ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PLANO SUPRANACIONAL: O CASO EUROPEU

THE PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN A SUPRANATIONAL LEVEL: THE EUROPEAN CASE

Victor Teixeira de Albuquerque*

RESUMO: Com o processo de globalização, o Estado perde em termos de intervenção. Desse modo, a necessidade da proteção dos direitos fundamentais num plano supranacional ganha força. O presente trabalho terá por objetivo analisar de que modo dispõem os tratados da União Européia acerca da referida matéria, dando um enfoque sobre as consequências decorrentes da assinatura do Tratado de Lisboa, tão como uma compreensão dos mecanismos de que se dispõe no âmbito comunitário, como a utilização do princípio da subsidiariedade e a figura do reenvio prejudicial, para que se mostre efetivo o que neles se mostra consignado.
Palavras-chave: Direitos fundamentais. Tratado de Lisboa. Direito Comunitário. Subsidiariedade. Reenvio prejudicial.

ABSTRACT: In the process of globalization, the state loses in terms of intervention. Thus, the need for protection of the fundamental rights in a supra-national point of view gains strength. This work will aim to analyze how the European Union pacts rule this matter with a focus on the consequences of signing the Treaty of Lisbon, as well as the understanding of the mechanisms that are available at the community level, as the use of the subsidiarity principle and the figure of reference to show effectiveness in their contents.
Keywords: Fundamental rights. Treaty of Lisbon. Community law. Subsidiarity. Prejudicial reference.

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Garantir a observância dos direitos fundamentais. É esse um dos grandes desafios do constitucionalismo moderno. Entretanto, com a paulatina diminuição do Estado frente ao processo de globalização, mostram-se os países incapazes de, num plano local, garantir a efetiva aplicação dos direitos fundamentais, acarretando uma progressiva perda de juridicidade das constituições.

Desse modo, pede o presente cenário a criação de novos mecanismos, adequados à conjuntura atual, capazes de salvaguardar os direitos fundamentais em outro plano, permitindo, assim, que o homem não se veja tolhido dos direitos que foram ao longo do desenvolvimento do Estado moderno conquistados. Pede-se sua concretude.

Não obstante, a partir da análise de tal contexto, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos. Primeiramente pode se notar que a questão se põe de modo problemático para a atual dogmática jurídica, dado ao fato de que estender a proteção dos direitos fundamentais para um plano supranacional revela uma reformulação de conceitos como soberania externa e supremacia constitucional. Depois, é necessário se estabelecer de que modo seria isso viável dentro de um contexto comunitário, principalmente no que tange à União Europeia, tendo-se em vista a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a força cogente de que passou a ser possuidora a partir do Tratado de Lisboa e a discussão atinente acerca da existência ou não de uma Constituição europeia. Por fim, analisar-se-á como agiriam os mecanismos jurisdicionais comunitários europeus a partir desse novo elenco de matérias em sua alçada de competência e a sua convivência com os estabelecidos pelos países.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMUNITÁRIO

Após as duas grandes guerras mundiais, pôde se notar um processo de volta aos valores humanitários. Nesse contexto, a constituição passou a exercer a centralidade do ordenamento jurídico das nações, não somente de

um ponto de vista formal, como propusera Kelsen[1], mas num sentido material, passando agora os direitos fundamentais a exercer um papel central no sistema normativo. Como bem lembra Bonavides[2] houve uma passagem daquilo que se conhece por *princípio da legalidade*, onde os poderes constituídos deveriam observar tão somente os processos de feitura normativa, para o princípio da constitucionalidade, onde os direitos fundamentais passam a ser o sustentáculo axiológico do Direito Constitucional[3].

No mesmo sentido progrediu a doutrina do direito internacional. A Declaração Universal de Direitos Humanos[4] de 1948 constitui um documento que é o reflexo de um esforço conjunto para a criação de um novo ideal ético a reger as relações entre os Estados e indivíduos. Afirma Piovesan[5] que pode se notar duas consequências imediatas da consagração, sendo a primeira a revisão de um conceito de soberania externa, na medida em que os Estados passam a admitir intervenções em seu território em prol da salvaguarda dos direitos humanos, como também a ideia do homem como

1 Nesse sentido, a distinção levada a cabo por Kelsen entre lesão formal e material à constituição residiria na forma como ela seria desrespeitada. A primeira se daria quando houvesse uma inobservância de parte do poder constituído a uma norma procedimental, enquanto a segunda se mostra quando a legislação é levada a efeito por um ente ou órgão incompetente. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.p. 242. A moderna dogmática constitucional, todavia, traz a idéia de lesão formal ou material com uma diferente acepção, ocorrendo a primeira quando houver lesão a procedimento constitucionalmente previsto de criação ou alteração de atos normativos, enquanto a segunda quando o ato normativo fere uma das matérias asseguradas na carta constitucional. Nesse sentido BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2006. p. 26-30.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. P. 398

3 É notória a relevância de tais direitos no que diz respeito ao novo ordenamento jurídico pátrio instaurado a partir da Constituição brasileira de 1988. Pode-se observar a importância dada a eles por parte do constituinte a partir, até mesmo, de sua posição topográfica na Constituição Federal de 1988 que, ao contrário das anteriores, inicia o seu texto a partir da demonstração do elenco dos direitos e garantias fundamentais já no seu Título II, dando, desse modo, a idéia de que o Estado posteriormente organizado deve agir em consonância com os mesmos. Parece andar no mesmo sentido o Tratado que pretendia estabelecer uma Constituição para a União Européia. Assim na Parte I, Título II do mesmo estabelecia os Direitos Fundamentais e cidadania da União, como na Parte II traz a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia.

