

# QUID IURIS? A UNIÃO EUROPEIA E O NOVO LOCUS STANDI DOS DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO DA EFETIVIDADE DA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A REFORMA DE LISBOA E O ARTIGO 6º, TUE

## QUID IURIS? LA UNIÓN EUROPEA Y EL NUEVO LOCUS STANDI DE LOS DERECHOS HUMANOS: CONSTRUCCIÓN DE LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, LA REFORMA DE LISBOA Y EL ARTÍCULO 6º, TUE

*Sergio Maia Tavares\**

---

**Resumo:** *Este trabalho desenvolve teórica e historicamente a efetividade dos direitos humanos fundamentais, em sua formulação contemporânea, dentro do quadro da União Européia. Mais precisamente, pela Carta de Direitos Fundamentais da UE, elevada ao nível de Direito Europeu originário pelo Tratado de Lisboa, com a redação conferida ao artigo 6º do Tratado da União Européia. O objetivo é demonstrar como a UE, em decorrência do Tratado de Lisboa, apresentou um marco já histórico indispensável.*

**Resumen:** *Ese trabajo desarrolla teórica e históricamente la efectividad de los derechos humanos fundamentales, en su formulación contemporánea, dentro del cuadro de la Unión Europea. Mas precisamente, por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, arribada al nivel de Derecho originario por el Tratado de Lisboa, con la redacción que le conferí al artículo 6º del Tratado de la Unión Europea. El objetivo es demostrar como la UE, en razón del Tratado de Lisboa, presentó un marco ya histórico indispensable.*

**Palavras-chave:** *Direitos fundamentais na União Europeia,*

---

\* Membro do Laboratório de Estudos em Direito Constitucional Latino-Americano, na linha de Direito Constitucional Internacional e Comparado, da Faculdade de Direito - Universidade Federal Fluminense (PPGDC), onde é pesquisador com atenção ao Direito do Mercosul e à integração. Estudou em período sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ao abrigo do programa de mobilidade mantido entre as instituições, dedicando-se com ênfase à investigação do Direito da União Europeia. Ex-bolsista da Fundação Casa de Rui Barbosa. Certificado pelo Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, Comissão Europeia/ FGV Direito Rio.

*Efetividade dos Direitos Humanos, Tratado de Lisboa e Carta dos Direitos Fundamentais da UE, Normativa do Direito da UE*

**Palabras clave:** *Derechos fundamentales en la Unión Europea, Efectividad de los Derechos Humanos, Tratado de Lisboa e Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Derecho de la UE*

---

## 1. Introdução

Diante da complexidade do sofisticado arcabouço teórico-filosófico, histórico, político, prático dos direitos humanos, uma questão ressalta insistentemente, a saber, a da sua efetividade, ou da aplicação efetiva. Por outros termos, há sempre indagações a respeito da realização, da concretização de um universo que se introduz irresistível, porém que colide, para seu desfavor, contra o imaginário de que os direitos humanos habitam uma órbita obscura, distante, inatingível em que: ocorrem debates acadêmico-ideológicos, são proclamadas Declarações, são assumidos compromissos internacionais, é criada uma agenda de ação e, ainda assim, sua existência segue interrogada, senão até invisível aos olhares mais desatentos, sendo urgente, na expressão de Michel Miaille, no âmbito da hermenêutica normativa, mas que nos serve com exatidão, “fazer aparecer o invisível” (MIAILLE, 1989, p. 21).

Desde logo, note-se que, neste exato instante, os direitos humanos estão “acontecendo”, mesmo em uma escala que pode ser ampliada. O fato é que é possível compor as mais longas árias tendo como acorde fundamental as conquistas e contribuições dos direitos dos homens (bem entendidos como *seres humanos*), por exemplo, a garantia das liberdades fundamentais, dos direitos civis, ambos nascidos no século XVIII no contexto da primeira onda revolucionária; a luta por um direito penal menos virulento mundo a fora; a igualdade de gêneros; o respeito pela diversidade cultural, incluindo as janelas controversas da autodeterminação e da intervenção; até os direitos sociais e difusos, como do ambiente...

Enfim, o catálogo dos chamados direitos humanos transcendem sua própria ontologia (perpassam a Teoria do Direito, a Teoria das Relações Internacionais, a História do Pensamento e da Filosofia), com conseqüências notáveis, dentre as quais, largo escopo garantístico, tanto quanto malogradas, como diluição de sua natureza e, ato contínuo, perda de imperatividade. Por isso, as mencionadas interrogações, embora imbuídas de caráter material, ou mesmo utilitarista, alusivo

aos funcionalismos ou pragmatismos, sob risco de incorrer em uma simplificação nociva, não estão desprovidas de valor. Alertam para o fenômeno, conquanto inverossímil, presente naquele imaginário, de que os direitos humanos possivelmente não circulam no trajeto cotidiano comum.

Aparece-nos, pois, neste (anti)-clímax, o objeto que será desenvolvido.

13 de dezembro de 2007, Mosteiro dos Jerónimos, Lisboa, Portugal. Nessa data foi assinado, em sede da União Européia, o Tratado reformador que leva o nome da capital lusitana e que projetou o maior avanço dos direitos humanos desde o fim da década de 1940, com a Organização das Nações Unidas, além de promover grandes alterações institucionais na União. Entretanto, antes das ratificações nacionais e de sua entrada em vigor, em dezembro de 2009, a história reservou alguns percalços, destacadamente, a rejeição, à partida, da República da Irlanda, via referendo, seguindo disposição constitucional, o que foi revertido, pouco depois, por uma larga aprovação nos mesmos moldes.

Com isso, consagrou-se a evolução, há pouco anunciada. Os direitos humanos, no bloco internacional mais proeminente que já existiu, de uma vez por todas, passaram a habitar diariamente a vida comum, isto é, tornaram-se mais acessíveis à aproximadamente 500 milhões de cidadãos através do atual artigo 6º do Tratado da União Européia.

A equiparação da Carta de Direitos Fundamentais, documento normativo de direitos humanos da União Européia, aos Tratados, que cumpriu ao Tratado de Lisboa levar a cabo naquele dispositivo, foi decisiva. A carta possui o “mesmo valor jurídico que os Tratados”, diz o referido artigo. É norma comunitária - que, além de primar sobre direito nacional, passou a ocupar o auge topográfico do direito europeu. Migrou, pois, para o nível de Direito Comunitário originário, de modo que vincula os Estados-membros prontamente, com fulcro no Primado. É documento imperativo da União e vigora nos ordenamentos jurídicos nacionais. Não se trata de um compromisso futuro ou de uma norma programática e, ainda, diferentemente de todas as cláusulas de direitos humanos, em esfera nacional ou internacional, tem, sim, força normativa peculiar, que lhe distingue única e originalmente e que define o *locus standi* dos direitos fundamentais no século XXI, dando-lhes novo patamar histórico. Quando o judiciário de qualquer dos estados-membros da União Européia depara-se com um conflito

entre determinada lei nacional, ou princípio (regra)<sup>1</sup> ou construção jurisprudencial de um país integrante do Bloco, e uma lei, ou princípio ou construção jurisprudencial, europeia<sup>2</sup>, deverá prevalecer o Direito da União<sup>3</sup>, de acordo com o princípio do Primado, mais adiante detalhado com profundidade, porém a reter, imediatamente, que em caso de antinomia, prepondera a norma nascida na esfera da União.

De fato, é o *princípio* de uma nova era!, cujos desafios também existem e cujo conteúdo será abordado. O fato é que a União Europeia, e nenhuma outra organização internacional, ostenta o título exclusivo de, no século XXI, inovadoramente na história, conferir imperatividade aos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, não restritos as fronteiras de um Estado. É o primeiro passo de uma marcha internacional inevitável em direção ao respeito definitivo dos direitos humanos.

## 2. Breves notas históricas da Teoria dos Direitos Fundamentais

A primeira nota teórica a delinear, consoante à temática elaborada e presente a este ensaio, trata das denominações direitos *fundamentais* e direitos *humanos*. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, *in verbis*, “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (...); direitos fundamentais são os direitos do homem, juridico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente” (CANOTILHO, 1998, p.359).

Nessa perspectiva, apenas tem sentido trazer à baila no seio da proposição dos avanços e desafios dos direitos humanos no século XXI, um escrito que respeite o fator temporal do tema, o que só é possível na chave dos Direitos Fundamentais, que, em verdade, “são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades” (COMPARATO,

---

1 Para aprofundamento da matéria referente à normatividade dos princípios, ver: *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, de Humberto Ávila; e *El concepto y La validez Del Derecho*, de Robert Alexy.

2 Aqui incluídos regulamentos, diretivas (especialmente através do efeito direto), decisões dos tribunais comunitários/europeus, leis adotadas por Processo Legislativo Ordinário, oriundas do Parlamento Europeu, da Comissão, enfim, todo arcabouço que compõe a legislação da União. Excluídos pareceres e recomendações, já que não são vinculativos.

3 Não mais será utilizada a expressão “direito comunitário” ou “lei comunitária”, haja vista as alterações institucionais levadas a curso pelo Tratado de Lisboa, que extinguiu a Comunidade Europeia ao promover o fim das estruturas em pilares (herança do Tratado de Nice), e a Comunidade fazia parte do I Pilar, e unificá-la à União Europeia. O Tratado de Lisboa manteve apenas dois Tratados, que absorveram os demais em conteúdo, e articulou-os: o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Com isso, já não há de se falar em “direito comunitário”, uma vez que não há mais “Comunidade”, mas, sim, adotamos “direito europeu” ou equivalentes. Temos em conta, por exemplo, a mudança no título do antigo “Manual de Direito Comunitário” para “Manual de Direito Europeu”, de João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos.

2001, p.56).

A partir do rigor do apontamento, é inescusável passar ao exame material do assunto.

Inevitavelmente, ao se falar em história e teoria dos Direitos Fundamentais, haverá referências e passagens dedicadas às páginas já puídas pelo (saudável) uso das ondas revolucionárias, à divisão esquemática das *gerações dos direitos*, mas apregoada por diversos autores, à repetição exaustiva da fórmula clássica do nascimento e evolução das conquistas civis, políticas, sociais, trabalhistas, difusas, começando no Estado Moderno Liberal, passando pelos Estados Socialistas e Comunistas, até o Estado Contemporâneo (pós-Moderno, neoconstitucional, pós-positivista, construtivista). Por outro lado, critica Jorge Miranda, “o termo geração (...) afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, uma substituindo-s às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica (...) é o enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades” (MIRANDA, 2000, p.22). E, continua, “nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpretação mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática” (idem).

Em muitos países, como na América Latina, por exemplo, não houve o seqüenciamento de direitos devido às suas próprias conjunturas, mas estiveram ligados a um movimento simultâneo, em que as *gerações* formaram um amálgama que ainda tenta se estabelecer socialmente e imperar juridicamente.

