMAN, C. - *Lógica Jurídica* (trad.). São Paulo, 1998. Martins Fontes. P. 130.

<sup>30</sup> Assim, MEDEIROS, R. - *A Constituição Portuguesa...*, p. 290.

<sup>31</sup> Que, estruturantes que são, sobrepõem-se à Constituição de qualquer Estado enquanto membro da comunidade internacional, segundo MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. - *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I*. Coimbra, 2010. Coimbra Editora. P. 166. Num sentido distinto, vd. MACHADO, J. – *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós 11 de Setembro*. Coimbra, 2013. Coimbra Editora. Pp. 150 e ss..

<sup>32</sup> Vd. ANDO, N. – “National Implementation and Interpretation”. In SHELTON, D. - *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford, 2013. Oxford University Press. P. 707 cita a apreciação de um colectivo de juízes da Commonwealth num colóquio sobre relações entre direito internacional e direito nacional segundo a qual “*a universalidade dos direitos humanos deriva to princípio moral de dignidade individual e pessoal de cada indivíduo e da dignidade humana. Esse princípio transcende os sistemas políticos nacionais e deve ser defendido pelo poder judicial*”. Para mais sobre esta passagem,

nacional sob reserva dos revisões à luz dos princípios constitucionais fundamentais<sup>33</sup> locais numa lógica *favor libertatis*<sup>34</sup>. Nesta tendência poder-se-à integrar a Constituição da República Portuguesa (CRP), por deferência aos argumentos do princípio da soberania ou independência nacional, do princípio do Estado de Direito e da sujeição de tais normas à fiscalização de constitucionalidade. Que assim é, demonstra historicamente em terras lusas a necessidade de alteração constitucional aquando do subscrição do tratado de Maastricht, novamente sentida em 2001 aquando da aprovação do estatuto do Tribunal Penal Internacional, o que sugere uma exigência de manifestação de vontade de soberania constitucional em submeter-se aos ditames de direito internacional no quadro interno quando estes bulam com normas internas previamente vigentes.

#### 4. DETERMINABILIDADE E APLICABILIDADE

A relação entre as várias ordens jurídicas concorrentes não esgota o tema da aplicabilidade de normas internacionais no ordenamento interno. A própria natureza das mesmas influencia, também, a vinculatividade do juiz nacional à sua aplicação. A determinabilidade (ou *determinidade*) da norma e, portanto, a capacidade que esta tem

---

vd. WATERS, M. – “Creeping monism: the judicial trend toward interpretive incorporation of human rights treaties”. *Columbia Law Review*, 2007, n.º 3. Pp. 645 e ss..

<sup>33</sup> E portanto, precisamos, não só à luz dos direitos fundamentais mas do princípio do democrático, da soberania estadual, do Estado de Direito e da separação de poderes. O alerta é replicado por BECKER, U. – “European Social Charter”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, disponível em <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e792>, quando refere que a aplicação de direitos sociais resulta de uma base legal e de uma exigência democrática, o que lhes confere a sua legitimidade sempre dentro de um enquadramento redistributivo de escolha de opções orçamentais marcado pelo quadro constitucional. Naturalmente que quanto mais expansivo seja o entendimento da ideia de soberania por um Estado, menor deferência aos ditames internacionais será perceptível. Neste contexto, veja-se a recente alteração à Lei de Funcionamento do Tribunal Constitucional da Federação da Rússia (disponível em <http://docs.cntd.ru/document/9006048>), Estado membro do Conselho da Europa, que confere a este órgão jurisdicional o poder de declarar impossível a implementação de sentenças de órgãos fiscalizadores de direitos humanos com base na desconformidade de tais pronúncias com a Constituição da Federação da Rússia, declaração essa que será potencialmente de duvidosa legalidade no plano internacional. Veja-se, por todos e com passagem por várias latitudes, PETERS, A. – “Supremacy lost: International Law meets domestic constitutional law”. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, 2009, vol. 3. Pp. 170 – 198, disponível em [https://ius.unibas.ch/uploads/publics/8830/20100219153347\\_4b7ea14b06261.pdf](https://ius.unibas.ch/uploads/publics/8830/20100219153347_4b7ea14b06261.pdf). A propósito de outros vectores que concorrem para a aplicação do direito internacional em relação com o direito nacional, com sugestivo título, vd. BETHLEHEM, D. – “The secret life of international law” *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, n.º 1. Pp. 22 – 36. Na perspectiva da magistratura, poderá dar-se o caso de existir o convencimento de que a lei interna, por si, já integra as obrigações internacionais do Estado – vd. RIVERA I SERRA, X. – “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales”. *Lex Social*, 2015, n.º 2. P. 283.

<sup>34</sup> Na expressão de JIMENA QUESADA, L. – “Impacto Prático de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales” In *XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo “In memoriam Profesor M.R. Alarcón”*, 2016, p. 2, disponível em <http://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2016/06/JimenaQuesadaLuis.pdf>.

de conferir direitos subjectivos influencia o leque de efeitos que a mesma produz nos ordenamentos internos. Aquela mesma capacidade dota a norma de uma certa coercibilidade judicial imediata, sem necessidade de intermediário legislativo ou administrativo. Revestem-se da característica descrita as normas designadas na doutrina internacional como *self-executing*, ou na nossa tradição continental, como normas dotadas de aplicabilidade directa (claras, precisas e incondicionais) e, portanto, auto-suficientes de modo a que se consiga retirar o conteúdo de poderes que confere ao titular dos direitos que consagra através de uma operação de interpretação do seu texto.

No plano internacional, nem sempre os textos legais são pensados tendo como sujeito das prerrogativas consagradas o indivíduo, mas sim o Estado que deverá implementar a nível local o conteúdo das obrigações a que se vinculou internacionalmente caso estas sejam de molde a beneficiar aquele. Todavia, os tratados relacionados com direitos humanos – como é o caso da CSER – tendem a ter a pessoa humana como destinatária das suas normas, razão pela qual a distinção aqui ganha relevo uma vez que o sujeito individual tem, à luz dos mesmos, uma pretensão e uma expectativa de justiciabilidade dos poderes que as normas lhe conferem.

