



jurisprudencial de sua construção; no constitucionalismo valorativo; e, por último, de compreendê-la dentro do debate do cosmopolitismo (Habermas). O estudo volta-se, notadamente, para delimitar a jurisdição supranacional dos Direitos Fundamentais observando o seu aspecto de efeito vinculante e na definição do sistema de multiníveis de jurisdição.

## **Palavras-chave**

Direitos Fundamentais, Constitucionalismo, Constituição Européia

## **Abstract**

## **Key words**

### **1. Introdução**

A temática proposta de um estudo sobre o futuro institucional da jurisdição supranacional dos Direitos Fundamentais no projeto da Constituição Européia justifica-se por algumas razões que nós elencaremos ao longo desse trabalho. Entretanto, antes de cumprir esse objetivo, é importante assinalar para o fato de centrarmos o nosso interesse na categoria dos Direitos Fundamentais numa perspectiva de ser típica e própria da ordem interna. Pois, tem sido, sempre, tradicional que a proteção do indivíduo no plano internacional receba a denominação generosa, valorativa e abrangente de

Direitos Humanos. No espaço da União Européia, a trajetória alcançada pela aprovação da sua Carta de Direitos Fundamentais (2000) aponta para uma interessante inflexão em que uma concepção modelar da Teoria Constitucional (como é o caso dos Direitos Fundamentais) se impõe no marco da supranacionalidade pela sua natureza institucional e, principalmente, pela sua tônica de maior grau de efetividade.<sup>1</sup>

Delineada essa ressalva da razão de estarmos destacando Direitos Fundamentais e não Direitos Humanos, cabe agora, listar os motivos de privilegiarmos o tema proposto.

Ao determos a nossa reflexão a respeito de como se articula uma dada jurisdição supranacional tendo como contexto os Direitos Fundamentais, é inquestionável como essa preocupação teórica torna-se estratégica para as sociedades latino-americanas. Pois, como indicaremos no decorrer dessa nossa investigação, serve como um instrumento estimulador na busca de alternativas institucionais para nós, no sentido de que a União Européia alcança um momento de pujança instituinte com base na sua Carta dos Direitos Fundamentais e de seu projeto constitucional (veja, em especial, o artigo I-7.3) ao aperfeiçoar o sistema de proteção dos Direitos Humanos dentro dos limites da “Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950” (Corte de Estrasburgo).

Um outro ponto que nos motiva para voltarmos a nossa perspectiva de América Latina em direção a experiência dos Direitos Fundamentais, nesse citado processo normativo, prende-se ao aspecto de que a União Européia tem sido inventiva em termos de uma nova Teoria Constitucional.

Tal inventividade aflora na medida em que estamos diante de uma construção institucional de Direitos Fundamentais no sistema da União Européia proposta além das tradicionais fronteiras do estado-nação tipicamente resultado de parâmetros clássicos de soberania. Não podemos esquecer, ainda, o caráter inovador dessa citada Carta dos Direitos Fundamentais ser o resultado tanto da vontade estatal quanto da própria sociedade civil européia através de seus representantes específicos. Não podemos deixar, também, de enumerar um outro dado a ser acrescido na nossa trajetória de Teoria Constitucional para nossa aprendizagem político-constitucional é a resultante da constatação de ter a referida Carta de Direitos Fundamentais entrada em vigor antes mesmo de um documento maior como é o caso do projeto da Constituição Européia.

O outro ponto justificador no intuito de voltarmos a nossa atenção comparativa para o contexto da União Européia traduz na sua originalidade no processo institucional. Sempre interessou-nos o papel criador da Teoria Constitucional americana no final do século XVIII. Os pais fundadores da República Americana na sua Constituição de 1787 idealizaram novas formas institucionais abrindo o caminho para o “Judicial Review”<sup>2</sup> O final do século passado e do início do século XXI impressiona a todos por uma constante e revolucionária edificação normativa por parte do sistema europeu. Para nós, não é suficiente constatar essa originalidade européia. É necessário no próximo item contextualizar tal quadro histórico jurídico e político.