*Summaria causa*, uma vez que nosso foco não reside nessa especificidade, evitaremos a listagem mecânica de documentos, datas e eventos, em lugar disso, comporemos somente um prelúdio. Em primeiro momento são compreendidas as liberdades civis e políticas, o direito à propriedade e à isonomia, conforme o estandarte da Revolução Francesa. A seguir, é altura dos direitos trabalhistas, previdenciários, de educação e da justiça social, exemplificados com a socialização do Estado em fins do século XIX e início do século XX. Em meados desse século, no pós 2ª Guerra mundial, surge a 3ª geração de direito à paz, prosperidade, ao meio ambiente, enfim, ao patrimônio mundial. Hoje, já se fala na 4ª, na 5ª e até na 6ª geração relativamente à educação, à informação, à democracia, à felicidade.

Nesse diapasão consagrado, são recorrentes as alusões em torno da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, da Declaração

Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>4</sup> até a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sem embargo, é preciso indicar outros contributos de uma espiral sem fim, haja vista as confluências históricas e heranças culturais do amálgama social em que o direito se insere. A título de ilustração, temos: universalidade moral da Grécia antiga, que terá influenciado a idéia de direito natural, incluindo a concepção do pensamento moral-religioso cristão da Igreja Católica (nítido em Tomás de Aquino e sua releitura escolástica de Aristóteles), que, por sua vez, culminará no Direito Natural, *a priori* do absolutismo, e no jusnaturalismo liberal, *a posteriori*.

É particularmente interessante, a partir desta marca, observar a marcha do pensamento dentro da Teoria dos Direitos Fundamentais. Seu ponto de partida, anteriormente indicado, não poderia ser outro, senão o jusnaturalismo.

### 2.1. A origem liberal dos direitos fundamentais

O jusnaturalismo é reconhecidamente uma corrente de pensamento jurídico das mais amplas já existentes. Variou da vertente divina ao racionalismo dos séculos XVII e XVIII; passou dos filósofos gregos aos escolásticos; de Grotius a Kant e de Constant a Thomas Jefferson; e ainda encontrou eco em fins do século XX com Del Vecchio e Stammeler. Sem falar em Montesquieu, Rousseau, Sieyès, e Voltaire, em certa medida; Hume, Adam Smith, Stuart Mill, Benjamin Franklin e os pais fundadores e os federalistas dos Estados Unidos da América... Em que pese essa miríade, no intuito de demarcar o escopo do trabalho, alguns cortes quedam-se compulsórios.

Contudo, é inescapável situar, ao menos panoramicamente, o ciclo jusnaturalista, que, pelo movimento de racionalização da ciência, em que está inserida a ciência jurídica, e do direito natural e do alargamento internacional do seu escopo, *criou os pressupostos* que permitiram a edificação desse complexo sopesado.

“O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse” (GROTIUS apud CASSIRER, 1994, p.323) é o mote da revolução secularizadora que a ciência (jurídica) acompanhou a partir do século XVII, pioneiramente enunciado por Hugo Grotius. O intelectual holandês foi o responsável pela ruptura de laicização do Direito. Ele é

---

4 Registre-se, tangencialmente, a polêmica envolvendo Boutmy e Jellinek acerca da repercussão e abrangência das declarações inglesas (Bill of Rights), americanas e francesas. Nos dois primeiros casos, diz Boutmy, dirigiam-se a uma classe privilegiada, enquanto os franceses “escreveram para ensinar o mundo” (BOUTMY, 1907).

o marco que põem fim à fase do direito divino do jusnaturalismo e cria a concepção moderna de direito natural, que, por sua vez, ensejará a afirmação dos direitos fundamentais individuais, isto é, o primeiro ideal - que já evoluiu - de direitos humanos por intermédio das conhecidas revoluções liberais.

Os direitos inalienáveis do homem, segundo Grotius, não provinham de essência religiosa. A lei natural permanece como fundamento jurídico superior, porém com novos baldrames: a natureza humana. Esse fundamento jurídico último é passível de modificação, posto que é uma forma histórica, elemento cultural e a fonte da lei é a sociedade. Logo, a justiça mede-se na proporção da capacidade humana de exercício da sociabilidade.

Grotius opõe esse conceito não exclusivamente à religião; já é conhecida a dissensão que dirige também ao Estado hobbesiano centralizador através do relevo que dá à necessidade de definir a esfera jurídica em face do Estado, de acordo com a sociedade, ou melhor, com a sociabilidade. Dessa maneira, o Direito tem condições de se conservar leal à idéia de justiça lançada por Grotius.

É esse raciocínio que permeia a raiz das Grandes Declarações de Direitos Humanos modernas e consagra no direito positivo os princípios do Direito Natural, isto é, especificamente do jusnaturalismo racionalista, o que não deixa de refletir certo paradoxo, em conta o par antitético positivismo x direito natural. É inegável reconhecer, todavia, a necessidade e a urgência de, naquela altura, se escrever em pedra os valores que se buscava consolidar e o meio textual foi decisivo para essa difusão, muito porque era exatamente direcionada contra as elites letradas.

É com Immanuel Kant que o dilema entre o direito que a vontade cria e o que a razão conhece nasce com contornos visíveis. A concepção revolucionária do kantismo, tal como Copérnico para o heliocentrismo, da teoria do conhecimento voltada para o sujeito e não para o objeto do conhecimento promove a maior evolução filosófica até então. Essa evolução afeta em cheio o Direito e afasta definitivamente motivos religiosos - a razão toma o lugar de único paradigma metafísico credível - como fundamento científico e o ser humano passa a ser o centro da filosofia, de modo que em torno de sua existência orbitavam todas as demais coisas e permitirá que o indivíduo seja titular de direitos e possa reagir contra abusos de outros indivíduos ou do Estado. Outros pensadores, adiante, vão se aproveitar dessa revolução para transformá-la em individualismo, distorcendo a intenção original e

preponderando com suas *novas* teses. É natural a percepção da guinada ao individualismo, em detrimento ao organicismo, e a substituição da sociedade (coletividade) como ente supremo pelo particular. A estréia da epistemologia de tradição anti-aristotélica é patente nessa nova cultura filosófica, posto que a existência do indivíduo é anterior ao surgimento da sociedade.

Nesse complexo consistiu a racionalização do jusnaturalismo de que foram legatários incalculáveis intelectuais. Os direitos humanos, isto é, a primeira idéia (ou ideal) - já não falamos em *geração* - de direitos fundamentais, a saber, individuais<sup>5</sup>, levantava no horizonte.

Embora haja um traço divisor de fases entre os autores, todos se ligam pela ruptura de suas teorias com o arquétipo divino do Direito Natural e substituem a metafísica religiosa pela razão, que será simultaneamente o fundamento e o limite da criação jurídica, já demonstrada por meio do dilema entre o direito que a razão conhece e o direito que a vontade cria.

Com isso, expõe-se claramente a fundação dos direitos humanos (naturais) inalienáveis, mesmo que no escopo reduzido da propriedade, da segurança (liberdade) e da vida em termos genéricos, que permitem intitular seu criador, John Locke, de *founding father* dos direitos fundamentais individuais para as democracias modernas<sup>6</sup>. Tanto que, igualmente, preocupou-se em consolidar um expediente sólido na eventualidade de os poderes políticos do Estado ameaçarem concentrar-se e abalar os direitos civis - a esta situação nomeou “estado de guerra” e

---

5 A substituição da expressão “civis e políticos” por “individuais” se justifica porque a primeira pode ocultar ou, ao menos, dificultar a visualização apurada do perfil dos anseios do liberalismo moderno-clássico, a seguir confirmado e explicitado por Benjamin Constant. No fim, os estandartes de igualdade e solidariedade revolucionários do mesmo período não prevaleceram tampouco o universalismo que almejava, mesmo que sua conquista formal em diplomas normativos tenha sido importante. A Revolução Americana (Declaração de Independência e Constituição), por exemplo, não respondeu aos direitos civis inter-étnicos, apenas conseguidos na segunda metade do século XX.

6 Esse primeiro conjunto de direitos fundamentais, os individuais, exprimiu postulados que obrigaram ao Estado criar um sistema de não interferência na vida pessoal do cidadão e indispensáveis a todos os seres humanos, diante da sua pretensão universalista, que pode ser questionada como a partir dos requisitos de renda para o exercício do direito político do sufrágio, isto é, o direito de votar dependia de certo grau de riqueza. De fato, a universalidade foi apenas pretensa.

Ainda, diferentemente do que fazem crer alguns, o sistema de não interferência e de garantia das liberdades individuais não significa a mera abstenção do Estado. Como os direitos fundamentais coletivos, ou sociais, embora de naturezas diferentes, também é preciso que o Estado dispense prestações positivas, não o pagamento de um benefício, mas, nomeadamente, a criação e manutenção de um sistema de defesa, de uma estrutura política a que tenha acesso o cidadão, ou melhor, qualquer ser humano para fazer valer seus direitos individuais feridos e a que faça jus: é o Poder Judiciário (SARLET, 2004, p. 280).

o instrumento para obstá-lo, “direito de resistência”.

O rigor científico exige asseverar uma vez mais, pontualmente, o paradoxo que o momento da consagração dos direitos naturais traz intrinsecamente, qual seja, a sua positivação, sua passagem a elemento textual. Tendo em vista que o direito natural (também humano) não carece de ser expresso, essa virada, embora não as escrituras em si, mas a mobilização de uma nova escola do pensamento, terá o efeito, tempos depois, de mitificar a lei como porção preponderante, sinônima e criadora única de Direito – uma completa inversão da ontologia, da metodologia e da epistemologia jurídicas assistidas anteriormente.

Aspecto capital da gênese primeira dos direitos fundamentais reside no individualismo liberal, de que será expoente Benjamin Constant, tanto para o conceito de direito quanto para percepções do regime democrático.

Constant identifica em seu *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* duas formas distintas de liberdade, uma relacionada aos povos antigos e outra atinente às nações modernas.

Os antigos exerciam sua liberdade através das decisões coletivas, soberanas e diretas nos assuntos públicos para deliberar sobre leis, julgamentos, administração política, guerra e paz, orçamento e gastos estatais...

Assim, a vida de um cidadão era pautada pela atuação nos foros públicos; não havia idéia de esfera privada, de modo que toda ação individual estava submetida à vigilância e à autoridade do todo, conforme a Teoria Orgânica. Não havia independência individual, diz Constant. Não se podia escolher religião, o marido não podia visitar livremente sua esposa, os instrumentos musicais não podiam ser reparados sem autorização, lista o escritor. A estrutura social assentava-se em valores estranhos à modernidade. Nas palavras dele, remetendo a Condorcet, os antigos desconheciam qualquer noção de direitos individuais.

Ao passo que nas democracias modernas liberdade seria o direito de ser regido tão somente pelas leis, de expressar sua opinião individual, de escolher seu trabalho, de decidir o funcionamento do governo por representação, em última análise, é o direito de se escolher o que se quer fazer.

Com isso, contudo, o indivíduo moderno, independente na vida privada, tem sua soberania restrita; e o cidadão antigo, plenamente

soberano nos assuntos públicos, é escravo na esfera privada.