Neste particular, a ausência de aplicabilidade directa de uma norma é por vezes vista como uma certa minorização da sua força judicial e, inerentemente, da sua valia na ponderação de confrontos entre normas jurídicas. Contudo, a ausência de aplicabilidade directa de uma norma não implica uma qualquer menor fundamentalidade da mesma – sobretudo quando pensamos nos direitos sobre os quais se debruça a CSER, todos com raiz mais perto ou mais longe do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>35</sup>. Por contrário, prende-se com a natureza da mesma enquanto consagradora de direitos abertos e pendentes de integração e concretização pela consenso social atentos os seus pressupostos ideológicos, políticos, económicos, sociais e financeiros. Por esta razão, as normas de direitos sociais nem sempre se encontram revestidas da determinidade normalmente associada aos direitos ditos de liberdade porquanto o âmbito de realização destes é passível de determinação pelo indivíduo que conforma a medida do seu exercício, cabendo ao Estado o dever de não interferir e gerar as condições para este efeito<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> A fundamentalidade surge associada à relação existente entre os poderes conferidos ao sujeito através do teor das normas que os consagram e a ideia de dignidade da pessoa humana que os mesmos visam realizar. Assim, os direitos fundamentais têm raiz no sujeito, exercem uma função de protecção de bens pessoais e possuem uma intenção de explicitação de ideia do homem depurada e decantada “*pela consciência universal ao longo dos tempos*” – cfr. ANDRADE, J. – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, 2012. Almedina. Pp. 82 e 83. Sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, em particular, veja-se NOVAIS, J. - *Direitos Sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010. Coimbra Editora. P. 251.

<sup>36</sup> Neste sentido, as normas constitucionais de «direitos, liberdades e garantias» são, perante o legislador, «normas de competência negativa» (*negative Kompetenznormen*) - VAZ, M.; CARVALHO, R.; BOTELHO, C.; FOLHADELA, I.; RIBEIRO, A. - *Direito Constitucional – O Sistema Constitucional Português – II*. Porto, 2015. Universidade Católica Editora. Pp. 249 e 303 e ss..

Já as normas consagrando direitos sociais, pela exigência que o seu cumprimento coloca no orçamento estatal e pelo realizar de opções sociais que simbolizam, não podem deixar de ser determinadas à medida que o tempo e os pressupostos das mesmas evoluem. E aqui, a opção constitucional moderna, ao abrigo do princípio da separação de poderes e especialidade de funções, implica que não poderá ser o poder executivo nem o poder judicial a interpretar o consenso social mas sim o representante deste: o poder legislativo. Daqui que caiba primacialmente ao legislador densificar e determinar o conteúdo dos direitos sociais<sup>37</sup>. Se a invocação plena conferindo direitos subjectivos destas normas poderá ser uma característica que não possuirão, a possibilidade de recurso às mesmas para efeitos derogativos de normas contrárias é pacificamente afirmada pela doutrina contemporânea<sup>38</sup>.

Assim, a questão da aplicabilidade das convenções internacionais nos ordenamentos jurídicos internos não é, por vezes, uma questão de conflito de sistemas outrossim uma questão de aplicabilidade directa da norma em causa, entendida esta em sentido estrito. Sucede, todavia, que se a norma for dotada de aplicabilidade directa no sentido lato, apenas terá a virtualidade de derogar disposição contrária ao seu conteúdo em litígios concretos e não de constituir base para invocação em justiça de um direito positivo individual. E aqui chegado<sup>39</sup>, não será competência do julgador desenvolver o conteúdo da norma internacional nos litígios concretos diante de si por deferência ao

---

<sup>37</sup> Considerando que a determinação sobre o carácter da aplicabilidade directa de uma norma é uma questão de direito interno à qual não são alheias considerações de política, vd. KAISER, K. – Treaties, Direct Applicability, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, disponível em <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1468>.

<sup>38</sup> Para não mencionar outro tipo de efeitos, como o de constituição de critério interpretativo do texto constitucional. Por todos, vd. BOTELHO, C. – “Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?” *Revista da Ordem dos Advogados*, 2015, vol. 75. Pp. 271 e ss.: “A bem dizer, a fundamentalidade de uma norma e a proteção que a mesma confere não são conceitos análogos ou sobreponíveis. Com efeito e segundo nos parece, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais poderá ser entendida em duas perspetivas: (i) a aplicabilidade *stricto sensu*, que se relaciona com a sindicabilidade e justiciabilidade plenas, mormente pela suscetibilidade de invocação autónoma; (ii) e a aplicabilidade *lato sensu*, que se prenderá já com a capacidade de derogar normas contrárias.” Reconhecendo a invocabilidade directa e indirecta dos direitos sociais, vd. Réseau Académique sur la Charte Sociale Européenne et les Drois Sociaux (RACSE) – Le processus de Turin: Contribution du Réseau académique sur la Charte sociale européenne et les Droits sociaux [R.A.C.S.E.], in *Rapport Général de Conférence à Haut Niveau sur la Charte Sociale Européenne*, p. 146, disponível em <http://www.coe.int/turinprocess>.

<sup>39</sup> E, eventualmente, fora dos casos em que o controlo da conformidade da legislação interna com os compromissos internacionais do Estado se possa transformar num controlo de constitucionalidade. Tal pode suceder quando uma norma constitucional local imponha uma recepção automática *supra legem* do direito internacional que seja desrespeitada por aplicação da norma nacional – desrespeitando, assim, a regra hierárquica constitucional. Assim sucede com o disposto no art. 54º da Constituição da República Francesa (“Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a sua publicação, uma autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, da sua aplicação pela outra parte”). O art. 93º da Constituição do Reino dos Países Baixos dispõe que “[a]s provisões de tratados e resoluções de instituições internacionais que sejam vinculativas em razão do seu conteúdo produzirão efeitos após a sua publicação”, embora o Reino não se considere vinculado a nenhum tratado sem consentimento dos Estados Gerais, compostos de Câmaras eleitas democraticamente.

princípio da separação de poderes, mesmo que as disposições internas não estejam em completa conformidade com esta.