## **2. Contextualizando a originalidade do sistema europeu**

A avaliação desse procedimento normativo disciplinando o surgimento da União Européia deve ser pautada por pontuar as variáveis responsáveis pela sua dinâmica instituinte normativa.

Estabelecendo um paralelo com a estrutura constitucional americana, deparamos que este se fundamentou na sua institucionalização na presença das decisões jurisprudenciais. Quanto ao modelo europeu concorreram um conjunto de elementos desde a participação da doutrina, passando pela jurisprudência supranacional, e ao culminar, hoje, com as marcas de valores ético-culturais (veja a título exemplificativo o preâmbulo do projeto constitucional europeu).

Não podemos esquecer, nesse diapasão, aliás, o esforço doutrinário desenvolvido, por exemplo, por Fausto de Quadros ao intercalar parâmetros de direito interno e de Direito Internacional Público com o mapeamento das escolas teóricas como a francesa, alemã e até mesmo norte-americana para compreender quais são suas posturas se o Direito Comunitário Europeu é o supranacional.

Se os anos 60 e 80 foram marcados intensamente por esse debate da supranacionalidade, chegando ao ponto de juristas alemães de firmarem o citado Direito Comunitário ter uma mera natureza jurídica interestal culmina o processo europeu agora com o debate em torno da definição do constitucionalismo.

Tradicionalmente a concepção do constitucionalismo esteve sempre

direcionado para dotar uma sociedade de uma constituição abrindo a possibilidade de limitar o poder político. Nós, da América Latina, para visualizar os Direitos Fundamentais na efetivação da Jurisdição supranacional europeia surpreendemos com a atual concepção do constitucionalismo europeu como é materializada por J.H.H. Weiler e Marlene Wind:

O destaque do racional nesta obra é que há uma diferença entre constituição e constitucionalismo. Constitucionalismo, por exemplo, corporifica os valores, freqüentemente não instituídos, o qual sublinha as provisões material e institucional, numa constituição específica. Neste nível, constituição separando do constitucionalismo permitiria a nós a demandas, certamente ou de forma errada, por exemplo, que as Constituições Italiana e Alemã, enquanto muito diferente em seus disciplinamentos material e institucional, partilham o mesmo constitucionalismo, revindicando um certo humanismo de valores pantiano, combinado com a noção do *Rechtstaat*.<sup>3</sup>

Ao lermos o dispositivo do artigo I-7.3 do projeto constitucional europeu deparamos com uma modalidade típica desse constitucionalismo europeu.

Art. I-7.3 dispõe:

Os Direitos Fundamentais, tais quais eles são garantidos pelas convenções europeia de salva guarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais e tais quais eles resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, integram parte do direito da União tanto quanto os princípios gerais. (o grifo é nosso).

Na verdade, esse constitucionalismo de base valorativa tendo como centro dos Direitos Fundamentais constrói-se num padrão além dos limites estreito de estado-nação. Caminhamos, assim, para um enquadramento desse constitucionalismo que só é possível num procedimento cosmopolita viabilizado por Jurgen Habermas de sentido supranacional. Robert Fine e Will Smith sintetizam o pensamento habermasiano, defensor do cosmopolitismo do seguinte modo:

Numa fase das dificuldades ele encontra em reconciliar o cosmopolitismo com democracia. Habermas direciona sua atenção para intermediar, instituições e procura aplicar a idéia do patriotismo constitucional para um dos poucos genuínos exemplos de comunidade política transnacional, a União Europeia. Tal o movimento ca-

pacita ele a reter a idéia que condições contemporâneas necessita de uma transcendência da soberania nacional sem cair nos perigos de um cosmopolitismo abstrato e utópico. Neste contexto Transnacional, Habermas modela o patriotismo constitucional por entender a “Europa” um sentido de identidade partilhada que deve ser posta se uma ação política e efetiva coordenada é objetivada.<sup>4</sup>