Portanto, a liberdade moderna corresponde ao exercício pacífico da independência privada e individual, contrastante com a participação ativa e constante do poder coletivo da Antigüidade. “A independência individual é a primeira das necessidades modernas. Conseqüentemente, não se deve nunca pedir seu sacrifício para estabelecer a liberdade política” (CONSTANT, 1985, p.19). O filósofo compreende que a verdadeira liberdade do seu tempo é individual, enquanto a liberdade política é a condição *sine qua non* de sua garantia. “(...) Pedir aos povos de hoje para sacrificar (...) a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro de afastá-los da primeira, com a conseqüência de que, feito isso, a segunda não tardará a lhe ser arrebatada” (ibidem, p.21).

Dentre as manifestações da exacerbação desse individualismo, aparece o sistema representativo - também chamado de política ou democracia deliberativa -, uma forma de organização por meio de que a nação transfere a alguns aquilo que não deseja realizar. Constant advoga que se trata de outorga, de entrega, de procuração dada a uns poucos pelo povo, que quer a defesa dos seus interesses, mas não dispõe de tempo para fazê-la. Ou seja, é uma terceirização, cujas implicações e dilemas são há muito estudados<sup>7</sup>. Afinal, deram origem ao modelo de Estado democrático de Direito em voga até estes dias.

O risco, já alertava o intelectual, é o da renúncia fácil ao direito de participar do poder político em razão da busca de interesses particulares, em detrimento da atuação pública, que coloca em causa o senso de pertencimento e coletividade. A atividade pública cabe e pertence a todos. Tomando por empréstimo passagem conclusiva da conferência de Benjamin Constant, “A liberdade política, submetendo a todos os cidadãos, sem exceção, o exame e o estudo de seus interesses mais sagrados, engrandece o espírito, enobrece os pensamentos, estabelece entre eles uma espécie de igualdade intelectual que faz a glória e o poder de um povo” (ibidem, p.24). Entende, ainda, que a sociedade, em verdade a humanidade, deve aprender a combinar as duas formas de liberdade. A coisa pública, incorporada pelo Estado, deve consagrar a influência dos cidadãos sobre ele, estimulando o desejo e a faculdade de participar do exercício do poder, não o restringindo ao voto. O individualismo,

---

<sup>7</sup> Apenas algumas indicações: *Três modelos normativos de Democracia; A inclusão do Outro: estudos de teoria política; e Política Deliberativa: um conceito procedimental de democracia, de Jürgen Habermas; O direito dos Povos; Political Liberalism; Uma teoria da Justiça; e Justiça e Democracia de John Rawls; The morality of freedom, de Joseph Raz; Vivendo plenamente a lei: a lei do amor e o amor pela lei, de Zenon Bankowski; Teoria Geral da Política – a filosofia política e as lições dos clássicos, de Norberto Bobbio.*

legado das Revoluções Liberais, embora preponderante a partir da modernidade, não poderia perpetuar-se e, com efeito, sofreu abalos, a começar pela onda revolucionária já em 1848 - resposta à tentativa do movimento restaurador de 1815 -, quando Louis Blanc, e depois Auguste Blanqui, liderou a proclamação da Segunda República francesa, que pretendia ainda o sufrágio universal, além dos direitos fundamentais sociais, golpeando a monarquia restaurada. Naquele mesmo ano, foi publicado o *Manifesto Comunista*, de Karl Marx. O individualismo estava em falência e novas possibilidades eram aventadas. Outra insinuação que acusou o esgotamento do puro liberalismo e do arquétipo estatal que o representava foram as Revoluções Socialistas do início do século XX, cujas proposições, entretanto, igualmente colapsaram.

## 2.2. Outras tradições de direitos fundamentais

Na passagem do século XIX para o século XX, a Europa vivia em convulsões sociais. A industrialização em marcha, que foi marcada pela exploração da mão de obra, oferecia condições insalubres de trabalho, extensas jornadas de trabalho sem descanso, baixa remuneração. O agravamento das disparidades deu azo à reivindicação de uma nova ordem de direitos, de justiça social. O padrão de Estado liberal, abster-se de agir para favorecer o individualismo, a livre iniciativa e seus direitos, já não respondia às demandas que falhou em reconhecer. Era momento de o Estado passar a interferir na vida cotidiana, a fim de suprimir as desventuras estruturais da sociedade, provendo-lhe suas necessidades. A esfera pública deveria começar a operar sua máquina positivamente para a população. Quando a abstenção e o descaso tornaram-se insustentáveis, o Estado foi forçado a atuar, criando novos direitos, por um lado pelas pressões sociais; por outro, a partir de uma nova compreensão jurídica.

O constitucionalismo social encontra abrigo em três frentes capitais: a Constituição Soviética de 1918, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição mexicana de 1917. Por certo, cada uma delas é o resultado de uma série de acontecimentos que lhes são peculiares, pois os países tinham em comum a crise e, à exceção do México, o envolvimento direto na Primeira Guerra Mundial.

O Texto Magno soviético reconheceu os trabalhadores como governantes e proclamou a ditadura do proletariado; igualou em direitos operários e camponeses, apresentou normas programáticas com fins de extinguir as classes sociais, a exploração do homem e promover o socialismo em todos os países, conforme o artigo 3º, que também eliminou a propriedade privada e declarou toda terra como de

propriedade do povo. Estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, a tolerância étnica e a equidade entre nacionais e estrangeiros, segundo o artigo 22.

Enquanto a Carta mexicana desmercantilizou o trabalho, igualou trabalhadores e empresários nas suas relações, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho. Também relativizou a propriedade privada, favorecendo a familiar, indicou como princípio fundamental da educação a solidariedade internacional, na redação do artigo 3º. Previu o direito a serviços públicos de saúde, à moradia digna, equiparou homens e mulheres, limitou a jornada de trabalho, proibiu que menores de 14 anos fossem empregados, concedeu um dia de descanso a cada seis trabalhados, conferiu um salário mínimo a ser pago e criou seguros sociais de desemprego e aposentadoria.

A Constituição republicana de Weimar, por sua vez, influenciada pela doutrina de Hermann Heller, crivou como direitos fundamentais, além das liberdades civis e políticas, direitos econômicos e sociais, como educação, saúde, trabalho, previdência. Garantiu o acesso à justiça de estrangeiros no seu idioma, obrigou o Estado a prover educação fundamental e complementar até os 18 anos, limitou a liberdade comercial à preservação da existência digna, em seu artigo 151 e instituiu a função social da propriedade. Regulou o trabalho assalariado, ao mesmo tempo em que desenvolveu política de pleno emprego.

Direta ou indiretamente, esses processos reverberam até hoje em textos normativos. Em 1961, foi editada a Carta Social Européia e, em 1989, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. A grande expressão, contudo, está no título IV da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, nomeado “solidariedade”, que versa a respeito dos direitos trabalhistas no espaço do bloco. O artigo 29 dispõe, por exemplo, sobre o direito de acesso ao emprego, já o artigo 30 protege o trabalhador do despedimento sem justa causa, enquanto o artigo 31 prevê condições de trabalho justas e equitativas. O artigo 35 dá a todas as pessoas o direito à prevenção em matéria de saúde. O artigo 32 proíbe o trabalho infantil e o artigo 34 reconhece o direito às prestações de segurança social, como licenças, aposentadoria, seguro desemprego. Esse mesmo dispositivo, somado às liberdades de circulação e estabelecimento, conferem a um cidadão europeu que gozem de direitos sociais, mesmo em país diverso de que é originário.

A ruptura subsequente a destruição e as hecatombes da Segunda Guerra Mundial, entre Auschwitz e Hiroshima, todos os valores, culturas, pensamentos jurídicos, filosofias foram postos à prova e tiveram que

ser integralmente repensados. “A Europa não é mais do que um vasto campo de ruínas: exausta espiritualmente, dividida por ódios indizíveis, profundamente endividada e economicamente destruída” (MOTA DE CAMPOS, 2010, p. 31). Todos os modelos anteriores, instantaneamente, ficaram defasados. Não havia esperança em nada que o ser humano tivesse criado. Nada preparou a humanidade para aqueles horrores. Nenhuma ciência ou religião conseguiria prever aqueles anos de 1939-1945. Era hora de re-fundar a humanidade.

Novas escolas do pensamento buscaram compreender a realidade, a partir de outros pressupostos. A contemporaneidade trouxe à baila o cosmopolitismo revisitado, o construtivismo, o comunitarismo, o juspublicismo pós-positivista, o neoconstitucionalismo, este peremptório com o fim da Guerra Fria e a queda do Estado social.

Os princípios foram resgatados como regra de direito, ao lado das normas, a fim de conceber um modelo que depurasse os defeitos que fizeram desmoronar o Estado liberal e o Estado social, em benefício da organização jurídico-política da sociedade, pautada por valores de unidade solidária, de ética e justiça<sup>8</sup>, consubstanciados na paz, no meio-ambiente, no desenvolvimento, no patrimônio comum da humanidade.

Os direitos difusos consagraram a indissociabilidade entre direitos individuais e coletivos e confirmaram a inalienabilidade dos direitos humanos, além de terem promovido a derradeira internacionalização<sup>9</sup> de proteção dos direitos fundamentais.

Segundo ensina Paulo Bonavides, a “globalização política, que ora se desenvolve, (...) radica-se na teoria dos direitos fundamentais. [...] Na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração,

---

8 Valiosa lição proferiu o Tribunal Constitucional alemão quando da apreciação sobre a perda da nacionalidade dos judeus emigrados em razão de uma lei aprovada pelo regime nazista. Consideraram os juízes que o referido diploma normativo não correspondia a parâmetros de validade e princípios mínimos de justiça e do Direito. Com isso, a Corte não só rechaçou a equação direito = lei, como também entendeu nula ab initio a legislação por não atender a critérios valorativos inatos. Concluiu, portanto, que os judeus que fugiram da Alemanha nazista, em verdade, jamais perderam sua nacionalidade.

9 Alguns exemplos de Tratados: Convenção sobre os Direitos da mulher, de 1952, Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher, 1967, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 1948, Convenção de Genebra, de 1949, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis ou Degradantes, de 1984, Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, de 1974, Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e da Desnutrição, de 1974, Declaração sobre o uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e no Benefício da Humanidade, de 1976, Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982, que confirma o princípio do patrimônio comum da humanidade, Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1959, Convenção sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes Lesa Humanidade, de 1968.

que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social” (BONAVIDES, 2003, p. 571). E enumera, esclarecendo: “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta<sup>10</sup> do futuro (...) para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (idem).

O autor, em tempo, entende que a democracia globalizada há de ser direta, na medida em que o homem configura a existência moral da cidadania, que converge os interesses do sistema. A fiscalização do cumprimento dos direitos fundamentais, neste estágio, compete ao cidadão, dono legítimo e imediato deles, cuja responsabilidade não é individual, tampouco apenas coletiva, porém comunitariamente humana.