4 Apesar do dissenso doutrinário acerca da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, nos filiamos aqui à corrente doutrinária que enxerga no grau de concreção jurídica o elemento diferenciador entre os conceitos. Nesse sentido assevera LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales***.** 9ª Ed. Madrid: Tecnos. 2007. p. 46-47: "Los *derechos humanos* suelen venir entendidos como um *conjunto de facultades e instituiciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, laliberdad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional.* Em tanto que com la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de uma tutela reforzada.*" (grifos do autor)

5 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional***.** *In:* BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord). Constituição e Democracia. São Paulo: Malheiros. 2006. P. 121.

sujeito de Direito na esfera internacional, possuidor de dignidade. Conclui alegando que, nesse novo contexto, prevê-se "o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, em decorrência de sua soberania".

Afirma parte da doutrina que, com a consagração de uma regulação cogente no plano das relações interestatais observar-se-ia o fim da soberania externa do Estado, dada a incompatibilidade conceitual existente entre Soberania e Direito[6]. Nesse sentido Ferrajoli[7] aduz que a Declaração Universal teria posto termo à antiga concepção do conceito de soberania externa, que tinha como consequência a existência de uma espécie de estado de natureza no plano internacional, para de fato criar um estado civil no plano externo. Apesar da tentativa levada a cabo no plano internacional, os mecanismos de que são dotados para tornar efetivas as suas enunciações deixam a desejar. Assim, Piovesan[8] se manifesta acerca da necessidade de se constituir um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, ao afirmar que para que de fato possuam o caráter cogente, faz-se mister que os direitos consagrados nas Declarações Internacionais passem por um processo de "judicialização". Dessa maneira, apesar de haver uma tendência para a formação de uma comunidade internacional baseada em valores jurídicos comuns, nota-se que os mecanismos existentes num plano global se mostram incapazes de fazerem observantes os enunciados daquilo que se mostra consignado em suas Declarações. Isso se dá em virtude das grandes disparidades existentes entre os países que normalmente as compõe, desigualdades essas de ordem econômica, cultural, política, social e jurídica, assim como o apego das nações aos conceitos já consagrados de soberania, dentre outros.

6 Dissertando sobre o processo de formação dos conceitos de soberania interna e externa, com base nos ensinamentos de Francisco Vitória, afirma Ferrajoli (2002, p. 7) que se notou primeiramente a formação deste, como meio justificador do movimento colonizador europeu do séc. XV. Partia de três premissas: "a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; c) a reformulação da doutrina cristã da 'guerra justa', redefinida como sanção jurídica às *iniuriae* (ofensas) sofridas". Já o conceito de soberania interna teve sua formação a partir do desenvolvimento das doutrinas absolutistas, tendo, porém, segundo a concepção do autor, vida curta, visto que observou seu termo com o surgimento da teoria do Estado de Direito.

7 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional***.** Tradução: Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 39.

8 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional***.** *In:* BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord). Constituição e Democracia. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 127

Dentro do exposto, parece-nos problemática a questão atinente à salvaguarda dos direitos fundamentais, visto que, como bem afirma Ferrajoli[9] em lapidar assertiva, "o Estado já é demasiado grande para coisas pequenas e demasiado pequeno para coisas grandes". Faz-se necessário estabelecer mecanismos realmente eficazes de sua observância dado esse novo cenário, tendo em vista que a simples *dogmática constitucional da efetividade* ou *dogmática constitucional emancipatória*[10]de cunho nacional mostra-se incapaz de fazê-lo. Deve-se ainda observar que, a pretexto de se concretizar as Constituições, crescentes reformas têm sido levadas a efeito por parte dos países, reformas essas sempre em detrimento dos valores assegurados nas Leis Magnas, sobretudo aqueles de natureza prestacionais. Também é possível notar a existência de um processo invertido, onde parece ser predominante não a *dogmática constitucional,* e sim a *dogmática do Estado.* Aqui deve reviver a máxima kantiana, de que somente o ser que é um valor em si mesmo, é possuidor de dignidade. O que não o é deve ser utilizado como objeto para a consecução do alcance da dignidade. Não constitui o Estado, e todas as nuances de sua concepção moderna, um ente imutável, mas sim um ente que deve se adequar ao paulatino desenvolvimento da coletividade[11], sendo esta sim, junto aos seus valores, o escopo da convivência humana.

Assim, surge a formação de comunidades internacionais regionalizadas como alternativas plausíveis de se estabelecer uma nova alternativa de salvaguarda dos direitos fundamentais. Baseiam-se na união de Estados como meio de fazer frente aos desafios que impõem o processo de globalização, seja de ordem econômica, seja de ordem política, seja

9 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional***.** Tradução: Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 50.