A este propósito, é lapidar a recolha de DE BÚRCA<sup>40</sup> dos arestos do TJUE entre 2002 e 2012. A autora recolheu 98 casos em que o TJUE foi confrontado com a possível aplicabilidade de normas de tratados internacionais em conflito com disposições de direito europeu. De estes, em 14 casos que se colocava a possibilidade de aplicabilidade directa de normas de um ordenamento exterior ao comunitário, o TJUE apenas procedeu à aplicação do tratado internacional em detrimento de normas europeias com fundamento na aplicabilidade directa daquelas em 3. Contudo, em 56 casos analisados, o ordenamento de direito da união europeia foi interpretado à luz de disposição pertinente de direito internacional, sendo exemplos deste último as normas da Convenção de Aarhus sobre o Acesso à Informação, Participação e Acesso à Justiça em Matérias Ambientais, a Convenção de Montreal sobre Transporte Aéreo, a Convenção de Genebra sobre Protecção de Refugiados, acordos da Organização Mundial de Comércio, a convenção de Paris sobre Protecção de Propriedade Intelectual, entre outros. A esta tendência não deve ser alheia a própria consciencialização constitucional europeia e uma propensão à proteger a sua coerência interna e autonomia externa<sup>41</sup>, destacando a autora que tanto o TJUE como o Supremo Tribunal dos Estados Unidos resistem de forma genérica a derrogar uma disposição interna por força da vigência de uma disposição de direito internacional. Como tal, a questão da aplicabilidade das convenções internacionais em juízo no ordenamento interno não pode deixar de ser ponderada à luz fluorescente da aplicabilidade directa ou não da norma internacional que se pretende fazer valer em juízo.

## 5. SUPERVISÃO E DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DA CSER

Procurando colher do exposto para “*compreender a CSER*”, não poderemos deixar de acrescentar que a própria intenção dos Estados contraentes no grau de vinculação à norma subscrita acaba por se manifestar como determinante na análise de um caso concreto, desde logo manifestada através da aceitação de mecanismos de cumprimento coercivo ou sancionatório, como sejam mecanismos jurisdicionais, arbitragens ou sujeição a quadros de resolução pacífica de diferendos - ou, por reverso, através da ausência de vinculação a este tipo de mecanismos. Neste contexto, é inultrapassável a diferença entre os mecanismos de controlo de implementação promovidos pela CSER e aqueles contidos na sua “irmã mais velha”, a CEDH.

Com efeito, o controlo da implementação da CEDH é directamente assegurado por um órgão judicial autónomo: o TEDH<sup>42</sup>. A CEDH assegura legitimidade processual

---

<sup>40</sup> Vd. DE BÚRCA, G. – “International law before the Courts: the European Union and the United States compared” In *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 494 (2014), disponível em [http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/494](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/494).

<sup>41</sup> Vd. DE BÚRCA, G. – “International law...”, p.29.

<sup>42</sup> Vd. art. 19º e ss. CEDH.

activa aos particulares diante desta jurisdição, cujas sentenças são hoje vinculativas nos termos do disposto no art. 46º CEDH. No caso da CSER, a sua implementação é fiscalizada pelo Comité Europeu de Direitos Sociais (doravante CEDS ou Comité), seja pelas conclusões anuais proferidas no seguimento do sistema de relatórios anuais instituído pela CSE seja pelas decisões decorrentes do procedimento de Reclamações Colectivas instituído no âmbito da dinâmica da Carta pelo Protocolo Adicional de 1995<sup>43</sup>. Nem o resultado destas últimas é vinculativo para os Estados partes nem os particulares têm legitimidade activa processual para espoletar qualquer um destes mecanismos de controlo<sup>44</sup>.

Ora, o diferente grau de compromisso dos Estados contraentes em ambas as convenções não pode ser ignorado pelo intérprete. Os Estados partes na CSER não pretenderam submeter-se a um dever de execução vinculada das decisões dos órgãos instituídos por aquela – muito menos dotá-los de judicialidade. E sendo o poder um judicial um atributo quintessencial da noção de soberania, uma limitação ao mesmo não pode senão que ser retirada expressamente das declarações estaduais, devendo ser analisada sempre prudencial e restritivamente.

Todavia, a ausência de um mecanismo de revista judicial próprio da CSER não implica a sua menor vinculatividade para os Estados contraentes nem a menor justiciabilidade do seu conteúdo. Por um lado, o papel quasi-jurisprudencial<sup>45</sup> das decisões em sede de procedimento de Reclamações Colectivas deve ser assinalado como constitutivo de interpretação autêntica do teor das normas da CSER. Neste sentido, não estando os Estados contraentes vinculados directamente ao teor das mesmas, devem conformar-se com o conteúdo da interpretação realizada pelo Comité caso decidam aplicá-las e, portanto, não deverão interpretar o teor da CSER de forma distinta da interpretação eventualmente já existente do CDES.

Por outro, a juridicidade de uma norma não se limita à concessão de direitos subjectivos individuais aos titulares dos direitos que consagra. Não há dúvidas da inserção do teor do texto da Carta nos ordenamentos jurídicos internos nos termos que estes constitucionalmente determinem, sendo que a consagração de um elevado padrão de protecção de direitos fundamentais como a Carta o faz afasta, em princípio, problemas locais de inconstitucionalidade<sup>46</sup>. Porém, é controverso que todas as normas

---

<sup>43</sup> Para mais sobre os mecanismos de supervisão da Carta, vd. BRILLAT, R. – “The Supervisory Machinery of the European Social Charter: Recent Developments and their Impact”. In DE BÚRCA, G.; DE WITTE, B.; OGERTSCHNIG, L. – *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005. Oxford University Press. Pp. 31 e ss.. Veja-se, sobre os mecanismos de Reclamação Colectiva, CHURCHILL, R.; KHALIQ, U. – “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?”. *European Journal of International Law*, 2004, n.º 15. Pp. 417 e ss..