A integração europeia, motivada pela existência de problemas políticos, econômicos, sociais e humanos comuns entre os Estados, está intimamente ligada a esse movimento. Seu gene original econômico da Reconstrução pós-guerra, com o Programa de Recuperação Europeia, o Plano Monnet e a Autoridade Internacional para o Ruhr, que foi substituída pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, pelo Tratado de Paris, em 1951, o Comitê Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Europeia e a Organização para a Cooperação Econômica, hoje para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, na verdade, revelou-se também social, tendo por objetivos manter a estabilidade financeira, aquecer a oferta de emprego, enfim, elevar a qualidade de vida.

O Movimento Europeu, pela ação do Comitê para a Europa Unida, desdobrada na OECE e OCDE, na União da Europa Ocidental, órgão de defesa estratégica, e no Conselho da Europa, à parte a divergência entre a corrente federalista-integracionista e a pragmática-cooperativista, intentava atender às necessidades europeias comuns, que foram explicitadas pelo artigo 1º da Convenção de Londres, de 1949, a saber, “realizar uma união mais estreita entre os seus membros a fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que são patrimônio comum, e de favorecer o respectivo progresso econômico e social”.

Essa concretização começou a se verificar inequivocamente com a proposta do governo francês, representado por Robert Schuman, então Ministro das Relações Exteriores, sob sugestão de Jean Monnet, de criar uma alta autoridade comum para cuidar da produção conjunta de carvão e aço da França e da Alemanha, em que poderiam participar outros países

---

<sup>10</sup> De certo modo, é o conceito apresentado por Karl Popper.

européus. Esse documento ficou conhecido como Declaração Schuman e continha três vetores: econômico, de reorganização da siderurgia e das indústrias de base; político, de eliminação de causas de novos conflitos; e unificador, de integrar a Europa, superando a cooperação.

A proposta francesa foi prontamente acolhida pela Alemanha, via seu Chanceler, Konrad Adenauer, bem como pela Itália, pela Bélgica, por Luxemburgo e pela Holanda. Os seis países sentaram-se, então, à mesa de negociações e em 18 de abril de 1951 assinaram o Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço. Estava semeada a união entre países europeus e aqueles seis Estados são os fundadores.

O Tratado previa a transferência de determinadas competências dos Estados para a Alta Autoridade da Comunidade para agir sobre eles e sobre empresas nacionais ligadas ao carvão e ao aço; a produção legislativa própria e sobreposição de ordens jurídicas; poder das instituições comunitárias promoverem revisões nos tratados; submissão dos Estados-membros à legislação originariamente comunitária; e controle jurisdicional estrito do cumprimento das obrigações assumidas em sede da CECA. Além disso, o preâmbulo afirmava o objetivo de, a partir da comunidade econômica, criar os fundamentos de uma comunidade mais profunda e nortear um destino partilhado.

Ao longo do tempo, a cooperação, de fato, passou à integração e congregou novos desígnios, demonstrando todas as dimensões, ou ideais, de direitos fundamentais. Foram assinados os Tratados de Roma, em 1957, que criaram a Comunidade Econômica Européia, CEE, e a Comunidade Européia de Energia Atômica, CEEA ou Euratom, aproveitando da estrutura institucional apenas a Assembléia, hoje Parlamento Europeu, e o Tribunal de Justiça. O Conselho, espaço de representação dos governos dos Estados-membros, ganha centralidade no processo decisório e a antiga Alta Autoridade transforma-se em Comissão. Com isso, havia três Comunidades, organizações internacionais distintas, responsáveis pelo processo de integração regional. Em 8 de abril de 1965, foi assinado o Tratado de Fusão<sup>11</sup>, em Bruxelas, entrando em vigor em 1º de julho de 1967, e constituiu uma Comissão e um Conselho único para as três Comunidades, com vistas a

---

<sup>11</sup> A integração não passou imune a crises políticas, como a “crise da cadeira vazia”, protesto da França de Charles de Gaulle. O presidente francês defendia uma estrutura confederada, mantida uma Europa dos Estados, em que o Estado nacional é incontornável para os interesses europeus, de modo que quando estavam em causa interesses muito relevantes, a França pressionou para que a medida só fosse tomada em caso de consenso. Quando este fosse impossível, a decisão deveria ficar em suspenso. Foi o acordo de Luxemburgo, que teve fim por ocasião da sucessão do poder na França.

administrar, operar e gerir seu funcionamento.

Hoje, o mundo permanece em plena procura por um desenho político-institucional equilibrado, que reúna a preservação da livre iniciativa, dos direitos individuais, sem solapar a unidade coletiva, favorecendo vínculos humanos; que trate de idéias ou ideais de direitos fundamentais como gênese do sistema jurídico-normativo, que exerça a racionalidade prática da democracia, que deixou “de ser apenas forma de governo, de Estado, de república, de convivência humana e social, de regime, ou de sistema político, para subir a um grau superlativo de princípio, de valor e de normatividade, derivado de sua proclamação e reconhecimento como direito da quarta geração” (BONAVIDES, 2006, p.17). Uma democracia pós-liberal, pós-social, pós-pós-positivista – uma democracia valorativa, aberta e plural.

A União Européia tem se aproximado com precisão desse tipo ideal, desse novo conceito de democracia.

A União Européia é a própria síntese desse princípio equilibrado, uma fórmula que reúne todas as dimensões de direitos humanos e mantém-se receptiva a futuras inclusões, após substituir heranças anacrônicas de uma ou outra tradição de direitos fundamentais pelas positivas da que sucedeu, acrescentando e aperfeiçoando, em lugar de excluindo. Já é, nesse fim de primeira década do século XXI, a grande contribuição anunciada em matéria de direitos humanos e fundamentais do que se pretende ideal de *acordo com a presente etapa da realidade mundial*. É o exemplo para porções do globo que ainda atravessam suas moléstias e suplícios.

O caminho dessa evolução com recorrentes revisões positivas nos Tratados, que culmina com a elevação da Carta de Direitos Fundamentais a direito comunitário-europeu originário, tem como propulsor um novo critério de nacionalidade (já que o cidadão faz jus a esses direitos mesmo em Estado-membro diverso do que nasceu), ainda que decorrente, será exposto adiante.

### **3. Evolução europeia: novos Tratados e o processo de formação da Carta**

Visitada a gênese da integração europeia e seus valores e princípios fundantes, segue-se o “período de sedimentação” (GORJÃO-HENRIQUES, 2008, p. 44), cujo expoente é o Ato Único Europeu, de 1986. O objetivo central do AUE era a conclusão do mercado interno, de difícil execução devido ao processo de tomada de decisão no Conselho,

que requeria unanimidade para deliberar sobre harmonização legislativa. Chegou-se à situação de a Comissão elaborar o famoso Livro Branco, idealizado por Jacques Delors, então presidente, que identifica 279 atos legislativos imprescindíveis para efetivação do mercado interno comum.

Com isso, a conferência que conduziu ao AUE dispunha de dupla finalidade. Primeiro, manifestar-se pela criação de Política Externa e Segurança Comum e, segundo, alterar o Tratado da CEE quanto ao processo decisório no Conselho, às competências da Comissão, às atribuições do Parlamento e do alargamento de competência das Comunidades.

O Ato Único apresentou como objetivo fundamental a criação de uma União Européia, resultado da iniciativa do deputado italiano Altiero Spinelli, agrupou a cooperação em matéria de política externa, conforme a Declaração Solene de Stuttgart, planeada por Hans Dietrich Genscher e Emilio Colombo, ministros das Relações Exteriores da Alemanha e da Itália, respectivamente, e promoveu a revisão institucional dos tratados.

Foi, em 1992, com o Tratado de Maastricht, instituída a União Européia, na letra do seu artigo 1º, fundada nas Comunidades, sem substituí-las ou absorvê-las. O Tratado da União Européia, como foi nomeado e até hoje, lançou a integração política do bloco e sustentou-a na estrutura dos três pilares: as Comunidades, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a cooperação policial e de assuntos internos.

Esse sistema preservou que as tomadas de decisões coubessem, quase sempre, aos Estados-membros, em um esquema de “intergovernamentalidade” (ibidem, p.57), não seguindo ainda os princípios e regras do sistema jurídico comunitário.

Outrossim, o Tratado apontou como propósito o respeito pela identidade nacional e pelos direitos fundamentais do ser humano, tomando por base o então grande expediente, de maior aceitação na Europa, da Convenção Européia dos Direitos do Homem<sup>12</sup>, que fora assinado em 1950, sob a égide do Conselho da Europa<sup>13</sup>, e que criou

---

12 Garante marcadamente os direitos fundamentais individuais: o direito à vida, proíbe o trabalho escravo, assegura a liberdade e a segurança, o acesso à justiça, a presunção de inocência, o *nullum crime, nulla poena sine lege*, a *privacidade*, as *liberdades de expressão, opinião, associação e reunião*. Cria o Tribunal e a Comissão de Direitos Humanos, além de um Comitê, guardião da CEDH.

13 Organização internacional independente da União Européia, composta por 47 países, incluindo, contudo, os 27 da UE, com sede em Estrasburgo, na França. Não deve ser confundido com o Conselho Europeu, tampouco com o Conselho da União Européia, que são instituições próprias da UE.

o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A CEDH, citada no Tratado de Lisboa, apesar de não integrar originariamente<sup>14</sup> o catálogo de documentos da União Européia, de certa forma, semeia a Carta de Direitos Fundamentais.

A fragilidade dessa proteção estava no fato de que não era objeto de tutela jurisdicional comunitária.

Maastricht alterou a designação da CEE para CE, retirando a imagem puramente econômica da integração, embora seja igualmente responsável pela elevação desse processo ao determinar a união econômica e monetária, inequívoca com a adoção do Euro, moeda única, e do Banco Central Europeu, anos mais tarde.

Já ao Tratado de Amsterdã de 1997 cumpriu revogar o Tratado de Fusão e a Convenção de 1957, cuja substância foi recepcionada pelo novo texto, preservando, ademais, os atos jurídicos celebrados no curso de sua vigência. Ficou estipulado, na esfera dos direitos fundamentais, o respeito à igualdade entre homens e mulheres e a não discriminação. É impulsionada a livre circulação de pessoas por meio da flexibilização tocante a vistos, ao asilo e à (i)migração.

Desenvolveu a lista de direitos civis de que os cidadãos europeus podem se beneficiar, fez referência expressa à Carta Social Européia, de 1961 e à Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, introduziu política estratégica comum de emprego, consolidou a política ambiental através da noção de desenvolvimento sustentável, esclareceu a proteção dos consumidores, garantiu acesso no idioma do cidadão aos documentos produzidos pelas instituições européias e apelou para simplificação lingüística da redação legislativa, a fim de uma compreensão mais ampla.

Sem embargo, no entanto, a questão de maior relevância neste estudo deve-se a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, entre 1999 e 2000. Na seqüência de uma decisão<sup>15</sup> do Conselho Europeu de Colônia, os direitos fundamentais vigentes na União deveriam ser compilados em uma Carta, um texto único, para adquirir maior visibilidade e proeminência. O Conselho Europeu atribuiu a redação do projeto da Carta a uma Convenção, composta por 62 membros, representantes das instituições européias e dos

---

14 Note-se que o malogrado Tratado de Roma de 2004, que intentava promulgar a Constituição Européia *stricto sensu*, aderiu a CEDH, mas sua origem não remonta à CEE ou à UE.