10 Propugna o referido movimento a plena concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista o desenvolvimento de mecanismos, sobretudo pedagógicos na maneira de entender o Direito Constitucional, buscando criar uma nova geração de juristas conhecedores e defensores da plena eficácia de que devem ser dotados os valores constitucionais. Nesse sentido ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração*. *In:* BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord). Constituição e Democracia. São Paulo: Malheiros. 2006.P. 35.

11 Nesse sentido bem nos mostra a História. Primeiramente há a formação do Estado Liberal, onde há uma se configura a consagração dos direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, os de liberdade, havendo aqui uma nítida distinção entre Direito Público e Direito Privado. Posteriormente, com as Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919) houve o surgimento do Estado Social, onde há uma consagração, também, dos direitos prestacionais, buscando trazer uma igualdade material para o plano das relações intersubjetivas. Acerca das mutações que se configurou no modelo estatal Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social***.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

de ordem jurídica[12]. Dentre elas, a União Europeia, constituindo atualmente uma organização não somente econômica, mas também jurídica, tendo sempre em vista a manutenção de um forte bloco de poder para que se possa negociar externamente, como um meio de conservação de um padrão social europeu. Nesse diapasão pode se notar a constituição de uma *Comissão de Direitos Humanos do Parlamento Europeu* (1950), como a assinatura da Carta de Paris (1990) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) (2000) e, recentemente, o Tratado de Lisboa (2007).

Dessarte, cumpre analisar acerca da discutida existência de uma Constituição Europeia, o modo como os tratados que discorrem sobre os direitos fundamentais, principalmente o Tratado de Lisboa, contribuem para garanti-los num plano regional e quais seriam os mecanismos jurisdicionais de que se vale a União para garantir a observância do que neles estaria propugnado.

2.1 PODE SE FALAR EM CONSTITUIÇÃO EUROPEIA?

A ideia de uma Constituição como centro normativo de um dado Estado e parâmetro de validade de um ordenamento jurídico é fruto do movimento do econômico-filosófico que tinha por escopo o quebrantamento das bases absolutas do Estado. Trata-se do Liberalismo-Renascentista do séc. XVIII[13]. Tal concepção tem como consequências, segundo aduz Nelson

12 Segundo OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Teoria geral do Direito Constitucional Comum Europeu. *Cuestiones Constitucionales,* Nº 8, p. 103-139. jan/jun. 2003.p. 110, o processo de formação das organizações internacionais seria constituído por três gerações: a primeira geração remeteria a idéia de desenvolvimento das comunicações alcançado no século XIX dentre as quais podemos encontrar a União telegráfica internacional (1865); união rádio-telegráfica internacional (1906); a União Internacional de Telecomunicações (UIT) (1932); a segunda geração de organizações internacionais surge com a Sociedade das Nações Unidas (SDN); Organização Internacional do Trabalho (OIT); Corte Permanente de Justiça Internacional; a terceira geração corresponde ao período ocorrido após segunda guerra mundial, tendo por escopo a criação de uma comunidade internacional pacífica, podendo se destacar nesse contexto a criação da ONU pela conferência de São Francisco, 26 de junho de 1945. Essa última geração se dividiria em organizações de cunho regional e internacional, tendo as primeiras como elemento caracterizador o numérico reduzido coligado à localização regional ou caráter ideológico. Nas de caráter regional se enquadra a que será objeto de nosso trabalho (União Européia). Já o professor REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 263-268 divide as organizações internacionais em de alcance universal, domínio temático; alcance universal, domínio específico; alcance regional, domínio político; alcance regional, domínio específico.

13 Contudo, a idéia de mecanismos de limitação do Poder, ou mesmo parâmetro para a criação de outras normas já se conhecida na tanto na Antiguidade como na Idade Média. Nesse sentido afirma Manoel Gonçalves que Aristóteles, em *A política*, já observa uma distinção entre Leis Constitucionais e Leis Não-Constitucionais, salientado, inclusive, a existência de uma ação (*a graphe panaronom*) para garantir a conformidade

Saldanha[14], a ideia de ordenamento jurídico enquanto sistema, requerendo coerência e simetria, ocupando a Constituição um *locus* hierarquicamente superior quando comparado com as demais fontes normativas. Outro corolário advém[15] "(da) preocupação com a supremacia constitucional e com a 'guarda' da constituição, que produziu o tema do controle de constitucionalidade e da reforma constitucional (...) como era lógico, engendrar a idéia de um órgão guardador da constituição[16]."

Contudo, a ideia de Constituição que se defendeu a partir do constitucionalismo moderno foi formulada dentro da concepção Estado-Nação enquanto ente soberano no âmbito interno e independente no âmbito externo. Com o processo de globalização e todos os corolários que dele derivam, passa parte da doutrina a afirmar a existência de um constitucionalismo global, baseado, sobretudo, na consagração de valores uniformes para toda a coletividade.