Essa longa trajetória de materialização do Direito Comunitário europeu trouxe, sem dúvida nenhuma, conforme ficou demonstrada, não só certos alinhamentos para essa própria ordem jurídica como também na especificidade e no traço genuíno do delineamento dos seus Direitos Fundamentais e da Jurisdição para efetivá-lo, tais como em síntese: a natureza jurídica da supranacionalidade; o constitucionalismo valorativo (prescindido até mesmo de constituição); e, por fim, o cosmopolitismo idealizado por Jûrgen Habermas. Vale destacar, ainda, que o contributo maior para a trajetória de nossa teoria constitucional está no núcleo central representado pelos Direitos Fundamentais.

### **3. O avanço institucional dos Direitos Fundamentais na União Européia**

Juan Antonio Carrillo Salcedo historia o impulso dado no âmbito dos Direitos Fundamentais quando, em junho de 1999, o Conselho Europeu reunido na cidade da Colônia adotou a decisão de elaborar-se uma Carta de Direitos Fundamentais própria “ao momento atual do desenvolvimento da União”. A elaboração dessa citada declaração objetivava, naturalmente, a resolver como estaria situado o Direito Comunitário europeu diante do sistema de proteção dos Direitos Humanos decorrente da Corte de Estrasburgo (Convenção Européia dos Direitos do Homem)<sup>5</sup>.

É importante sublinhar, ainda, que essa dinâmica inovadora de termos um conjunto não se limitou apenas a essa tarefa propositiva designada pelo Conselho Europeu. Lembra Juan Antonio Carrillo Salcedo que o referido órgão instituiu um ente “ad hoc” com uma determinada composição para levar frente o objetivo designado. Foi o referido ente denominado pelo Parlamento Europeu de “Convenção”. Completa-se esse quadro na razão de que os seus integrantes trariam não só uma natureza jurídica intergovernamental, como também, uma marca de sociedade civil. Expressava-se, desse modo, o desejo dos responsáveis institucionais de superar, através, por exemplo, de dezesseis representantes dos Parlamntos Nacionais, o tão decanta-

do “déficit” democrático da supranacionalidade europeia.

Lastreada, ainda, em Juan Antonio Carrillo Salcedo<sup>6</sup> após a aprovação pelo Conselho Europeu de Nicede 2000, esse jurista espanhol, com base no professor comunitarista Joseph Weiler, mostra como uma declaração dessa ordem traduz uma natureza centrípeta. Completa esse processo que, através de uma leitura constitucionalista, a Carta dos Direitos Fundamentais, não é meramente programática, está na “língua dos direitos” superando um mero conjunto de exortações morais aos governantes.

O pensamento de Luis María Díez-Picazo é de apontar também que a carta dos Direitos Fundamentais é um instrumento válido que não se limita, apenas, limitar os Poderes Públicos da União Europeia, e sim, para justificá-los dentro de uma tradição liberal democrática. Pois, segundo o mencionado “existe para salvaguardar certos direitos que se reputam como básicos e irrenunciáveis”. (p. 23 e 24)

Quanto a ausência de efeito vinculante, como já indicado por nós anteriormente, esse aspecto, segundo Luís Maria Díez-Picazo, está ressaltado pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia, e é taxativo, também, voltando mais uma vez, a Juan Antonio Carrillo Salcedo<sup>7</sup> (p. 15), “não implica, pois ausência de efeitos jurídicos”. Arremata, ainda, esse jurista que a Carta dos Direitos Fundamentais será, na verdade, obrigatória através de sua interpretação pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.<sup>8</sup>

Descortinada essa trajetória institucional da Carta dos Direitos Fundamentais vale frisar que ela passou a constituir a parte II do projeto da Constituição Europeia. Diante dessa futura força normativa, cabe indagar até que ponto esse conjunto dos Direitos Fundamentais seria um indício forte do esgotamento ou não da Teoria Constitucional pós-45.