15 Anexo IV e pontos 44 e 45 das Conclusões da Presidência.

governos dos Estados-membros, cujo trabalho deveria estar concluído até dezembro de 2000 no Conselho de Nice para que fosse solenemente proclamado.

A pluralidade da Convenção contribuiu para que o texto respeitasse diferentes sistemas jurídicos e valores. Baseou-se nos Tratados Comunitários e internacionais<sup>16</sup>, nas tradições constitucionais dos Estados-membros e em posicionamentos do Parlamento Europeu.

Em outubro de 2000, o Conselho de Biarritz deu seu acordo unânime ao projeto, que seguiu para o Parlamento e à Comissão. O primeiro aprovou-o em 14 de novembro do mesmo ano. A segunda, em 6 de dezembro.

No dia seguinte, Nicole Fontaine, presidente do Parlamento Europeu, Jacques Chirac, presidente do Conselho e Romano Prodi, presidente da Comissão proclamaram solenemente a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia<sup>17</sup>.

### **3.1. Histórico e conteúdo da Carta dos Direitos Fundamentais e a deficiência universal quanto à efetividade**

Na esteira da construção identitária e da cidadania europeia - como ficou claro, subsequente à nacional-, era preciso, além de reconhecer o *status* de unidade dos povos, estabelecer juridicamente a síntese dos valores comuns dos Estados-membros, assentados nos diplomas anteriormente aludidos e representados na Convenção.

Pela primeira vez, reunidos em um único texto normativo, embora não vinculativo no primeiro momento, estavam os direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos, econômicos, difusos, *democráticos*.

Tendo detalhado as etapas que levaram à proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e desdobrado os meandros político-jurídicos da identidade<sup>18</sup> do cidadão europeu através das *grandes liberdades* (circulação de pessoas, estabelecimento e [prestação de] serviços, capitais e mercadorias) e suas relações com os atos típicos e as instituições do bloco, complementarmente resta examinar cada título do insigne documento com devida nota preliminar.

---

<sup>16</sup> Vide nota 12.

<sup>17</sup> A Carta inclui direitos não contemplados pela CEDH, que, como já dito, é marcada pela tutela dos direitos fundamentais individuais, como sociais, ambientais, de desenvolvimento, de proteção da democracia como princípio, à informação, à cultura...

<sup>18</sup> São indispensáveis estudos culturais, antropológicos, sociais, psicológicos, etc. para completo domínio da idéia de pertencimento.

Algo semeada pela CEDH<sup>19</sup>, na medida das limitações já exploradas, mas de inspiração histórica inegável, tanto quanto os próprios Tratados e Constituições nacionais, iguais elementos dessa construção, a Carta sofreu evoluções.

Após sua proclamação durante a vigência do Conselho Europeu de Nice, havia na Carta natureza declaratória, e não vinculativamente constitutiva. Sua composição foi preciosa, mas os direitos, embora por ela reconhecidos, não obrigavam à União no que respeita à imperatividade, a força normativa, da aplicação prática e concreta<sup>20</sup>.

Com isso em mente, analisemos o processo C-465/07, Elgafadi e Elgafadi contra Staatssecretaris van Justitie, sobre refúgio, em que o advogado-geral Miguel Poiares Maduro apresentou, em 9 de setembro de 2008, no Ponto 21 de suas Conclusões Fundamentadas o seguinte: “ainda que a Carta não possa constituir, em si mesma, uma base jurídica suficiente para criar na esfera jurídica dos particulares direitos directamente invocáveis, não está, no entanto, desprovida de qualquer efeito enquanto critério de interpretação dos instrumentos de protecção dos direitos mencionados”<sup>21</sup>.

Em que pese o esforço do advogado-geral de não desprover a Carta de valor normativo, fica admitido que ela não constitui direitos auto-aplicáveis.

Definitivamente, afirmou o mesmo magistrado<sup>22</sup> no Ponto 48 de suas Conclusões Fundamentadas do processo C-305/05, em 14 de dezembro de 2006, que “como o Tribunal de Justiça já teve ocasião de afirmar, (...) a Carta não constitua um instrumento jurídico vinculativo”<sup>23</sup>.

Conclui-se sem margem de dúvida que o problema da efetividade dos Direitos Humanos, conforme indicado no intróito deste, mesmo

---

<sup>19</sup> Em particular, a jurisprudência consolidada pelo Tribunal de Estrasburgo no âmbito dos Direitos Fundamentais, conforme salientou Miguel Poiares Maduro, então advogado-geral do Tribunal de Justiça europeu, em Luxemburgo, nos Pontos 22 e 23 das suas Conclusões no processo C-465/07, Elgafadi e Elgafadi contra Staatssecretaris van Justitie, sobre refúgio.

<sup>20</sup> Esse diagnóstico, superado pela União Europeia a partir do Tratado de Lisboa, mantém-se nos direitos humanos reconhecidos pela Organização das Nações Unidas, por exemplo, considerada evidentemente sua natureza jurídica nitidamente diferente à da UE.

<sup>21</sup> Disponível em <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-465/07>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

<sup>22</sup> Assim o é considerado dentro do próprio esquema do contencioso da UE.

<sup>23</sup> O excerto citado na passagem foi retirado do Acórdão de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho (C 540/03, Colect., p. I 5769, n.º 38). Disponível em <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-305/05>. Acessado em 12 de outubro de 2010.

depois de todo o percurso trilhado ainda não tinha sido superado.

O Título I, Dignidade, da Carta, protetor da inviolabilidade da vida e da integridade humana, que proíbe a manipulação da biologia e da medicina com fins eugênicos, a tortura, penas degradantes, a escravidão, não era vinculante.

O Título II, das Liberdades, garantidor da segurança, do respeito à vida privada e familiar, da preservação de dados pessoais, do livre pensamento, livre consciência, expressão, opinião, religião e informação, reunião e associação, das artes e das ciências; do direito à educação, ao trabalho, ao asilo, à proteção em caso de expulsão ou extradição... Nada era juridicamente obrigatório.

A Igualdade, do Título III, perante a lei, a não discriminação, a diversidade cultural, religiosa e lingüística, a isonomia entre homens e mulheres, os direitos da criança, dos idosos, das pessoas portadoras de deficiência não eram imperativos jurídicos.

O mesmo com a Solidariedade, de que trata o Título IV, dos acessos a serviço de empregos, das condições para despedimento e de desenvolvimento do labor, a proibição do trabalho infantil, o direito à segurança e assistência sociais, a proteção da saúde e do meio ambiente.

Em nada era diferente o regime do Título V<sup>24</sup>, da Cidadania, de eger e ser eleito no Parlamento Europeu e nas eleições municipais, quando residindo em Estado-membro que não o seu originário, o direito a uma boa administração, de acesso aos documentos de todas as entidades da UE, o direito de petição às autoridades europeias, proteção diplomática e consular por parte de qualquer Estado-membro quando estiver em país não pertencente à União.

Igual situação passava o Título VI, da Justiça, segundo o qual o cidadão europeu tem direito à tribunal imparcial, a presunção de inocência, a legalidade e proporcionalidade dos delitos e das penas, a vedação de ser julgado mais de uma vez pelo mesmo crime. A repetição se mantém no Título VII, das disposições gerais e interpretação da Carta.

Em sede do sistema jurídico e jurisdicional eurocomunitário nenhum deles era imediatamente aplicável, como urgem os direitos humanos, já que todos são fundamentais.

---

<sup>24</sup> Embora a liberdade de circulação e permanência esteja contida nesse Título, como também fazia parte dos Tratados, era vinculante e não cabe nessa seqüência.

Naquela altura, não existia no mundo, em qualquer parte, tal concepção. No entanto, no limiar do século XXI, grandes mudanças implodiriam tal paradigma.

#### **4. Tratado de Lisboa, a União Européia e suas inovações decisivas no século XXI para a história e ideais dos Direitos Humanos**

Quando os líderes políticos dos 27 Estados-membros viajaram a Lisboa para assinar o Tratado reformador da União Européia, eles tinham o desejo de deixar para trás a crise institucional gerada pelo insucesso do projeto constitucional, a intenção de aquecer o bloco mais proeminente do planeta e a vontade, aliada a pretensão política, de aproximar o cidadão<sup>25</sup> das instituições européias, demonstrando que a atuação comunitária ligava-se diretamente à vida prosaica.

Assim, o Tratado de Lisboa simplificou o funcionamento da União Européia, ao fundir as Comunidades nela, extinguiu a estrutura dos 3 pilares, uniu todos os tratados anteriores em apenas 2 articulados entre si (Tratado da União Européia e Tratado sobre o Funcionamento da União Européia), diminuindo o número de atos da União, o que cristalizou sua ação; democratizou a organização, uma vez que aumentou os poderes do Parlamento Europeu, único órgão de legitimidade democrática em que se vota diretamente, que, por exemplo, passou a indicar o presidente da Comissão e as leis passam a ser adotadas segundo o Processo Legislativo Ordinário, antiga co-decisão, em que o Parlamento é força constante e dota-lhes de maior valor jurídico que os demais atos comunitários. Lisboa também possibilitou a iniciativa popular de deflagrar o processo legislativo e atribuiu aos parlamentos nacionais o poder de fiscalizar a ação da União e permitiu partidos políticos em nível europeu com filiações individuais; criou novos cargos, mudou a maneira de tomada de decisão e redistribuiu o peso de cada país nos foros deliberativos.

Independentemente de todo esse arcabouço e demais mudanças, o fundamental a reter vem a seguir. Consagrou o artigo 2º do Tratado da União Européia o respeito aos direitos fundamentais como valor do bloco e conferiu ao TJUE a fiscalização de violações de direitos fundamentais por parte das instituições e outras entidades da União e dos Estados-membros<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Para conhecer o conceito de cidadão europeu, ver artigos do 18 ao 25 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia, na redação conferida pelo Tratado de Lisboa.

<sup>26</sup> Diz o artigo 51, número 1 da Carta dos Direitos Fundamentais que o Estado-membro só é destinatário quando aplica direito comunitário. Contudo, como já se aludiu e será referendado adiante, pelo princípio do Primado, o direito nacional não pode agredir o direito europeu.

À frente da assinatura do Tratado de Lisboa, a Carta de Direitos Fundamentais foi novamente em sessão solene proclamada em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, pelos então presidentes do Parlamento Europeu, Hans-Gert Pöttering, da Comissão Europeia, José Manuel Durão Barroso, e do Conselho da União Europeia, o primeiro-ministro português, José Sócrates. A Carta foi integrada ao Tratado na qualidade de anexo.

Mais, o artigo 6º do Tratado da União Europeia na nova redação *elevou seu valor jurídico ao mesmo do dos tratados*, criando um “sistema eurocomunitário de tutela dos direitos fundamentais” (DUARTE, 2010, p.38).