<sup>44</sup> Vd. art. 1º e 2º do Protocolo Adicional de 1995 que instituiu o mecanismo de Reclamações Colectivas.

<sup>45</sup> Contra o carácter judicial do Comité, vd. ALSTON, P. – “Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter’s Supervisory System”. DE BÚRCA, G.; DE WITTE, B.; OGERTSCHNIG, L. – *Social Rights in...* Pp. 58 e ss..

<sup>46</sup> E que sempre poderiam ser sanados pela revisão municipal do mesmo, adaptando as regras jurídicas internas em conformidade com os compromissos internacionais assumidos. Apesar disto, o Conselho

da CSER estejam dotadas da supra referenciada *determinidade* se contrastarmos o direito a um período anual de férias pagas de pelo menos quatro semanas (art. 2º, n.º 3 CSER) com o direito à protecção na saúde formulado como “*eliminação, na medida do possível, das causas de uma saúde deficiente*” (art. 11º, n.º 1 CSER)<sup>47</sup>. Aqui, o grau de compromisso de um Estado com a CSER dirá mais respeito a um dever de realização progressiva e justificada, conforme o próprio Comité reconheceu em decisão de mérito sobre Reclamação n.º 13/2002, *Autisme Europe v. França*, restando ao poder judicial actuar “*razoavelmente*” e garantir o conteúdo essencial do direito em questão – o que também é reconhecido pelo Comité na sua decisão de mérito na Reclamação Colectiva no. 12/2002, *Confederation of Swedish Enterprises v. Sweden*.

A produção de efeitos da CSER nos ordenamentos jurídicos internos poderá também concretizar-se num dever progressivo de justificação e fundamentação de opções legislativas na concretização de direitos fundamentais, de demonstração de esgotamento de alternativas e realização de opções ponderadas, um *due process* no sentido da célebre decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão *Hartz IV*<sup>48</sup>. A

---

Consultivo da Procuradoria Geral da República portuguesa, em seu parecer 138/1977, advertia para a possibilidade do art. 6º, n.º 4 CSE, no que respeita ao direito a acções colectivas a empreender pelas entidades patronais em caso de conflito de interesses e na parte em que o exercício desse direito possa identificar-se com o “lock-out”, poder constituir violação do disposto no art. 57º, n.º 4 CRP.

<sup>47</sup> Contraste-se também e por exemplo o n.º 3 com os demais preceitos do art. 1º CSER; ou o teor do art. 3º com o teor do art. 4º CSER.

<sup>48</sup> BVerfG, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 de 9 de Fevereiro de 2010, disponível em versão inglesa em [http://www.bverfg.de/en/decisions/1s20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bverfg.de/en/decisions/1s20100209_1bvl000109en.html) (vd., neste particular, os parágrafos (doravante, pars.) 135 e 136. Uma ideia de processo comunicante no desenvolvimento de direitos sociais parece poder retirar-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão a partir desta pronúncia. Para o Tribunal Constitucional Federal alemão, há uma obrigação do Estado de assegurar, positivamente e positivamente, em caso de ausência de capacidade própria ou proporcionada por terceiros de um sujeito adquirir meios de subsistência, a construção de um mínimo de existência condigna para que este mesmo sujeito possa beneficiar do Estado Social. Não poderá esta construção, contudo, ser alheada de uma forte tomada em linha de conta das condições de sobrevivência empíricas vigentes na sociedade nem do adquirido legislativo vigente até ao momento do controlo da evolução da norma sob controlo. No caso, tratando-se de realização de dignidade humana através de um desenvolvimento principal, o controlo da mesma apenas se pode remeter precisamente ao desenvolvimento em si considerado: ao processo de construção do direito, obrigação imposta ao legislador, acrescida de uma obrigação lateral de actualização constante. Note-se que, em particular nos pars. 142 – 144, o Tribunal Constitucional Federal coloca particular ênfase na avaliação das condições empíricas que fundamentam a decisão de estabelecimento de um determinado padrão de mínimo de existência condigna de modo rastreável ou mensurável, justificado por estatísticas credíveis e métodos plausíveis de cálculo que permitam a análise dos mesmos pelo Tribunal. A par. 175 e 176, o Tribunal Constitucional Federal avaliou dados prestados pelo governo que avaliavam o padrão de gastos e despesas do quinto da população menos abastado (excluídos os beneficiários de apoios estatais) com vários tipos de bens – alimentação, vestuário, energia, cuidados de saúde, transportes). As despesas com vestuário foram consideradas em apenas 89% do seu valor médio total, com o argumento de que peles e roupa à medida não deveriam ser cobertas pelo mínimo de existência condigna. Porém, o Tribunal considerou que não estava demonstrado que o quinto inferior da população alguma vez incorreria em gastos com estes artigos, razão pela qual o abandono dos critérios previamente estabelecidos pelo executivo era inconstitucional uma vez que se afastava do mesmo sem razão aparente, justificada e consistente. É o método de realização deste que permite ao tribunal aferir de uma opção legislativa fundada e legítima. O critério de fundamentação de decisões legislativas e demonstração coerente de opções realizadas permite, de igual modo, inserir previsibilidade nas reacções do judicial à opção legislativa. Este pensamento vai de encontro à formulação feliz de LIU, G. – “Rethinking Constitutional

interpretação da mesma, ainda que debatível se vinculativa para os tribunais nacionais, ficaria a cargo do Comité, através das conclusões publicadas após recepção dos relatórios de cumprimento por parte dos Estados-signatários e das decisões de mérito emanadas a propósito dos procedimentos de Reclamações Colectivas. Este processo sucessivo de densificação poderá ajudar a afirmar a determinabilidade do conteúdo da Carta, dando-lhe vida e abertura para lá do seu texto e permitindo o respeito pelo princípio do democrático e da representatividade parlamentar, pela revisibilidade das decisões legislativas e pela separação de poderes, não colocando nos tribunais judiciais locais o ónus de desenvolverem eles próprios o conteúdo normativo de uma convenção internacional.