A experiência constitucional latino-americana, seguindo, alíás, a tradição da Lei Fundamental de 1949, está presa, ainda, ao paradigma denominado por Erhard Denninger<sup>9</sup> oriundo da Revolução Francesa de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Se considerarmos a título de exemplo, o artigo II-3 do projeto Constitucional, direito à integridade da pessoa, principalmente, ao enumerar as normas referentes à bioética, constataremos o acerto do novo paradigma de Erhard Denninger. Pois, nessa estrutura disciplinadora do projeto constitucional estaria a concepção de segurança.

Completa essa análise a respeito da Carta dos Direitos Fundamentais integrada na parte II do projeto constitucional que ela materializa uma perspectiva inovadora de Direitos Sociais dentro da linha antevista por Erharg Derrninger da solidariedade. Leciona Luís María Díez-Picazo para apontar o efeito jurídico e prático dessa matriz de solidariedade:

Por que se refere ao capítulo sobre solidariedade, em troca, sua verdadeira originalidade se fundamenta em haver proclamado um bom número de direitos prestacionais sociais sem haver sucumbido na tentação de configurá-los como direitos de prestação; tentação perigosa, porque conduz bem ao não cumprimento de solenes promessas constitucionais, bem a ingovernabilidade das finanças públicas.<sup>10</sup>

A originalidade dos Direitos Fundamentais do sistema da União Européia não se limita somente pela superação possível do paradigma de liberdade, igualdade e fraternidade de natureza kantiana expressa no pensamento constitucional pós-45. É relevante destacar que o projeto constitucional europeu em matéria de Direitos Fundamentais incorpora a experiência francesa do bloco de constitucionalidade<sup>11</sup> presente no disposto do artigo I-7.3, já mencionado por nós, no qual a futura parte II do projeto não se resume apenas a esse elenco normativo e sim, também, à Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 e as que resultam das Tradições Constitucionais comuns aos estados membros.

#### **4. A Jurisdição Supranacional e os Direitos Fundamentais**

O nosso trabalho tem demonstrado, nitidamente, a originalidade e a complexidade da construção institucional da União Européia em especial na matéria de Direitos Humanos/ Direitos Fundamentais. Tal complexidade reunindo as variáveis, já referidas, de cunho doutrinário, jurisprudencial e de perfil valorativo ético-cultural difere, assim, da dinâmica norte-americana protagonizada mais pela força jurisprudencial.<sup>12</sup> Mas, esse sistema jurídico-político da União Européia até o projeto constitucional não tinha sido capaz de resolver como esse ente supranacional se enquadraria em uma matéria de Direitos Humanos/Direitos Fundamentais em relação à Corte dos Direitos Humanos de Estrasburgo.

Françoise Tulbens e Johan Callewaert<sup>13</sup> advertiram por um risco

dualista do sistema de proteção no tocante ao cidadão europeu. Embora esses autores preconizavam que, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia encaminharíamos para um processo de pluralismo jurídico.

Na verdade, essa polêmica quanto a dualidade ou não, foi dirimida no artigo I-7.2 do projeto que dispõe:

A União se empenha em aderir à Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A adesão à esta Convenção não modifica as competências da União tais que define na presente constituição.

Francisco Aldecca Luzánaga<sup>14</sup> qualifica com base em Lucia Serena Rossi que estaríamos, no universo dos Direitos Humanos/Direitos Fundamentais, num modelo europeu de multinível e multivelocidade. Em realidade, o artigo I-7.2 citado do projeto demonstra que, nessa ordem internacional (cosmopolita) pós-estado-nação explicita a materialização de uma ordem jurídica não mais hierárquica e sim na forma de rede.