Finalmente, a União Europeia, e o mundo, dispunham de um catálogo próprio auto-aplicável e imperativo de direitos humanos<sup>27</sup>.

A União Europeia, por meio do Tratado de Lisboa, elevou a Carta a um *locus standi* inédito para os direitos humanos, jamais verificado anteriormente. Com isso, a poderosa Carta, agora de força obrigatória, verdadeira síntese de todos os ideais de direitos humanos e fundamentais revelados até a atualidade, torna-se seu maior ícone na história da existência humana. Subiu a Direito Comunitário Originário e vincula a todos os participantes da integração europeia, assegurando direitos imediatos a aproximadamente 500 milhões de cidadãos, sem embargo de suas nacionalidades pátrias, que fazem jus a eles mesmo estando fora das fronteiras do seu país, se dentro das largas fronteiras da União.

Desse modo, a elevação a Direito Comunitário Originário significa que incidem sobre a Carta, nessa qualidade e em termos de efetividade - o princípio do primado, a aplicabilidade direta, o efeito direto, o princípio da efetividade ou efeito útil<sup>28</sup> e torna-se parâmetro de validade para todos os atos da União.

Quando, em 1964, o TJUE foi chamado a pronunciar-se no curso de um reenvio prejudicial de interpretação, isto é, uma questão interpretativa sobre a aplicação de norma comunitária, o princípio do

---

27 Indício contundente da força jurídica e do impacto da nova posição da Carta aparece nos pedidos de três Estados-membros, Reino Unido, Polônia e República Tcheca, de adiar a aplicação desse instrumento normativo, ao abrigo do Protocolo 30 relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polônia e ao Reino Unido. O Conselho Europeu de Bruxelas aprovou protocolo extensivo desse estatuto à República Tcheca em outubro de 2009.

28 Sem prejuízo dos demais, como especialidade, subsidiariedade, transversalidade, proporcionalidade, uniformidade de aplicação, interpretação conforme. Contudo para efeito da concretização dos direitos fundamentais, atemo-nos aos que foram enumerados.

primado<sup>29</sup> entrava em construção.

Observe-se que tal pedra angular do sistema europeu foi elaborada jurisprudencialmente, graças à atuação do Tribunal de Justiça.

Um juiz italiano de Milão remeteu o processo 6/64, Flaminio Costa c. ENEL, ao TJUE, em que se pretendia atacar a lei italiana de nacionalização da energia elétrica, tida como incompatível à luz do Tratado de Roma. O governo da Itália contestou a admissibilidade da questão prejudicial, tendo em vista que a função do magistrado italiano era aplicar a lei nacional.

No clássico Acórdão, o TJ manifestou-se, asseverando que “diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais. Efetivamente, ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios” (GORJÃO-HENRIQUES, 2008, p. 319). Adiante, afirmou a confirmação do primado do direito comunitário e que um Estado não pode unilateralmente anular seus efeitos.

E concluiu dizendo que a obrigação de garantir a plena eficácia do direito comunitário não é apenas dos órgãos jurisdicionais, mas também do legislador nacional, que tem sua autonomia afetada, “na medida em que os Estados membros tenham atribuído à Comunidade poderes normativos (...) eles não têm mais o poder de adotar disposições autônomas nesse domínio” (ibidem, p. 321).

Sendo assim, os juízes nacionais, obrigados e encarregados da aplicação, mesmo e especialmente em face da ordem pátria, das disposições do direito europeu, tornaram-se dele juízes também. Os tribunais nacionais ganharam a característica de serem *tribunais comuns de direito da União*.

---

<sup>29</sup> Algo semelhante à Supremacia da Constituição para o direito interno. Nesse sentido, o Ac. Costa/ENEL aproxima-se do caso *Madison v. Marbury*, que fundou a idéia do controle de constitucionalidade e de primazia, superioridade, constitucional no ordenamento jurídico.

Afirmou o Tribunal ainda que a força executiva do direito comunitário não poderia variar de um Estado para outro ao sabor das legislações internas, haja vista o perigo em que seriam colocadas as finalidades dos tratados. “O primado da regra comunitária se manifesta em relação a todas as normas nacionais, quaisquer que elas sejam” (MOTA DE CAMPOS, 2010, p.394), incluindo as constituições. Embora não tenha poder para revogar, excluir a norma nacional do ordenamento, o primado torna inaplicáveis todas as disposições nacionais contrárias ao sistema europeu, independentemente de terem origem legislativa, jurídica ou judiciária ou administrativa ou executiva.

Complementarmente, no Ac. Simmenthal, do ano de 1978, o Tribunal novamente estabeleceu um princípio fundante da ordem europeia, a aplicabilidade direta<sup>30</sup>. Julgando sobre a incompatibilidade de norma comunitária com lei nacional posterior a ela, entendeu o TJ que as regras do direito europeu devem manifestar a integralidade dos seus efeitos de modo uniforme em todos os Estados-membros, desde sua entrada em vigor e durante toda sua vigência<sup>31</sup>. Com isso, as disposições diretamente aplicáveis tanto exigem a inaplicabilidade de qualquer oposição normativa da legislação nacional como também impediram a produção de novos atos nacionais que sejam incompatíveis com as normas comunitárias, dada sua integração, em nível superior, no sistema de direito dos Estados-membros. O direito europeu, que está situado dentro da pirâmide normativa de cada Estado membro, ocupa seu topo<sup>32</sup>.

Consequentemente, fixou o Acórdão, os juízes nacionais têm por obrigação de competência que aplicar integralmente o direito comunitário, afastando norma de origem nacional com ele conflitante, posterior ou anterior.

Distinto é o efeito direto que, na perspectiva tradicional, transmite a idéia de que as normas comunitárias podem ser invocadas pelo cidadão

---

30 Aplicabilidade direta é característica marcante do ato normativo comunitário intitulado “Regulamento”, porém não lhe é exclusivo, cabendo em Direito Comunitário originário, como já decidiu o TJUE.

31 Mesmo as diretivas, que são obrigatórias somente quanto ao resultado, quando estas não derem margem decisória ao Estado ou Estados a que se dirigem, de modo que a transposição é escusada e a diretiva imediatamente aplicável, pois a autoridade pública não poderia beneficiar-se do seu próprio descumprimento.

32 Interessantes foram as posições tomadas pelo Bundesverfassungsgericht, o Tribunal Constitucional Alemão, e pela Corte Costituzionale, o Tribunal Constitucional Italiano, entendendo que a então restrita salvaguarda dos direitos fundamentais pelo Direito Comunitário (ao menos na comparação com a proteção que era dada por esses países) poderia ameaçar a identidade das suas juridicidades, herdeiras da sensibilidade do pós-2ª Guerra Mundial, de modo que queriam mais proteção dos direitos humanos na esfera europeia. Ver Ac. de 29 de maio de 1974 do BVerfG.

em juízo nacional, contra o Estado (efeito direto vertical) ou contra outro indivíduo (efeito direto horizontal)<sup>33</sup>. Haverá efeito direto quando a norma eurocomunitária impuser obrigação ou reconhecer direito, de modo claro, preciso e incondicionado, conforme entendimento jurisprudencial do TJUE. Ou, ainda, quando a norma comunitária expressamente fizer sua previsão<sup>34</sup>.

Em 1963, no julgamento do processo Van Gend en Loos (Ac. Van Gend & Loos c. Administração Fiscal Holandesa), o Tribunal de Justiça europeu compreendeu que os particulares poderiam invocar contra o Estado as normas comunitárias que se apresentassem claras, precisas e incondicionadas, tanto de direito originário, ou seja, os Tratados, como de direito derivado, os atos típicos da União<sup>35</sup>.

“O efeito direto é o estágio normal de saúde da norma comunitária: só a sua ausência deve causar preocupação e exige a intervenção dos médicos do Direito” (PESCATORE apud DUARTE, 1996, p. 312).

Os Estados-membros, por fim, em virtude do artigo 4º do Tratado da União Européia ficam necessariamente impelidos a garantir a execução das obrigações decorrentes dos tratados ou resultantes dos atos das instituições da União, além de concorrer, convergir para realização dos seus objetivos.

Essa idéia de plena eficácia, que leva o nome de *princípio da efetividade*, em outras traduções efeito útil ou até uniformidade,

---

33 Em relação às diretivas, só é cabível efeito direto vertical, visto que seus destinatários só podem ser os Estados-membros.

34 Diz o professor Miguel Gorjão-Henriques, da Escola de Coimbra, “é o caso, paradigmático, da previsão do efeito direto do número 3 do artigo 81 num regulamento comunitário, o Regulamento (CE) número 1/2003” (GORJÃO-HENRIQUES, 2008, p. 316). Importa pontuar a divergência doutrinária portuguesa que há na distinção entre efeito direto e aplicabilidade direta. Os professores João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos atribuem ao efeito direto o grau de qualidade pertencente à aplicabilidade direta; enquanto o professor Gorjão-Henriques, embaixado, entre outros, por Rui Moura Ramos e Maria Luísa Duarte, entende que aplicabilidade direta é tão somente uma marca distintiva dos regulamentos e nenhum outro ato comunitário típico, mas não deixa de expressar sua relação íntima com o efeito direto, nas suas origens.

35 As circunstâncias do caso são instigantes à parte: tratou-se de um importador holandês, de quem foi cobrado direito aduaneiro superior ao que incidia sobre seu produto à data de início de vigência do Tratado CEE. Com base no antigo artigo 12, agora 30 do TFUE, reclamou à autoridade holandesa competente na matéria, e que exerce jurisdição (por isso pode reenviar ao TJUE) a Tarief Commissie, que formulou questão prejudicial ao TJUE. A questão era se o antigo artigo 12 produzia efeito direto e, por consequência, os litigantes, com base nele, poderiam fazer valer direitos individuais perante juiz nacional, a quem cumpre salvaguardá-los. No curso do reenvio prejudicial, vários estados se valeram do artigo 23 da corte e apresentaram suas observações particulares. No fim, ficou clara a decisão do TJUE, que foi além e ampliou a incidência. As fundamentações do Acórdão e o raciocínio de que se valeu o TJUE para guiar-se são de valiosa leitura.

funcionaliza todos os demais princípios. O princípio da efetividade significa que os Estados-membros devem sempre, em todas as situações, garantir a plena aplicação do direito europeu, da União Européia, quer adequando suas legislações, quer adotando prescrições jurídicas consoantes ao sistema do bloco, que propicie aos seus cidadãos conhecer e postular direitos junto ao órgão jurisdicional, não obrigatoriamente um tribunal ou corte, admissível; ou, eventualmente, por meio de qualquer expediente que promova essa harmonização, depuração em favor da ordem comum européia, a qual aderiu e com que concordou, mantida sua soberania, já que a União opera no limite da especialidade e da subsidiariedade.