## 6. A CSER E OS TRIBUNAIS NACIONAIS

A CSER tem, ainda assim, obtido acolhimento em várias decisões judiciais em Estados contraentes, quer porquanto aplicam directamente a mesma em litígio quer porquanto recorrem ao seu texto como fundamento de desaplicação de normativos nacionais, embora com intensidade diferente consoante a latitude e a jurisdição de análise. Colhamos exemplos de jurisdições próximas.

O Conselho de Estado francês, por decisão n.º 285576 de 7 de Junho de 2006, apoiou-se em vários instrumentos internacionais, de entre os quais a CSER, para invalidar uma disposição legal que exigia a permanência mínima de três meses em território francês de estrangeiros irregulares como condição para acesso a assistência social. Já a Secção Social do Tribunal de Cassação francês apenas tende a conceder efeito directo a certas e determinadas disposições da CSER, como aos seus arts. 5º, 6º e 24º, preferindo invocar o art. 151º TFUE (que remete para o catálogo de direitos sociais fundamentais consagrados na CSE) como fundamento jurídico para a aplicabilidade daqueles<sup>49</sup>. A evolução interjurisdicional da aplicação da CSER em território francês conhece, todavia, uma proclamação importantíssima daquele mesmo Conselho de Estado, actuando em revista de jurisdição administrativa na sua decisão n.º 358992, de 10 de Fevereiro de 2014, ao afirmar peremptoriamente que as estipulações da CSE “*não têm por objecto reger exclusivamente as relações entre Estados e (que) não requerem nenhum acto complementar para produzir efeitos relativamente aos particulares*”. Surge, assim, sinalizada a progressiva abertura judiciária à aplicação da CSER não só como fundamento concorrente de decisão judiciária mas também como fundamento

---

Welfare Rights”. *Stanford Law Review*, 2008, n.º 61 p. 259, autor que considera que o poder judicial deverá tanta menor deferência ao produto legislativo final quando menor prova houver que a legislatura tenha feito uma escolha cuidada e ponderada. Para mais sobre a decisão *Hartz IV* e a sua metodologia, vd. vd. BITTNER, C. – “Casenote: Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgement of 9 February 2010”. *German Law Journal*, 2011, n.º 12, pp. 1956 e ss..

<sup>49</sup> Assim, SARMENTO BARRA, J. E AUBRIERE, M. – “La Charte Sociale Europeenne Et Son Application Par Les Juridictions Internes: Regards Croisés Entre La Jurisprudence Française Et Espagnole”. In *Lex Social*, 2015, n.º 1. Pp. 168 e ss..

autónomo e directo da concessão de direitos subjectivos individuais, exercitáveis em juízo, aos particulares.

Em Espanha, várias decisões de primeira instância procederam recentemente à aplicação directa, entendida em sentido lato, do disposto no art. 4, n.º 4 CSER, invalidando normativos locais que dispunham sobre períodos experimentais tidos como não razoáveis e apelando à interpretação do teor da norma realizada pelo Comité<sup>50</sup>. A extensão dos poderes do judicial naquele Estado é também debatida a este propósito porquanto é controverso se o controlo da aplicabilidade directa da Carta é uma questão de legalidade – ali fiscalizável pelos tribunais ordinários – ou de constitucionalidade – o que devolveria ao Tribunal Constitucional a competência para analisar, ainda que indirectamente, a compatibilidade de um normativo local com o compromisso internacional no caso assumido<sup>51</sup>. Deve, contudo, assinalar-se a constante presença jurisprudencial de debate em torno de aplicabilidade directa da CSER e sua justiciabilidade perante os tribunais locais, símbolo de uma progressiva sedimentação na consciência jurídica nacional da vinculatividade do Estado espanhol aos ditames da mesma e do apoio que constitui para a realização e desenvolvimento de política social porquanto meio adicional de protecção de direitos fundamentais dos cidadãos.

Por seu turno e em Portugal, a penetração judicial do teor da CSER é perceptível essencialmente de duas formas. Por um lado, as normas da CSER são utilizadas enquanto meio de reforço da fundamentação decisória judicial. Ou seja, o poder judicial tende a fazer apelo às disposições da CSER de uma forma subsidiária, suportando a sunsunção do caso concreto a uma norma de legislação nacional determinada como então aplicável<sup>52</sup>. Por outro lado, as normas da CSER são frequentemente vistas como

---

<sup>50</sup> Com destaque para a sentença da Secção Social do Tribunal de Mataró de 29 de Abril de 2014 e as repercussões ao nível de discussão em instâncias superiores, vd. a análise de SALCEDO BELTRÁN, M. – “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España” *Lex Social*, 2014, 2. Pp. 45 e ss.. Mais recentemente, e com resenha mais abrangente, vd. SALCEDO BELTRÁN, M. – “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”. *Trabajo y Derecho*, 2016, n.º 13. Pp. 27 e ss. que denota a maior dificuldade em recepção do conteúdo da CSER na segunda instância judicial, não deixando de assinalar os progressos verificados manifestados sobretudo ao nível da fundamentação dos votos de vencido emitidos em vários acórdãos. Muito crítico da jurisprudência espanhola que nega o impacto directo da CSER, focando-se na vinculatividade das decisões do Comité adoptadas no âmbito do mecanismo de Reclamações Colectivas mas destacando a prolixidade de efeitos jurídicos possíveis de serem produzidos pela CSER para lá da justiciabilidade das suas normas, vd. JIMENA QUESADA, L. – “Impacto Prático de...”, p. 17.

<sup>51</sup> A este propósito, e na já mencionada questão de debate sobre a duração excessiva do período experimental no contrato de apoio a empreendedores, a CSER surge referenciada apenas num voto de vencido do acórdão do Tribunal Constitucional espanhol de 16 de Julho de 2014. Cfr. TERRÁDEZ SALOM, D. – “L’approche De La Cour Constitutionnelle Espagnole Au Contrat De Soutien Aux Entrepreneurs. Le Droit Au Travail Comme Un Droit Limité”. *Lex Social*, 2015, n.º 1. Pp. 217 e ss.. Vd. também, SALCEDO BELTRÁN, M. – “Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales”. *Actualidade*, 2015, n.º 73. Pp. 30 e ss..