Nesse contexto, e dado o grau de integração que alcançou a União Europeia, verificou-se a existência de um movimento com o objetivo de dar consecução a um plano europeu de constitucionalização. Tal processo se deu com a assinatura do Ato Único Europeu (1987), em que, passados cinquenta anos, modificava-se os tratados que regiam a associação dos Estados até o momento, culminando no Tratado da União Europeia (1992) e estabelecendo uma Política Externa e de Segurança Comum (PESC). Contudo, com o Tratado de Amsterdã, consagrou-se uma série de princípios como liberdade, propriedade, dignidade da pessoa humana que não trata-

destas em relação àquelas. Continua a sua explanação ao afirmar a consagração na França, no séc. XIV, da existência das chamadas *Leis Fundamentais do Reino*, cuja consagração legitimaria a anulação de atos levados a cabo por parte dos Monarcas que as desobedecessem. Inclusive salienta que nesse último caso, para se produzirem quaisquer alterações aos ditames das *Leis* deveria se observar um processo mais dificultoso de produção normativa, vindo daí uma idéia, ainda incipiente, de rigidez constitucional. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O poder constituinte.* 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 4

14 SALDANHA, Nelson. Problemática da Supremacia Constitucional. *Revista de Direito Público*, v, 14, nº 57/58, jan/jun. 1981. p. 113.

15 Ob. cit. p. 117.

16 Apesar de ter sido o grande responsável pela teorização de uma Corte Constitucional como órgão responsável pela garantia da supremacia constitucional, Hans Kelsen não foi o primeiro a verificar tal necessidade. No seio da formação da Constituição francesa de 1795, Abade Sieyès, grande teórico do poder constituinte, já propunha a existência de um órgão, não pertencente à estrutura de nenhum dos poderes constituídos, como garantidor da Constituição. Todavia suas idéias não prevaleceram, sobretudo pelo temor de que se tornasse um órgão jurisdicional, e do descrédito que possuía os seus componentes naquele contexto histórico. Prevaleceu o princípio majoritário na França, onde se adota o controle de constitucionalidade eminentemente preventivo, através do Conselho de Estado. Nesse sentido FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O poder constituinte.* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17

va, assim, tão somente de assuntos econômicos, dando uma ideia de que se pretendia estabelecer um padrão democrático a ser respeitado por parte dos países que passassem a fazer parte da comunidade. Desse modo, em 25 de outubro de 2004, os 25 chefes de Estado que a compunha assinaram um tratado que previa a criação de uma Constituição para a União Europeia. Não obstante, a fase de conclusão do Tratado, qual seja, a sua ratificação por parte dos Estados signatários não logrou êxito, tendo sido o projeto de uma Constituição escrita para a União Europeia adiado.

A negativa acerca da pretensão de se criar uma Constituição para a União Europeia em muito se deu pelo fato de mostrar-se arraigada a doutrina segundo a qual a ideia de uma Carta Maior europeia seria o fim da autonomia do Estado-Nação. Outrossim, a pretensão da União, como bem lembra Habermas[17], não reside em criar uma Confederação, dado o fato de se mostrar ineficiente, bem como não há uma pretensão de se criar uma Federação, visto que os Estados perderiam sua soberania, mas sim de criar uma Associação de Estados, posto que parte da competência para legislar sobre determinadas matérias passam a pertencer à União Europeia, que a exerce de modo exclusivo, o que não exclui a competência dos Estados de complementar essa legislação nos casos em que haja a preponderância do interesse interno. Exerceria o Direito Constitucional europeu um papel de complementaridade em relação ao Direito interno de cada Estado, dada à sua incapacidade de solver a contento determinados problemas, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais. Em lapidar assertiva, afirma Baracho[18] "O Direito Constitucional europeu não pretendeu sufocar o Direito Constitucional *sui generis* de cada nação, ao contrário, visa colaborar em sua fundamentação, assumindo-o quando for preciso"

Afirma parte doutrina que já se configuraria a existência de um Direito Constitucional Europeu baseado na consagração de um substrato jurídico comum indissociável, o qual consistiria na consagração de valores comuns por parte dos Estados, nas correntes alusões pelo uso da prática juscomparatista no processo hermenêutico a que se refere Müller. Outro interessante

17 HABERMAS, Jüngen. ¿Por qué la unión europea necesita un marco constitucional? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado***.** Ano XXXV, nº 105, set/dez, 2002. P. 953.

18 OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Teoria geral do Direito Constitucional Comum Europeu. *Cuestiones Constitucionales***,** Nº 8, p. jan/jun. 2003. P. 120.

argumento em favor da criação de uma Constituição Europeia seria a atual configuração que seria dada ao Direito Constitucional, principalmente no que diz respeito ao pluralismo cultural que deve ser salvaguardado pelo Estado-Nação. Nesse sentido, seria possível, segundo Haberle: [19]

> O Estado nacional clássico não pode se considerar um modelo obrigado para o Estado Constitucional. Em seu atual nível de desenvolvimento, todos os Estados Constitucionais, sejam mono ou multiculturais, têm que ser concebidos de maneira pluralista [...].

Desse modo, dentro desse novo contexto pluralista do constitucionalismo, não faria sentido se criar qualquer sorte de obstáculo no sentido de se estabelecer uma Constituição europeia, visto que ela possibilitaria, em complementaridade com as Cartas nacionais, a criação de um espaço comum onde as individualidades pudessem se desenvolver, fazendo, assim, de fato, com que fossem observados os direitos e garantias fundamentais. A criação de uma consciência comum acerca dos direitos ambientais, tão como em matéria de direitos humanos surge como uma forma de se criar um meio de liberdade comum que possibilita o desabrochar das culturas locais.