Nessa diminuta sinopse dos princípios, de que se podem deprender muitos desenvolvimentos, cujo detalhamento teórico, histórico, jurisprudencial... é inesgotável, resta demonstrada a relação entre direito europeu e direitos nacionais, que retrata o objetivo.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, portanto, fica respaldada - e, assim, também, sua existência, aplicação, eficácia, efetividade, utilidade, presença cotidiana - pelo Primado, pela aplicabilidade direta, pelo efeito direto e pelo princípio da efetividade. Não pode um Estado alegar lei nacional ou apoiar-se em sua Constituição para descumprir a Carta; pelo contrário, deverá adaptar-se a ela. Se houver conflito ou antinomia prévia à adaptação, prevalece todo o Direito Europeu (e a Carta), devendo se tornar, em sede de tribunal nacional ou do TJUE, que vinculará a corte nacional, inaplicável a lei nacional, sem, no entanto, revogá-la.

Não há dúvida de que impera sobre os ordenamentos nacionais e mesmo dentro da hierarquia normativa da União localiza-se no altiplano topográfico do Direito Europeu originário<sup>36</sup>, consagrando a democracia nos termos aqui referendados. *A Carta é, para fins valorativos, Tratado.*

Contudo, os Estados também transgridem a lei. Podem descumprir os atos típicos da União e, na mesma medida, ferir os Tratados. Para ocasionais violações, estão submetidos os Estados-membros à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Européia.

Se for descumprido, em menor grau que seja, preceito da

---

<sup>36</sup> As normas de Direito Europeu derivado, os atos típicos - Regulamentos, Decisões, Diretivas, Pareceres, Recomendações -, assim, também ficam condicionados à validade que os Tratados (e a Carta) lhes impõem. Não apenas as leis nacionais estão sujeitas ao controle jurisdicional europeu quando contrariam o Direito Europeu originário, mas também os atos típicos da União e/ou de alguma/qualquer de suas instituições ou órgãos. São, igualmente, alvos de terem suas aplicações afastadas no controle de juridicidade.

Carta dos Direitos Fundamentais, não importando se ocorreu por lei, decisão, sentença ou acórdão, ato administrativo ou outro, são cabíveis determinadas ações, ou melhor, expedientes, instrumentos processuais.

Em primeiro lugar, pode o cidadão recorrer com fulcro nos Tratados, dentro do próprio país, a um tribunal nacional, que é juízo comum de direito europeu, para denunciar o desrespeito. Variará em cada tradição jurídica a ação ou recurso, apelação, de ilegalidade cabível<sup>37</sup>.

Na jurisdição europeia do TJUE, em face de descumprimento de preceito da Carta dos Direitos Fundamentais, dada que esta equivale a Tratado, é proponível Ação de Incumprimento<sup>38</sup>, também referida como Ação por Incumprimento, que é o único expediente no Direito Europeu voltado ao controle das autoridades nacionais<sup>39</sup>. A competência para julgar é do Tribunal de Justiça da União Européia<sup>40</sup> *em sentido estrito*. O TJUE divide-se em duas classes, o Tribunal em sentido estrito e o Tribunal Geral, que ainda acolhe o Tribunal da Função Pública<sup>41</sup>. Sempre que um Estado é parte de uma ação, esta é de competência do TJUE em sentido estrito, que, de alguma maneira, exerce o papel de corte máxima dentro do TJUE<sup>42</sup>, ou seja, da jurisdição da União.

---

37 Grosso modo, a mero título ilustrativo, pode-se visualizar um paralelo, aproveitando o caso brasileiro. Quando uma lei atenta contra a Constituição, desde que respeitados seus requisitos, cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal (ou Representação de Inconstitucionalidade, se a irregularidade for contra Constituição estadual, proposta junto ao Tribunal de Justiça estadual) por uma parte legitimada. Ou em via de recurso, se couber, de que pode ser proponente um particular.

No caso europeu, há de se verificar no país violador do Direito da União qual expediente processual admite o indivíduo como parte para postular sua pretensão *in concreto* ou para apreciação do pleito *in abstracto*, quando possível.

38 Optou-se por manter a forma original do português lusitano, em lugar de “descumprimento”, devido à identidade europeia de Portugal, já que falamos de justiça europeia.

39 Há outros instrumentos de controle jurisdicional do Direito Europeu, que regulam a atuação da União e das instituições e órgãos. São eles: Recurso de Anulação, Exceção de ilegalidade, Ação para Cumprimento. Há ainda o Reenvio Prejudicial, cuja natureza é de cooperação jurisdicional, que abarca duas modalidades - de validade e de interpretação. Além das Medidas Provisórias, das ações de responsabilidade civil extracontratual e das cláusulas ou medidas de salvaguarda.

40 Sua função precípua é interpretar o Direito Europeu, mas a instituição guardiã dos Tratados é a Comissão Européia.

41 Julga litígios envolvendo a UE e seus funcionários.

42 É importante assinalar que o TJUE não é grau recursal dos tribunais nacionais. Não exerce controle sobre os tribunais nacionais, que são tribunais comuns de direito europeu, exceto quando os vinculam em alguns casos de reenvio prejudicial. A consulta via reenvio prejudicial ocorre obrigatoriamente quando do tribunal nacional não houver mais recurso para outro. Mas, se o juiz nacional que não esteja obrigado a reenviar, opta por fazê-lo, ficará vinculado ao posicionamento do TJUE. O Tratado diz que qualquer órgão jurisdicional, não necessariamente um tribunal, pode reenviar. O reenvio suspende o processo até que o TJUE se manifeste. Há duas espécies de reenvio prejudicial, de validade (somente sobre direito europeu derivado, pois verifica a validade dos atos típicos segundo a parametricidade

A jurisdição do TJUE é de atribuição, pois prevista pelos Tratados; é obrigatória a todo Estado que faz parte ou venha a integrar a União Europeia, marca distintiva em relação a outras cortes internacionais; é exclusiva para assuntos comunitários; e é definitiva, já que não cabem recursos ordinários, apenas extraordinários (“rescisórios”), que são reapreciações.

A finalidade da Ação por Incumprimento é reagir contra uma ação<sup>43</sup> ou omissão<sup>44</sup> do Estado, que tinha o dever legal de agir, geradora de uma violação de obrigação por força dos Tratados, na letra do artigo 258 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, através da sua condenação. Ou seja, “incumprimento” pode ser a violação de direito europeu originário, dos próprios Tratados; ou de direito europeu derivado, quando os Tratados estabelecerem obrigação aos atos típicos, por exemplo.

O desrespeito a um preceito da Carta dos Direitos Fundamentais enquadra-se na primeira hipótese.

Os legitimados a propor a Ação são a Comissão e os próprios Estados-membros. O cidadão tem acesso a ela por meio do formulário de reclamação<sup>45</sup> que pode enviar à Comissão, reclamando a situação e solicitando que a instituição atue. A Comissão é livre para atender ao pedido ou não, sua decisão é absolutamente discricionária.

A Ação por Incumprimento divide-se em duas etapas: pré-contenciosa<sup>46</sup> e contenciosa. A primeira corre perante a Comissão Europeia e segue as seguintes etapas. A Comissão emite carta de notificação ao Estado, que fica obrigado a apresentar suas explicações. Se a Comissão não se satisfizer, formula um parecer fundamentado, que não é vinculativo, contendo a identificação do descumprimento, propostas de medidas para eliminá-lo e fixação do prazo para sua eliminação. A seguir, segundo o princípio da oportunidade, a Comissão pode, ou não, passar a propositura da ação. Se ficar satisfeita e não emitir o parecer, em até 3 meses, um Estado-membro, que tenha reportado o

---

do direito europeu originário e de interpretação (sobre atos típicos - derivado - e tratados - originário -). Sobre o tema, ver caso CILFIT e Acórdão Foto-Frost.

43 Quando um Estado-membro adota um ato jurídico contrário à norma comunitária ou executa ações materiais ou práticas violadoras do direito europeu (tratamento desigual da administração pública, ou da polícia, em razão de nacionalidade), por exemplo.

44 Quando um Estado-membro recusa-se, implícita ou explicitamente, a adotar medidas comunitárias.

45 Disponível no site e em todos os escritórios e representações da União Europeia, em particular da Comissão.

46 Mesmo quando o autor é um Estado-membro, a fase pré-contenciosa acontece junto à Comissão.

descumprimento, por exemplo, pode por conta própria propor a ação no TJUE.

A fase pré-contenciosa existe para que o Estado tenha a oportunidade de corrigir seu descumprimento antes do litígio, para permitir que o Estado se defenda e para definir o objeto do litígio.

Na fase contenciosa, se o TJUE não entender haver descumprimento, nada acontece. Mas, se fica comprovado que o governo de um país ordenou sua autoridade policial de fronteira e aeroportos a não permitir a entrada de cidadãos de origem de um determinado outro Estado-membro; ou que não concedeu a um trabalhador, nacional do seu país ou de Estado-membro, certo auxílio desemprego a que fazia jus; ou promulgou uma lei que aumente drasticamente o nível de emissão de uma substância tóxica na atmosfera ou em um rio; todas em flagrante arrepio da Carta, o Acórdão do TJUE será declaratório do descumprimento<sup>47</sup>, não anula qualquer ato jurídico (legislativo, administrativo, etc) do Estado questionado.

O acórdão não prevê prazo para adoção das medidas necessárias a sua execução, entretanto, o TJUE fixou que devem ser iniciadas de imediato e estar concluídas em breve prazo, sob pena de nova Ação por Incumprimento a ser instaurada por violação do artigo 260, número 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia.

Portanto, caso o Estado não cumpra o acórdão, permanecendo em “incumprimento”, abre-se ensejo à nova ação, que só pode ser intentada pela Comissão, com todas as fases e tramitação iguais. Porém, nessa nova Ação, a Comissão pode pedir ao TJUE que condene o Estado ao pagamento de uma sanção pecuniária, fixa ou progressiva. Essa cobrança monetária foi uma inovação do Tratado de Lisboa, visto que antes dele, ao fim da primeira Ação por Incumprimento, nada poderia ser feito<sup>48</sup>.

“O aspecto decisivo da efetividade de proteção dos direitos reside na existência de um tribunal, dotado de jurisdição obrigatória e que possa ser acionado por iniciativa direta dos titulares dos direitos alegadamente violados como acontece no sistema eurocomunitário,

---

<sup>47</sup> Também será declaratório, e não constitutivo, por óbvio, se não for comprovado o incumprimento.

<sup>48</sup> Os Estados buscam algumas defesas recorrentes, que ficaram conhecidas como defesas típicas. Entre elas, atribuir a outro órgão estatal a culpa, alegar situações de ordem interna que impediram o cumprimento, inexistência de intenção de transgredir, ausência de prejuízo ou dano, falta de cumprimento por parte de outro Estado... todas foram rechaçadas pelo TJUE. Se um Estado alegar que o “incumprimento” se deve a uma disposição constitucional, o TJUE já consolidou que o Direito Europeu é superior e, mais, que a ele só cabem causas comunitárias, logo não “enxerga” direitos nacionais ou sequer Constituições.

com o Tribunal de Justiça da União Européia<sup>49</sup> (DUARTE, 2010, p.93).