<sup>52</sup> Veja-se também o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 1177/11.5TTLSB.L1-4, de 20/04/2016, que recorre à CSE como uma das fontes do princípio da liberdade sindical vigente em Portugal. Vd. o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17/12/2013, proc. n.º 2059/13.1TBBERG-C.G1, que refere a retribuição mensal mínima garantida como decorrência do conceito

normas de um carácter supra legal e carente de desenvolvimento através da legislação ordinária.

Destarte, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 09/10/2014, proc. n.º 174/13.0TTCBR.C1, encara a estipulação legislativa atinente a uma retribuição mínima garantida como autêntico desenvolvimento e concretização de imposições de nível constitucional constantes de Convenções da Organização Internacional do Trabalho e do art. 4º da CSE<sup>53</sup>. Identicamente, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 31/12/2013, proc. n.º 970/10.0TACSC.L1-5, considera o bem jurídico tutelado pelo crime de abuso de confiança contra a segurança social multifacetado e abrangendo o direito à segurança social constitucionalmente consagrado e previsto também no art. 12º, n.º 1 CSE, no que é seguido em considerações semelhantes pelos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 13/07/2001, proc. n.º 75/05.6TACP.V.P1 e de 12/11/2011, proc. n.º 155/05.8TAVNG.P1<sup>54</sup>. O Supremo Tribunal Administrativo, em seu acórdão datado de 18/12/2013, proc. n.º 01373/13, confere dignidade supra legal ao direito à habitação consagrado tanto na CRP como na CSER, sendo certo que afirma que do texto desta não decorre um carácter activo e defensivo daquele direito superior à sua consagração no texto constitucional português. Pela referência à natureza programática do direito à habitação concomitante com a menção da natureza “defensiva” de certo tipo de direitos, remetendo para um entendimento tradicional da dicotomia “direitos de defesa/direitos a prestações”, parece o Supremo Tribunal Administrativo confirmar a impressão difusa do entendimento jurisprudencial da natureza das normas da CSER: cabe ao legislador ordinário desenvolver o conteúdo dos poderes outorgados ao sujeito pela mesma lá onde esta não seja suficientemente determinada para lhe conferir direitos positivos forma inequívoca através da interpretação da sua letra ou de um processo interpretativo prévio consolidado<sup>55</sup>.

---

de remuneração justa constante do art. 4º CSER. O acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 25/06/2015, proc. n.º 789/13.7TMSTB-B.EI veda ao progenitor de um menor, a solicitação do outro, o direito de divulgar fotografias do filho nas redes sociais para protecção de reserva de intimidade da vida privada (um aresto, aliás, com ampla repercussão na comunicação social), concorrendo para a fundamentação da decisão o art. 5º, n.º 7 e o art. 17º, n.º 1, al. b) CSER.

<sup>53</sup> Assinale-se, todavia, o maior recurso à expressão CSE ao invés da referência à sua versão revista o que poderá constituir sinal de menor atenção conferida ao quadro legislativo em referência.

<sup>54</sup> Elencando a CSE ao lado de disposições legislativas supra legais como a CRP ou, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), vd. também o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º 26/12.1YFLSB; vd. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07/04/2008; vd. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto datado de 04/11/2015, proc. n.º 718/07.7TAVFR.P1; cfr. o voto de vencido do Exmo. Senhor Juiz Desembargador JOSÉ MACHADO DA SILVA no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/01/2017; considerando o teor da CSE *princípio fundamental* ao lado da CEDH, vd. o acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte datado de 02/02/2006, proc. n.º 01205/05; considerando a licença de paternidade e maternidade o desenvolvimento de disposições constitucionais, da DUDH, do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Políticos e dos arts. 8º e 27º CSER, vd. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 04/05/2011, proc. n.º 1992/07.4TTLSB.L1-4.

<sup>55</sup> Precisando o conceito de norma programática enquanto dotada de verdadeira vinculatividade e conteúdo normativo, veja-se BOTELHO, C. - *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise - Ou visitar as normas programáticas*. Coimbra, 2015. Almedina. Pp. 275 e ss.. Tal resulta, aliás, do mandato contido na Parte I da CSER: os Estados vinculam-se à prossecução de uma política que visa a realização de

A jurisprudência elencada poderá indiciar uma certa reticência na aplicabilidade directa em sentido estrito do teor da CSER, reconheça-se. O intérprete deverá, contudo, encontrar conforto no relevo jurídico estruturante e fundamental atribuído à CSER na argumentação judicial, equiparando a mesma a um instrumento legislativo de nível constitucional. Aqui e então, os direitos consagrados na CSER não são tratados de forma distinta dos mesmos direitos analogamente consagrados na CRP, sendo necessária a análise da consagração dos mesmos na ordem jurídica ordinária a fim de aferir do cumprimento cabal do mandato de desenvolvimento social progressivo que aquela encerra.

## 7. A CSER E A RELAÇÃO ENTRE A SUA SUPERVISÃO E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NACIONAL

A expressão judicial dos efeitos da CSER redundava, todavia, numa visão estática e parcelar da dinâmica do seu procedimento<sup>56</sup>. Com efeito, as progressivas alterações de política e legislação monitorizadas pelo CEDS são um reflexo quer de compreensão da implementação do teor da mesma como o resultado do dito “dever progressivo de justificação e fundamentação de opções legislativas”<sup>57</sup>, quer do entendimento do potencial de produção de efeitos da CSER, extravasando a mera aplicabilidade directa em sentido estrito das suas normas. Todos os anos, o CEDS selecciona um grupo de disposições da CSER sobre as quais os Estados contraentes devem produzir um relatório que demonstre as medidas levadas a cabo para implementação daquelas. Estas conclusões anuais poderão culminar em decisões de não conformidade da situação legal de um Estado parte com o que lhe é exigido pelo teor da CSER.

---

condições próprios a assegurar o exercício de determinados direitos ali elencados. Portanto, estaremos diante de uma obrigação de criação de um regime que possibilite o exercício pleno (quanto possível) dos poderes contidos nos direitos ali elencados no quadro de realização de uma pluralidade de desideratos, nem todos passíveis de atenção em simultâneo e com o mesmo grau de prioritarização.