Não obstante, foi falho o processo de se estabelecer uma Constituição europeia, visto a sua não ratificação por parte dos países. Contudo, deu grande passo em termos de integração com a assinatura, em dezembro de 2007, do Tratado de Lisboa, que entre outras inovações, trouxe o fato de ter dado caráter de efetividade à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia[20](CDFUE). Isso porque o documento é expresso em lhe reconhecer o valor jurídico idêntico ao dos Tratados. Desse modo, pode-se afirmar que houve uma segunda promulgação da Carta em dezembro de 2007, contudo, antes mesmo de sua previsão como Tratado, a Carta já vinha sen-

19 HÄRBELE, Peter. El Estado Constitucional Europeo. *Cuestiones Constitucionales***.** N° 2. Jan/jun. 2000. P. 31-32.

20 Nesse sentido, vale aqui reproduzir o Art. 6° do Tratado de Lisboa que afirma: "1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições." Publicado no Jornal Oficial da União Europeia. 17.12.2007.

do utilizada pelos Advogados-Gerais como importante subsídio na interpretação dos direitos fundamentais, sem ter, entretanto, caráter vinculante, dado o fato de não se constituir naquela ocasião, ainda, estatuto jurídico. Sobre o Tratado de Lisboa, suas inovações e consequências, passa-se a tecer alguns comentários.

2.2 TRATADO DE LISBOA

Além das importantes questões atinentes ao modo como seria concebida a União Europeia dentro das formas conhecidas de organização política conhecidas pela sociedade, bem salienta Habermas[21], é necessário estender as garantias conquistadas pelo Estado de Direito para além das fronteiras nacionais. Continua o citado autor[22] qu:

> a visão moral de uma sociedade que aceita exclusões e abismos cada vez maiores e a política que abandona partes de democracia ao sabor das liberdades econômicas, são elementos de uma visão neo-liberal, que é incompatível com tipo de auto-compreensão normativa que prevalece, neste contexto, em toda Europa.

Nesse sentido, faz-se mister continuar a empreitada integracionista.

Diante do falho processo de se estabelecer uma constituição europeia, o Tratado de Lisboa surge como um mecanismo do qual se valeu a Comunidade europeia para continuar com o progressivo estreitamento da relação entre os Estados-Membros[23].

Contudo, em recentíssima decisão, o Estado Irlandês, em apertada

21 HABERMAS, Jüngen. ¿Por qué la unión europea necesita un marco constitucional? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado***.** Ano XXXV, nº 105, set/dez, 2002, p. 953.

22 Op. Cit. P. 955

23 Vale aqui transcrever trecho do discurso do Presidente do Conselho Europeu, o português José Sócrates, que mostra, exatamente, o que significa o Tratado de Lisboa em termos de projeto comunitário e de solidificação de valores comuns para a União Europeia. Nesse sentido, assevera: "Aqui se reafirma o nosso compromisso com os valores de identidade do projecto europeu. A legalidade democrática, o respeito pelos direitos fundamentais, as liberdades comunitárias, a igualdade de oportunidades, a solidariedade, o acesso à justiça, o respeito pelo pluralismo e pela diversidade das nossas sociedades. Estes são os valores da Europa. Foram estes valores que inspiraram os pais fundadores do projecto europeu e que hoje, orgulhosamente, aqui reafirmamos". Acesso em: http://www.eu2007.pt/UE/vPT/Noticias_Documentos/Discursos/. 05 de junho de 2008.

votação, negou, através de referendo, a ratificação do Tratado de Lisboa. Isso se deu depois de 18 países já terem levado a cabo o processo, que pede, como se prevê no Tratado, a unanimidade para que passe a possuir força cogente no âmbito comunitário. Apesar da questão, de fato, pôr em crise o processo de consolidação institucional comunitário, os países tentarão, do modo que pareça mais interessante para o conjunto de países, solver a questão[24]. Mesmo diante da indefinição do cenário, não se perde o interesse em analisar as possíveis nuances que a aplicabilidade dos dispositivos nele consignados possam implicar em termos associativos, sobretudo no que concerne ao fato da figuração que a tentativa de ratificação tem em relação ao modo de conceber o papel das organizações internacionais no processo de consolidação dos valores humanitários.

Fruto da ação do chamado "Trio das Presidências" (alemã, portuguesa e eslovena), pretende o Tratado trazer profundas alterações institucionais, como a consagração da existência de um Alto Representante da União Europeia para a Política Externa e de Segurança; a delimitação de competências, ao consagrar que as matérias atinentes à concorrência, Política monetária, comércio e união aduaneira como competências exclusivas da União Europeia, dentre outras alterações, cabendo aqui uma análise mais detida da questão que acreditamos ser mais relevante para a temática do presente trabalho, qual seja, a alteração da disciplina dada ao princípio da subsidiariedade.

2.2.1 O princípio da subsidiariedade

Conceito adaptado do sistema federalista para o âmbito comunitário, o princípio da subsidiariedade surge como mecanismo racionalização do processo de distribuição de competências entre Estados e União Europeia, no sentido de possibilitar uma melhor relação entre a sociedade e Poder

24 Acerca do processo de ratificação do Tratado de Lisboa, os Estados estão buscando a solução que se mostre mais interessante para a manutenção da harmonia em termos comunitários e não prejudique o processo de consolidação institucional. Nesse sentido se manifestou o Presidente do Parlamento Europeu Hans-Gert Pöttering, afirmando: "A rejeição do texto do Tratado por um país da União Europeia não pode significar que as ratificações já efectuadas por 18 Estados-Membros fiquem sem validade. As ratificações nos outros Estados-Membros têm de ser tão respeitadas quanto o referendo irlandês. Por esse motivo, o processo de ratificação tem de continuar nos Estados-Membros que ainda não ratificaram o Tratado". Acesso em: http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/008-31670-168-06-25-901-20080613STO31667-2008-16-06-2008/default_pt.htm. 17 de junho de 2008.