## 5. Conclusão

A UE escreveu a história. Ou, minimamente, começou a escrever a história dos direitos fundamentais e humanos no século XXI, mudando seu curso na História para sempre.

Direitos, inclusive os fundamentais, não são intrínsecos ou dados. São conquistados, revelados e traduzem a forma de pensar de uma determinada corrente do pensamento, que logrou, em algum momento, evidência política e implementou as suas teses, de acordo com os contextos históricos e na medida da sua limitação. Por isso, sua expressão positiva que confere máxima normatividade, imperatividade e *vinculatividade*, no que se convencionou chamar de constitucionalismo europeu devido aos valores, princípios, organização institucional, liberdades e garantias, ainda que sem uma constituição propriamente, é tão relevante. É o conjunto, a reunião de Estados mais importante, influente e avançada que já existiu no mundo colocando os direitos humanos em um patamar em que nunca haviam estado antes. Em termos conceituais ontológicos e de efetividade. Agora estão e de modo categórico. A internacionalização dos direitos fundamentais está no auge. A fase da constitucionalização já é pouco ambiciosa.

Evidentemente, há largas porções do planeta, e por menor que fossem, já seriam demasiado grande, que sofrem com a fome e ainda precisam aprender a andar em matéria de direitos humanos. E é preciso levar, apresentar e afirmar, sem autoritarismos, a quem mais sente falta os direitos humanos como concebidos hoje, na sua dimensão contemporânea.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia é a síntese da mais atualizada da marcha dos direitos humanos. Pós fim aos paradigmas exclusivamente liberais, individualistas, sociais, coletivos, difusos, de propriedade, pós-modernos, (pós-) pós-positivistas e assentou todos, harmonicamente, com o apoio de um sistema institucionalizado, a União Européia, cuja base fundante deixou de ser o mercado comum e, com o Tratado de Lisboa, passou, de vez, a ser o ser humano. Fazer isso, construindo unidade, com respeito às culturas e às identidades particulares é um grande exemplo. Não apenas de legitimação democrática, mas da própria democracia entendida

---

<sup>49</sup> “E no sistema europeu com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (idem), em sede da CEDH.

como valor superlativo, muito além de sistema político<sup>50</sup>. A idéia e a imagem do “homem” titular dos direitos humanos nunca estiveram tão sofisticadas. É substância, mais do que matéria, é essência e existência.

“Todas as demandas, na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio da dignidade humana” (SARLET, 2001, p.54), que é refletido em diversas facetas da vida cotidiana (de fácil percepção, não teórico-filosófica e que fulminam a falsa dicotomia entre teoria e prática), como: previdência social, a livre circulação de mercadorias e de pessoas, lazer, cultura, educação, acesso a saúde de excelência, qualidade de vida, qualidade ambiental, condições saudáveis, liberdade, diversidade, respeito... Estão todos, rigorosamente todos, presentes, previstos e protegidos nos artigos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, do sistema institucional eurocomunitário, da União Européia como um todo, resultado de uma longa construção histórica que teve sua parcela de episódios tenebrosos até que se chegasse neste ponto.

O problema dos direitos fundamentais e humanos é de natureza política, de proteção; nem tanto filosófico, de fundamento. Foram e são obstáculos políticos os protocolos que exigiram Reino Unido, Polônia e República Tcheca de não aplicar a Carta. É o mesmo problema da polêmica recente envolvendo a expulsão da população cigana da França, prontamente criticada pela Comissão Européia. Ou ainda da proibição francesa do uso em lugares públicos de véu islâmico para as mulheres que professam essa fé, em que é preciso equilibrar a igualdade de gênero, que foi a justificativa, e a liberdade religiosa. É o embate entre os artigos 21, 22 e 23 da Carta, com a ressalva de não utilizar os direitos humanos, ou algum direito fundamental, contrapondo a outro, a fim de esconder uma motivação política reprovável.

O Direito está mais conectado ao valor do que ao texto. Por isso, outro grande acerto da Carta foi a manutenção da possibilidade de reconhecimento de novos direitos, não expressamente codificados - e é instigante que seja um texto a fazer isso -, como prescreve o artigo 6º, n. 3 do Tratado da União Européia, com a formulação dada pelo Tratado de Lisboa. Era esse o espírito da Carta, era isso que almejava: extensividade.

---

<sup>50</sup> E que é capaz, nesse sentido democrático, de prezar pelo princípio do não-retrocesso social em detrimento à reserva do possível, uma invenção utilitarista e que esconde a falência do Estado (mal) administrado por maus governantes. E que entende inadmissível o mínimo existencial como piso da dignidade humana porque não é suficiente. Não há parâmetro válido para sua determinação.

“Embora dotada de uma Carta, a União continuará, como antes, obrigada a respeitar o “*bloco de fundamentalidade*” traduzido em princípios gerais de direito que tutelam direitos previstos na CEDH<sup>51</sup> ou resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros. (...) Assim, se garante um nível mais elevado de proteção, porque adaptável às exigências concretas de tutela. (...) Preserva-se a identidade genética do sistema eurocomunitário de direitos fundamentais (...). O Tratado de Lisboa avançou no sentido da codificação dos direitos sem, contudo, limitar o método pretoriano de garantia dos direitos” (DUARTE, 2010, p. 40).

A União Européia começou a revolucionar a base filosófica da democracia, desde a modernidade, que não é mais o individualismo.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia é, portanto, o grande texto, com a elevação a um *locus standi* merecido há muito, promovida pelo Tratado de Lisboa, no século XXI, da história dos direitos humanos. Quando estes forem estudados, a Carta será um marco indispensável de normatividade e de aplicação.

## Referências bibliográficas

ALEXY Robert (2004) *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

\_\_\_\_\_ (2008) *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.

ARAGÃO Maria Alexandra de Sousa (2002) *Direito Comunitário do Ambiente*. Coimbra: Almedina.

ÁVILA Humberto (2009) *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros.

BACHOFF Otto (1994) *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina.

BANKOWSKI Zenon (2007) *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier.

BOBBIO Norberto (2004) *A era dos direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier.

---

<sup>51</sup> O artigo 6º, número 2 do TUE, embora em condições rígidas, prevê a possibilidade de a União Européia aderir à Convenção Européia dos Direitos do Homem, o que viabiliza a concretização de um processo de mais de 30 anos de aproximação.

- \_\_\_\_\_ (2006) *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone.
- \_\_\_\_\_ (2005) *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense.
- BONAVIDES Paulo (2006) *Constitucionalismo social e democracia participativa*. Madrid: Universidade Autónoma de Madrid.
- \_\_\_\_\_ (2003) *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- BOUTMY Emile (1907) *La déclaration des droit de l'homme et M. Jellinek, in Études politiques*. Paris: s/e.
- BULL Hedley (1985) *Justice in international relations*. Waterloo: University of Waterloo Press.
- CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto (2001) *Direito das organizações internacionais*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- \_\_\_\_\_ (2006) *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- CANOTILHO José Joaquim Gomes (1998) *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina.
- \_\_\_\_\_ (2008) *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina.
- CASTELLS Manuel (1998) *The power of identity*. Oxford: Basil Blackwell.
- CHATELET François (1994) *História das idéias políticas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- COMPARATO Fabio Konder (2001) *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva.
- CONSTANT Benjamin (1985) “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos” In: *Filosofia Política 2*: Porto Alegre: L&PM.
- DUARTE Maria Luísa (1996) *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Européia e os Estados-membros*. Lisboa: Universidade de Lisboa.
- \_\_\_\_\_ (2010) *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina.
- FINLEY M.I. (1988) *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro:

Graal.

GORJÃO-HENRIQUES Miguel (2008) *Direito comunitário*. 5ª. Ed. Coimbra: Almedina.

GROTIUS Hugo (2004) *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: UNIJUÍ.

HASS Ernst (1958) *The uniting of Europe: political, social and economic forces*. Stanford: Stanford University Press.

HABERLE Peter (1991) *Efectividad de los derechos fundamentales em el Estado constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: s/e.

\_\_\_\_\_ (2002) *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

HABERMAS Jürgen (2004) *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola.

\_\_\_\_\_ (2003) *Direito e democracia*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HAESBAERT Rogério (org) (2001) *Globalização e fragmentação no mundo contemporâneo*. Niterói: Eduff.

HAZARD Paul (1991) *El pensamiento europeo em el siglo XVIII*. Madrid: Alianza.

HELLER Hermann (1968) *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou.

HERMET Guy (1996) *História das nações e do nacionalismo na Europa*. Lisboa: Estampa.

HESSE Konrad (1991) *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

HOBSBAWM Eric (2007) *A era das Revoluções*. 21ª Ed. São Paulo: Paz e Terra.

JACKSON Robert e SORENSEN Georg (2007) *Introdução às relações internacionais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

KANT Immanuel (1994) *Crítica da razão pura*. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

\_\_\_\_\_ (1997) *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Ediouro.

\_\_\_\_\_ (1995) *Crítica da razão prática*. Lisboa: Edições 70.

KELSEN Hans (2006) *Teoria pura do direito*. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_ (2003) *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_ (2000) *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes.

KEOHANE Robert (1993) *International theory and the realist challenge after the Cold War*, in D.A. Baldwin (ed.).

\_\_\_\_\_ e NYE Joseph (1971) *Transnational relations and World Politics*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

LASSALE Ferdinand (2009) *A essência da constituição*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LOCKE John (1999) *Ensaio sobre o entendimento humano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

MADURO Miguel Poiares (2006). *A constituição plural – constitucionalismo e União Européia*. Cascais: Principia.

MARTINS Ana Maria Guerra (2004) *Curso de direito constitucional da União Européia*. Coimbra: Almedina.

MAZZUOLI Valério de Oliveira (2011) *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELLO Celso D. de Albuquerque (1996) *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar.

MIAILLE Michel (1989) *Introdução crítica ao direito*. 2ª Ed. Lisboa: Estampa.

MIRANDA Jorge (2000) *Manual de direito constitucional*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

MOTA DE CAMPOS João e MOTA DE CAMPOS João Luiz (2010) *Manual de direito europeu*. 6ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

PIOVESAN Flávia (2006) *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva.

RAMOS Rui Moura (2003) *Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_ (1999) *Das comunidades à União Européia: estudos de direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora.

SARLET Ingo (2001) *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SAVIGNY Friedrich Karl Von (2001) *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp.

SCHMITT Carl (1992) *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza.

SILVA Miguel Moura (2008) *Direito da Concorrência, uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.

SKINNER Quentin (1996) *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Cia das Letras.

WATSON Adam (2004) *A evolução da sociedade internacional*. Brasília: UNB.

WEBER Max (2004) *Estudos políticos – Rússia 1905 e 1917*. Rio de Janeiro: Azougue.

\_\_\_\_\_ (2009) *Economia e Sociedade*. Brasília: UNB.

WEISS Carlos (1999) *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros.

WENDT Alexander (1999) *Social Theory of international politics*. s/l:Cambridge University Press.