<sup>56</sup> Ilustrando este dinamismo, vd. AKANDJI-KOMBÉ, J. - “The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights”. DE BÚRCA, G.; DE WITTE, B.; OGERTSCHNIG, L. – *Social Rights in...* - p. 90 que sinaliza que apesar de a comunidade jurídica tender a colocar o ênfase da análise nos procedimentos de Reclamação Colectiva, também as conclusões anuais do Comité são fortemente baseadas em considerações jurídicas, de tal modo que as decisões ditas inovadoras em sede dos procedimentos de Reclamação Colectiva são frequentemente o culminar do evoluir da análise do Comité ao longo dos vários relatórios anuais. Sobre a ligação entre ambos os mecanismos, vd. também CHURCHILL, R.; KHALIQ, U. – “The Collective Complaints...”, pp. 447 e ss. ou JIMENA QUESADA, L. – “Interdependence of the Reporting System and The Collective Complain Procedure: indivisibility of human rights and indivisibility of guarantees”. In D’AMICO, M; GUIGLIA, G. – *European Social Charter and the challenges of the XXI century*. Napoli, 2014. Edizioni Scientifiche Italiane. Pp. 143 e ss..

<sup>57</sup> Como já decidiu o Comité: “quando a realização de um dos direitos em questão for excepcionalmente complexa e particularmente onerosa, o Estado parte deve-se esforçar por atender aos objetivos da Carta de um prazo razoável, com progressos mensuráveis, utilizando o melhor dos recursos que pode mobilizar. Os Estados Parte devem também estar particularmente atentos ao impacto das escolhas operadas por eles sobre os grupos em que a vulnerabilidade é maior como sobre as outras pessoas envolvidas - Reclamação n.º 13/2002, *Autisme Europe v. França*, decisão de fundo, de 04.11.2003, par. 53

O CEDS analisa, posteriormente, o estado da arte nos país alvo de pronúncia de desconformidade em conclusões prévias. Para este efeito, os Estados que adoptaram o sistema de Reclamações Colectivas foram divididos em dois grupos em 2014, cada um com a obrigação de apresentar um relatório bi-anual respeitante às decisões de não conformidade identificadas no âmbito do procedimento de Reclamações Colectivas substituição da obrigação de entrega de relatórios anuais sobre a disposições previamente seleccionadas. No ano de 2015, os oito Estados foram convidados a apresentar o dito *follow up* foram Bélgica, Bulgária, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália e Portugal<sup>58</sup>.

No caso belga, de quatro Reclamações julgadas procedentes<sup>59</sup>, o CEDS considerou que duas dessas mesmas situações de não conformidade estavam, agora, em conformidade com a CSER<sup>60</sup>. Num caso, curava-se do acesso a prestação dos cuidados devidos e a assistência devida a menores estrangeiros em permanência ilegal em território belga, acompanhados ou não, e solicitando asilo. A rede de alojamento de Estado para estes menores foi reforçada em 20%, bem como foi reforçado o sistema de abrigo temporário de famílias, o que permitiu sanar a situação de sobrelotação que havia levado à consideração de não conformidade por parte do Comité. Noutro, os obstáculos encontrados por cidadãos deficientes e com limitações geradoras de grande dependência no acesso a serviços sociais apropriados implicaram em cada uma das três regiões belgas diferentes medidas, como a revisão dos processos de atribuição de alojamento ou o reforço financeiro dos programas de auxílio a estes cidadãos, mais se concluindo pela redução de discriminação de políticas sociais então existentes entre cidadãos dependentes inseridos em apoios estatais e aqueles inseridos na sua família.

No caso búlgaro, de entre 4 Reclamações Colectivas julgadas procedentes<sup>61</sup>, concluiu-se pela recolocação do ordenamento legal búlgaro em conformidade com a CSER em um caso<sup>62</sup>, levando a uma alteração legislativa revogatória da lei que concedia um rendimento mínimo garantido a cidadãos em estado de necessidade apenas durante o prazo de 6 meses, em violação do art. 13º, n.º 1 da CSER.

No caso finlandês, o resultado de duas Reclamações Colectivas<sup>63</sup> foi objecto de seguimento em 2015. Infelizmente, nenhuma foi recolocada em conformidade<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> Vd. European Committee of Social Rights – *Follow - Up To Decisions On The Merits Of Collective Complaints*, 2016, disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805939f5>

<sup>59</sup> A saber: Reclamação n.º 59/2009, Reclamação n.º 62/2010, Reclamação n.º 69/2011 e Reclamação n.º 75/2011.

<sup>60</sup> Designadamente, as situações relatadas na Reclamação n.º 69/2011 e na Reclamação n.º 75/2011.

<sup>61</sup> E que são a Reclamação n.º 31/2005, a Reclamação n.º 46/2007, a Reclamação n.º 48/2008 e a Reclamação n.º 41/2007.

<sup>62</sup> A violação identificada na Reclamação n.º 48/2008.

<sup>63</sup> A Reclamação n.º 70/2011 e a Reclamação n.º 71/2011.

<sup>64</sup> Tal como no caso do seguimento do resultado de três Reclamações respeitantes ao Estado italiano, considerando que nenhuma situação reclamada (nos procedimentos n.º 27/2004, n.º 58/2009 e 87/2012), havia sido considerada em conformidade.

Contudo, tal não implica inacção ou inércia por parte do estado finlandês. O governo finlandês fez notar ao CEDS a aprovação de novos actos legislativos em 2014, impondo às autarquias locais a elaboração de planos de acção que fomentem o bem-estar, a saúde, a capacidade funcional e a autonomia da população envelhecida e a obrigatoriedade de consideração do dito plano no orçamento municipal através da sua cabimentação. Identificou também o reforço de € 34.000.000,00 nos orçamentos municipais para apoiar cuidados de saúde não profissionais prestados a idosos, mais informando da constituição de grupos de trabalho para estudar os problemas identificados, alterações relativas à lei de organização dos serviços de protecção social e dos serviços de cuidados de saúde. Não obstante todo o quadro vasto de medidas adoptadas, o Comité considerou que, ainda assim, o problema específico de acesso a subsidiação de cuidados de saúde não profissionais ou informais e a privação da mesma por uma parte da população não havia sido cuidado, razão pela qual proferiu parecer de não conformidade.