Público. Afirma Tancredo[25] que "como regra, o resultado de sua aplicação deverá sempre propiciar o atendimento das demandas sociais de modo mais eficiente, zelando, todo tempo, pelos valores e vontades da sociedade".

A ideia do princípio, aplicada aos Estados federados, traz em si um juízo de valor ligado ao ideal liberalista, ao aduzir que Estado só deverá intervir nas relações individuais quando estas se mostrarem incapazes de solverem os conflitos que no seio delas surjam. Quando aplicado ao Direito Comunitário, *mutatis mutandi,* o princípio passa a ter como conteúdo a ideia de que a intervenção comunitária, no âmbito interno dos Estados, só se dará quando estes se mostrarem capazes de solverem a contento as possíveis questões atinentes a matérias de competência compartilhada entre Comunidade e Estado. Mostra-se, nesse sentido, como importante mecanismo no processo de consolidação dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da subsidiariedade encontra sua disciplina estabelecida em protocolo específico no Tratado de Amsterdã, onde se observa que sua aplicabilidade se dará nos casos em que haja em relação a uma determinada matéria competência concorrente entre os Países e a União. Afirma-se no protocolo, em seu item 5, que a aplicação do princípio deve ter por baliza duas premissas, a primeira baseada na incapacidade do Estado-Membro realizar os objetivos previstos em uma dada matéria através de seus mecanismos estabelecidos constitucionalmente e, por conseguinte, a maior capacidade de alcançá-los através do uso de mecanismos comunitários[26]. Vale ainda por em relevo o fato de o protocolo salientar a necessidade de o princípio da subsidiariedade possuir não um caráter estático, mas sim dinâmico, no sentido de possibilitar a paulatina acomodação das competências nacionais e comunitárias diante do progressivo processo de globalização e acomodação do Estado diante os desafios que o seu tempo impõe.

Pode-se notar, outrossim, que a consagração do princípio da subsidiariedade a partir da plena aplicabilidade de que deve ser dotada a CDFUE, fará com que as questões atinentes à referida matéria, que não podendo ser resolvidas a contento por parte dos mecanismos constitucionalmente previstos no âmbito do Estados-Membros, passem a ter uma efetiva guarida no

25 TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. O principio da subsidiariedade: As origens e algumas manifestações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.* Jun. 2006 .p. 172.

26 Jornal Oficial nº C 340 de 10 de Novembro de 1997.

plano comunitário. No entanto, o disciplinamento dado ao referido princípio foi alterado no Tratado de Lisboa[27], no sentido de se buscar fortalecer o papel exercido pelos parlamentos nacionais.

Assim, afirma o novo Protocolo ser necessária a remessa dos projetos normativos que sejam propostos perante o Conselho, Parlamento e Conselho Europeu (art. 4) aos Parlamentos nacionais, no sentido de que seja aberto espaço para estes deliberarem acerca observância ou não do princípio da subsidiariedade. Caso entenda pelo desrespeito, terá a possibilidade de pedir esclarecimentos a Casa onde tramita o projeto. Também poderá, nos termos do art. 6º, afirmar, de modo fundamentado, que o projeto não mostra seu conteúdo pautado no princípio em análise, de modo que, caso tenha o apoio de 1/3 (um terço) dos votos atribuídos aos parlamentos nacionais[28], deverá o projeto ser reanalisado. Caso se trate de projeto referente à matéria atinente à justiça, liberdade e segurança (art. 6º, 2) o *quorum* será de 1/4 (um quarto).

A partir da nova disciplina dada ao princípio da subsidiariedade, pode-se afirmar que há uma busca pela racionalização das instituições comunitárias, no sentido de se procurar fazer de fato com que sejam respeitados os preceitos tidos como de matéria concorrente. Assim, os direitos fundamentais, enquanto também assegurados no plano comunitário, passam a sofrer os influxos derivantes das alterações no princípio em análise. Isso se dá tendo em vista que, a partir dessa nova disciplina dada à subsidiariedade, os parlamentos nacionais se mostrarão mais fortes perante a União, dentro do processo de estabelecimento da repartição de competências nacionais e comunitárias. Dessa maneira, o relevante é que, caso o Estado-Membro se mostre capaz de solver as questões atinentes aos direitos fundamentais, deve-se dar primazia a este, visto que eles se mostram mais próximos da realidade que pretende se reger. Todavia, com o Tratado de Lisboa, abre-se um novo campo de efetiva guarida, consagrado na CDFUE, qual seja, o âmbito comunitário.

27 Assim dispõe o Tratado de Lisboa, alterando o Tratado da União Europeia: "*Artigo 3.o-B* 3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União". Publicado no Jornal Oficial da União Europeia. 17.12.2007.