## **Conclusões**

O estatuto dos Direitos Fundamentais no seu enquadramento de supranacionalidade via uma jurisdição de caráter de rede (multinível e horizontal) realizado por nós serve como uma reflexão para o fato e a importância do Direito Comunitário Europeu, devido as suas próprias contradições institucionais, continuar despendendo nesse século XXI como altamente inovador. Essa experiência criativa deve ser aprendida e recepcionada pela Teoria Constitucional Latino-Americana como um estímulo para superarmos os nossos impasses políticos, jurídicos e sociais.

Por fim, ao examinarmos a Carta dos Direitos Fundamentais e o projeto constitucional europeus constatamos estar diante de um novo paradigma como o proposto nos Ehard Denninger e não mais vinculados as amarras do pensamento constitucional pós-45, graças, aliás, a própria força de um direito de matriz supranacional.

## **Referências**

ALDECCA, F. L. *“Uma Europa” – su proceso constituyente 2000-2003*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.

BECK, U. *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*. Tradução de Aurélio Duthoo. Paris: Alto Aubier, 2003.

BECK, U. Toward a new critical Theory with a Cosmopolitan Intent. In: *Constellations* Vol. 10, nº4, 2003, p. 453-468.

CARRILLO SALCEDO, J. A. "Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea." *In Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 9, ano 5, jan/jun 2001, pp. 7-26.

DAHL, R. *How Democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2002.

DENNINGER, E. *Diritti Dell'uomo e legge Fondamentale*. Tradução de Luitgard Riegart e Carla Amirante. Torino: G.Giappichelli Editore, 1998.

DERNNINGER, E. Segurança, Diversidade e Solidariedade. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº88, dezembro de 2003, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, p. 21-22.

DÍEZ-PICAZO, L. M. *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

FINE, R.; SMITH, W. Jürgen Habermas's Theory of Cosmopolitanism. In: *Constellations* Vol. 10, nº4, 2003.

GRIFFIN, S. M. *American Constitutionalism (From Theory to Politics)*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

LUCHAIRE, F. Bloco de constitucionalidade. In: DUHÁMEL, Olivier; MÉNY, Yves (orgs.) *Dictionnaire Constitutionnel*. Paris: PUF, 1992, p. 87-89.

PI LLORENS, M. *Los Derechos Fundamentales em el ordenamiento Comunitário*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

PIRES, F. L. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

ROSENFELD, M. O Constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº88, dezembro de 2003, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, p. 47 -79.

SIMON, D. *Le Système Juridique communautaire*. Paris: PUF, 1997.

TULBENS, F.; CALLEWAERT, J. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: O ponto de vista de uma juíza da Corte Européia. Tradução de César Otávio Fontana Pereira da Silva. In: *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p.173-190.

WEILER, J.H.H; WIND, M. Introduction – European Constitutionalism Beyond the State. In: WEILER, J.H.H ; WIND, Marlene (orgs.) *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003