No caso francês, foram seguidas 12 situações julgadas procedentes em sede de Reclamação Colectiva<sup>65</sup>, tendo sido consideradas como colocadas em conformidade 3 violações<sup>66</sup>. Num caso, a discriminação entre tipos de guias turísticos consoante a sua habilitação foi resolvida através de uma alteração legislativa unificando o regime aplicável aos vários tipos de guias. Noutra, a violação conjugada do art. 31º CSER com o art. E relativo ao direito à habitação dos cidadãos ditos nómadas foi remediada através da melhoria de condições de áreas de caravanismo, redução de preços de permanência nas mesmas e medidas específicas para este grupo de cidadãos adoptadas no plano plurianual contra a pobreza e para a inclusão. Desta forma, também se remediou a declarada violação do art. 16º da CSER por ofensa à protecção social da família e ao direito desta de gozar de habitação adequada às suas necessidades. Num terceiro momento, através da emanção de circulares administrativas e coordenação entre entidades governamentais foi melhorado o acesso de crianças de etnia *rom* de origem romena e búlgara ao sistema de ensino.

Por terras helénicas, 13 Reclamações<sup>67</sup> originaram acções por parte do Estado Grego que conduziram o mesmo à conformidade com as disposições da Carta, versão de 1961, em duas situações de prévia violação<sup>68</sup>. O período de obrigatoriedade de prestação de serviço civil em caso de objecção de consciência à prestação de serviço militar foi reduzido, assim colocando o Estado grego em conformidade com o art. 1º, n.º

---

<sup>65</sup> Foram estas a Reclamação n.º 6/1999, a Reclamação n.º 13/2002, a Reclamação n.º 81/2012, a Reclamação n.º 33/2006, a Reclamação n.º 39/2006, a Reclamação n.º 51/2008, a Reclamação n.º 63/2010, Reclamação n.º 64/2011, a Reclamação n.º 67/2011, a Reclamação n.º 38/2006, a Reclamação n.º 57/2009 e a Reclamação n.º 68/2011.

<sup>66</sup> Identificadas na Reclamação n.º 6/1999, na Reclamação n.º 51/2008 e na Reclamação n.º 67/2011.

<sup>67</sup> Que foram a Reclamação n.º 8/2000, a Reclamação n.º 17/2003, a Reclamação n.º 49/2008, a a Reclamação n.º 30/2005, a a Reclamação n.º 65/2011, a Reclamação n.º 66/2011, a Reclamação n.º 72/2011, a Reclamação n.º 76/2012, a Reclamação n.º 77/2012, a Reclamação n.º 78/2012, a Reclamação n.º 79/2012 e a Reclamação n.º 80/2012.

<sup>68</sup> Nas Reclamações n.º 8/2000 e n.º 72/2011.

2 da CSE. Várias medidas de desenvolvimento de programas de informação e protecção de saúde foram colocadas em marcha no seguimento de um evento poluidor no rio Asopos, o que permitiu declarar o Estado grego em cumprimento do art. 11, n.º 2 da CSE.

Por fim, Portugal foi objecto de duas decisões em procedimento de Reclamação Colectiva que foram julgadas procedentes<sup>69</sup>. Uma delas foi considerada como tendo sido, entretanto, colocada em conformidade pelo Estado português. Tal sucedeu relativamente à violação constatada do disposto no art. 4º, n.º 2 que reconhece o direito dos trabalhadores a uma taxa de remuneração acrescida para as horas suplementares, o que no caso das forças policiais em prevenção activa e em serviço de piquete não estaria a suceder, situação remediada pela aprovação da Lei n.º 10/2014. No outro caso, prendendo-se com o direito a habitação digna e adequada de cidadãos de etnias *rom*, sua protecção social, jurídica e económica, e falta de coordenação e abordagem global ao problema de alojamento dos mesmos, apesar de considerar que a situação ainda não foi colocada em conformidade, o Comité considerou que a estratégia implementada, se sucedida, permitirá a colocação da situação em conformidade com a Carta – o que apenas será possível avaliar em 2017.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas breves notas procuraram destacar alguns dos principais vectores que concorrem para a produção de efeitos das convenções internacionais nas ordens jurídicas nacionais, em geral, e retirar ilações para a compreensão da actuação da CSER ao nível dos seus Estados parte. Pelos exemplos de vinculatividade jurídica e aplicação judicial apresentados, mas sobretudo pelo procedimento cooperativo implementado entre os Estados partes, a CSER assume-se como um instrumento primordial na garantia progressiva da realização possível dos direitos sociais, foco da construção de uma democracia social construída com base em valores de solidariedade. Ainda que se possa dizer que de uma prisma tradicional lhe faltarão alguns dentes para morder, certamente não lhe faltará força de agarre. Ou seja, o reflexo da aprovação da mesma no desenvolver do tecido legislativo e administrativo das partes contratantes ultrapassa a vetusta medida de efectividade jurídica composta pela possibilidade de fazer derivar das normas em questão direitos subjectivos individuais. Ao invés, e sem menosprezo desta faceta porquanto todas as normas jurídicas postulam efectividade, não é menos verdade que pela adaptação de medidas legislativas e opções sociais conformes à CSER também esta paulatinamente se realiza nos Estados parte, num processo dialéctico auto-referencial e que se mede constantemente contra um padrão de direitos alcançados e contra outro de direitos a alcançar. Cabe a cada Estado parte partir daqueles para se aproximar o mais possível destes últimos. Neste processo de realização constante

---

<sup>69</sup> Referentes às Reclamações n.º 60/2010 e n.º 61/2010.

acabará por residir, na nossa opinião, a natureza da implementação da CSER nos ordenamentos jurídicos nacionais.