28 Os votos a que o dispositivo se refere são estabelecidos no número de 2 (dois), de acordo com o modo em que se mostram organizados os Parlamentos nacionais (art. 6, 1 do mesmo protocolo).

Outra importante tendência a se relevar nessa oportunidade é o caráter dinâmico de que é possuidor o princípio da subsidiariedade. Dentro do contexto da globalização, a tendência que vem se mostrando é a da incapacidade de o Estado salvaguardar, a contento, os valores consagrados em suas Constituições. Nesse sentido, o papel exercido por uma entidade supranacional é de suma importância dentro da necessidade de manter efetivos os direitos fundamentais. Assim, os órgãos da União passarão, paulatinamente, a exercer um papel cada vez mais importante diante da necessidade de se impedir que o processo globalizante venha a tolher os valores humanitários. Parece aqui se observar uma conformação da forma de organização política dentro do processo de desenvolvimento humano, conformação essa baseada no *princípio da proibição do retrocesso*.

Diante do exposto, pode-se notar que o processo de aperfeiçoamento dos mecanismos de ação comunitária e de suas instituições é de suma importância no processo de expansão e consolidação dos direitos fundamentais. Assim, a análise dos mecanismos jurisdicionais existentes diante desse novo cenário, será de suma importância no processo de consolidação de suas disposições, cabendo aqui salientar o papel exercido pelo reenvio prejudicial.

3 SISTEMA JURISDICIONAL EUROPEU: O REENVIO PRÉ-JUDICIAL

O presente tópico não terá por pretensão tecer uma análise minuciosa acerca de todo o sistema jurisdicional comunitário. Aqui serão feitos alguns comentários acerca de aspectos que se entende serem relevantes dentro do contexto de efetivação dos direitos fundamentais, dando-se relevância ao papel exercido pelo instituto do reenvio pré-judicial.

Dentre os órgãos que compõem o sistema jurisdicional europeu, pode-se encontrar a existência do Tribunal de primeira instância, cuja competência[29]se restringiria a basicamente quatro categorias de recursos: os recursos dos empresários e das associações empresariais contra as decisões individuais da Comissão, no setor de carvão e aço; controvérsias existentes entre Comunidade Europeia e seus agentes; os recursos das pessoas físicas ou jurídicas contra qualquer instituição da Comunidade Europeia; e,

29 POZZOLI, Lafayette. *Direito comunitário europeu: uma perspectiva para a América Latina.* p. 93.

os recursos em assunto de *antidoping*. Outro relevante órgão jurisdicional comunitário, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias exerce um papel fundamental no que diz respeito ao processo de uniformização da aplicação do Direito Comunitário, conforme o estabelecido no art. 19 do Tratado da União Europeia[30], valendo-se, principalmente, do uso do reenvio pré-judicial, cuja aplicação tem se mostrado muito eficiente, dada à vinculação que gera em relação aos órgãos jurisdicionais nacionais ao aplicarem as normas comunitárias.

Dentro desse novo contexto de consagração dos direitos fundamentais, o desenvolvimento do processo hermenêutico se mostra essencial dentro do processo de consolidação do direito comunitário. Como bem lembra Baracho[31], antes mesmo da consagração da CDFUE, os direitos fundamentais já eram utilizados como balizas interpretativas, sendo consagrados com o caráter de princípios gerais de direito. Contudo, a partir da dotação do caráter de Tratado à Carta e a conseqüente força cogente de que passará a ser dotado, o papel de uniformização da jurisprudência levado a cabo pelo Tribunal de Justiça será de suma importância para a criação de um verdadeiro cenário de valores comuns.

A figura do reenvio pré-judicial pode ser conceituada como, lembra Monaco[32] "(...) uma verdadeira consulta a ser levada a efeito pelo órgão jurisdicional nacional relativamente à interpretação que esta deva emprestar a uma norma comunitária teoricamente ao caso concreto que lhe incube julgar". Constitui, assim, o reenvio pré-judicial um importante mecanismo no processo de uniformização do Direito Comunitário, no sentido de impedir que o mesmo perca o seu caráter uno, dado o fato de, pelas próprias circunstâncias, não terem os tribunais nacionais uma visão global, atenta à pluralidade regional. Nesse sentido se manifestou o Conselheiro Messias Bento, no Tribunal Constitucional português, ao afirmar:

30 Art. 18 *omissis*
3. O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados: (...)
b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos actos adoptados pelas instituições;

31 Cita ainda o autor a sentença de 10 de dezembro de 1970, referente ao caso *Internationale Handelsgesellschft,* entendeu-se que a tutela geral dos direitos fundamentais como princípio geral.

32 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Da qualificação e hierarquia do direito comunitário pela justiça constitucional português e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 12, Nº 47, abr/jun. 2004. P. 357.