## Notas

- 1 Apesar de que a carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000) ter sido aprovada sem efeito vinculante, assinala de forma pontual Díez-Picazo, Luís Maria na sua obra *Constitucionalismo de la Unión Europea* (Madrid: Civitas Ediciones, 2002), num outro raciocínio, que a sua natureza de obrigatoriedade decorreria da força do artigo 6º do Tratado da União Européia.
- 2 Ver a obra Dahl, Robert *How Democratic is the American Constitution?* (New Haven: Yale University Press, 2002). Dahl demonstra a excepcionalidade do processo constitucional americana com sua Constituição de 1789 que nenhuma outra sociedade foi capaz de formular.
- 3 Weiler, J.H.H e Wind, Marlene. "Introduction – European Constitutionalism Beyond the State" in *European Constitutionalism Beyond the State* (org. Weiler, J.H.H E Wind, Marlene) (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pág.3. Vide, também, Pires, Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu* (Coimbra: Livraria Almedina, 1997) e Díez-Picazo, Luís que vincula o possível futuro da União Européia de um constitucionalismo delimitado numa linha clássica de limite de poder sem constituição.
- 4 Fine, Robert e Smith, Will "Jürgen Habermas's Theory of Cosmopolitanism" in *Constellations* (Vol. 10, nº4, 2003) pág. 475. Veja, também, a visão radical de Cosmopolitismo de Ulrich Bech propondo o cosmopolitismo como um novo paradigma para compreender a ordem internacional como uma totalidade, "Toward. A new critical Theory with a Cosmopolitan Intent" no mesmo número da revista *Constellation*, páginas 453 a 468. Além desse artigo nessa citada publicação inglesa, ver a obra contudente de defesa do cosmopolitismo, Beck, Ulrich. *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation* (Paris: Alto Aubier, 2003, Trad. Aurélio Duthoo).
- 5 Vide Tulbens, Françoise e Callewaert, Johan. "A Carta dos Direitos Fundamen-

tais da União Européia: O ponto de vista de uma juíza da Corte Européia”, (Tradução de César Otávio Fontana Pereira da Silva), in *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional* (São Paulo: Editora Max Simonad, 2002/173:190).

- 6 Vide CARRILLO Salcedo, Juan Antonio. “Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. “ *In Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 9, ano 5, jan/jun 2001, páginas 15 e, respectivamente, 16.
- 7 Juan Antonio Carrillo Salcedo, op. Cit. Páginas 17 e, respectivamente, 18.
- 8 *Ibidem*, página 19.
- 9 Vide, Denninga, Erhard. *Diritti Dell'uomo e legge Fondamentale*. (Torino: G.Giappichelli Edditore, 1998, com tradução de Luitgard Riegart e Carla Amirante/ Um resumo do pensamento de Denninger, Erhard em português está no seu artigo “Segurança, Diversidade e Solidariedade” ao invés de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” publicado in *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (n°88, dezembro de 2003, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG). (Não há menção de nome do tradutor), 21 a 22. Veja, também, nesse mesmo número, o artigo “O Constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger” de Michel Rosenfeld. páginas 47 a 79). Rosenfeld critica, energicamente, o paradigma proposto por Denninger demonstrando, por exemplo, que não apresenta as mínimas condições de se enquadrar na teoria constitucional americana presa ainda a dicotomia igualdade e liberdade.
- 10 Díez-Picazo, Luis María, op. Cit. página 27.
- 11 Vide o verbete de bloco de constitucionalidade adotado pelo Conselho Constitucional francês em 1974 de Luchaire François, páginas 87 a 89, in *Dictionnaire Constitutionnel*, (Organizado por Olivier Duhamel e Yves Mény), (Paris: PUF, 1992). A Constituição Federal de Direitos Fundamentais incorporaria um exemplo dessa concepção constitucional francesa de bloco de constitucionalidade.
- 12 Apesar de constitucionalistas americanos como Stephen M. Griffin. *American Constitutionalism (From Theory to Politics)* (Princeton: Princeton University Press, 1996) defenderam a posição que uma série de atores como os próprios Executivo e Legislativo, e não somente, a Corte Suprema atuaram para a natureza excepcional da Teoria Constitucional Americana.
- 13 Tulbens, Françoise e Callewaert, Johan, op. Cit. É anterior a Carta dos Direitos Fundamentais, veja o contexto descrito por Pi Llorens, Montsenat. *Los Derechos Fundamentales em el ordenamiento Comunitario* (Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1999) e ainda, Simon, Denys. *Le Systême Juridique communaitaire* (Paris: PUF, 1997).
- 14 Aldecca, Francisco Luzánaga “Uma Europa” – su proceso constituyente 2000-2003 (Madrid: Biblioteca Nueva, 2003), pag. 52, nota 16.

Recebido em 03/04  
Avaliado em 04/04  
Aprovado em 04/04