> permitir ao juiz nacional que interpretasse sozinho as normas de direito comunitário — ou seja, que respondesse sozinho às interrogações que não raro colocam a determinação do sentido e do real alcance de uma determinada norma jurídica comunitária — conduziria, a prazo mais ou menos longo, a permitir se rompesse a unidade do direito comunitário, colocando no lugar da «regra comum» um conjunto de regras deformadas pelas práticas jurisdicionais nacionais[33].[34]

Os direitos fundamentais, antes de preceitos fechados que limitam o papel do aplicador do direito, mostram-se através da forma de cláusulas gerais, pedindo por parte do intérprete a adoção de uma postura positiva, no sentido de adequar o objeto interpretativo à realidade que nela se pretende adequar. Os planos do *ser* e do *dever-ser* antes de contrapostos, apresentam-se em um processo de dialético de inflência múltipla, no sentido de que é necessária a análise da realidade que se pretende reger, para que só assim se estabeleça o verdadeiro sentido da norma. Partindo dessas premissas, nota-se a partir de agora o papel de extrema importância que será exercido por parte do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias dentro do processo de consolidação dos direitos fundamentais no campo comunitário, visto que não poderiam os tribunais nacionais, destituídos que são de uma visão atenta a todas as nuances comunitárias, de estabelecer uma precisa exegese do mesmo. Ao analisar o contexto americano e o papel exercido pela jurisprudencia daqueles países, afirma Enterria[35] :

> para los americanos el símbolo de la nacionalidad, de la continuidad, de la unidad y de la comunidad de fines es la Constitución, sin más precisiones, como el instrumento que há construido la tierra de la libertad y ha assegurado su pervivencia.

33 Acórdão 163/90. Publicado no *Diário da República*, II Série, de 18 de Outubro de 1991.

34 Na nota 43, lembra Mônaco do fato (2004, p. 358) de o *Bundesverfassungsgericht* na sentença *kloppenburg* de 08.04.1987 ter estabelecido que a falta de proposição do reenvio prejudicial pelo órgão judicial que se encontrar em posição de obrigatoriedade para tanto, representa violação do art. 101 da Constituição Federal, na medida em que entende o *Bundesverfassungsgericht* tratar-se o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias do juiz natural na hipótese.

35 ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Tribunal Constitucional e Supremacia da Constituição. *Revista de Direito Público,* v. 20, n. 83. jul./set. 1987. p.. 5.

Do mesmo modo deve se dar no plano comunitário. Não somente os Tratados devem se mostrar como meios garantidores dos direitos neles consignados, mas os Tribunais devem garantir a sua efetiva observância, tendo sempre em vista o contexto em que se encontra inserido e os fins que levaram os países europeus a se coligarem nessa tarefa de desenvolver essa nova estrutura política, qual seja, a União Europeia.

4 CONCLUSÃO

A organização política, como bem nos mostra a história, vem se adequando às mais variadas necessidades, sejam elas econômicas, sociais, políticas. Contudo, se há algo que lhe é inerente é a sua mutabilidade.

Não obstante, passadas as grandes guerras mundiais, sobretudo diante da influência exercida pela Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), passa o homem, como ser dotado de dignidade, a constituir o fim último da vida em comunidade. Contudo, diante do processo de globalização, cuja teoria prega pela prevalência de valores de ordem econômica, tendo como consequência o progressivo enfraquecimento do Estado, deve o teórico formular proposições que busquem adequar a realidade vigente com os valores que duramente foram conquistados por parte da humanidade.

Nesse sentido nos dá bom exemplo a União Europeia. Ao estabelecer um plano supranacional de proteção efetiva dos direitos fundamentais, consegue trazer à humanidade uma nova alternativa, diante da necessidade de se conjugar desenvolvimento econômico com devida guarida que pede os valores humanitários.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19.ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

___. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

BRAGA, Valeschka e Silva. A posição hierárquica da constituição (panorama das conseqüências do constitucionalismo pluralista sobre as realidades da União Européia e do Mercosul). *In:* BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Malheiros. 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. *In:* BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Malheiros. 2006.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Tribunal Constitucional e Supremacia da Constituição. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 83, p. 5-8, jul./set. 1987.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional.** Tradução: Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O poder constituinte.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERMAS, Jüngen. ¿Por qué la unión europea necesita un marco constitucional? **Boletín Mexicano de Derecho Comparado.** Ano XXXV, n. 105, p. 947-978, set/dez, 2002.

HÄRBELE, Peter. El Estado Constitucional Europeo. **Cuestiones Constitucionales.** n. 2, p. 23-43. Jan/jun. 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales.** 9.ed. Madrid: Tecnos. 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Da qualificação e hierarquia do direito comunitário pela justiça constitucional português e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 12, n. 47, p. 343-375, abr/jun. 2004.

OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Teoria geral do Direito Constitucional Comum Europeu. **Cuestiones Constitucionales,** n.8, p. 103-139. jan/jun. 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. *In:* BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord). **Constituição e Democracia.** São Paulo: Malheiros. 2006.

POZZOLI, Lafayette. **Direito comunitário europeu**: uma perspectiva para a América Latina. São Paulo: Método. 2003.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALDANHA, Nelson. Problemática da Supremacia Constitucional. **Revista de Direito Público**, v, 14, n. 57/58, p. 110-121, jan/jun. 1981.

TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. O principio da subsidiariedade: As origens e algumas manifestações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,** p. 169-214, jun. 2006.

TEIXEIRA, Carla Noura. A Constituição Européia: perspectivas e reflexões sobre o processo de integração regional europeu. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** ano 13, n. 53, p. 271-291, out./dez. 2005.

Correspondência | Correspondence:

Victor Teixeira de Albuquerque
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: rotivictor@hotmail.com

Recebido: 01/06/2009.
Aprovado: 28/03/2010.