

NÍVEIS E TÉCNICAS INTERNACIONAIS E INTERNAS DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS NA EUROPA. UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*

Francisco Balaguer Callejón **

Sumário: Introdução. 1. Constituição, juiz e legislador na pré-figuração e configuração dos direitos fundamentais. 2. Criação de Direito e criação de direitos. Características técnicas da produção jurídica desenvolvida pelos tribunais constitucionais nacionais. 3. Os Direitos Fundamentais na União Européia. 4. A função criadora do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias em matéria de Direitos Fundamentais e suas limitações. 5. As garantias dos direitos na Convenção Européia de Direitos Humanos. 6. A função criadora do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em matéria de Direitos Fundamentais e suas limitações. Conclusão. Referências.

Resumo: Os vários Estados que compõem a União Européia, cada qual com seu ordenamento jurídico interno em que suas Constituições garantem internamente os direitos fundamentais, requer do jurista, uma visão constitucional dos direitos já no âmbito internacional. A produção jurídica depende de níveis e técnicas constitucionais, envolvendo o juiz e o legislador na pré-figuração e configuração dos direitos fundamentais. A existência de técnicas variadas de produção jurídica pelos tribunais constitucionais internos são fontes dos direitos fundamentais na União Européia. Não obstante, a produção interna dos direitos fundamentais, os mesmos são de competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e do Tribunal

Abstract: Several States that make part of The European Union, each one with its internal juridical law whose Constitutions guarantee their basic rights internally, require from the judge a constitutional understanding of rights even internally. The juridical production depends on constitutional levels and techniques, also gathering the judge and a legislator on a previous view and configuration of basic rights. It can also be pointed out that those different techniques of juridical production by internal constitutional courts is a source of basic rights on European Union. Nevertheless, the internal production of basic rights, which are under the responsibility of the Supreme Court of European

* Traduzido do espanhol por Luiz Eduardo Anesclar. Pesquisador para a elaboração de Tese no Departamento de Direito Constitucional da Universidade de Granada. Bolsista da CAPES. Governo Federal. Brasília. DF. Brasil.

** Catedrático de Direito Constitucional. Catedrático de Direito Constitucional Europeu. Cátedra Jean Monnet de Direito Constitucional. Diretor do Departamento de Direito Constitucional. Universidade de Granada - Espanha. dconsti@ugr.es - balaguer@ugr.es.

Europeu de Direitos Humanos, porém, sofrem limitações pelos direitos garantidos na Convenção Européia de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Constituição. Criação de direitos. Direitos fundamentais. Convenção européia

communities and European Court of Human Rights, are limited by ensured rights at European Court of Human Rights.

Keywords: Constitution, creation of rights, basic rights. European convention

Introdução

A proteção internacional dos direitos alcançou um alto prestígio no marco regional europeu, em virtude do desenvolvimento pela CEDH de 1950. A previsão de mecanismos específicos de garantia, tem contribuído a que esse sistema, sirva de modelo a outros instrumentos regionais. Enquanto a realização dos direitos fundamentais pugna, inutilmente, por impor-se num grande número de países no âmbito europeu, temos uma superposição de elementos de garantia que se acrescenta aos de caráter universal. Junto ao reconhecimento constitucional, encontramos com o nível da CEDH, cujos mecanismos se aperfeiçoaram com o Protocolo 11, tornando possível a configuração de uma estrutura judicial permanente e o acesso direto dos cidadãos ao TEDH. Ao mesmo tempo, a progressiva tensão sobre o status dos direitos fundamentais na União Européia, aproxima-nos cada vez mais de uma tríade de níveis e técnicas de garantia dos direitos, geradores de um diálogo entre tribunais que se pode caracterizar, em princípio, como um fenômeno positivo para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Diz-se, com razão, que os direitos fundamentais já não são na Europa um assunto estritamente interno dos Estados e, muito provavelmente, nunca mais voltarão a sê-lo. (A. Rodríguez).

Diante de tão abrumadora proliferação de instâncias protetoras, caberia perguntar-se por que é necessária esta superposição de níveis. Realmente, resulta curioso que sejam os países com um sistema constitucional mais aperfeiçoado e protetor dos direitos os que se submetam a estas instâncias supranacionais com capacidade para supervisionar a atuação dos órgãos nacionais. Parece claro que essa situação não responde a uma necessidade de dispor de várias instâncias de controle externo, que seja consubstancial aos sistemas constitucionais modernos. Não obstante, a existência de uma diversidade de níveis somente parece justificável, enquanto que cada um deles tem a sua própria razão de ser.

Não faltam, desde logo, estas razões no nível supranacional, porquanto que a garantia internacional dos direitos encontra ao menos uma dupla justificação: por um lado, poderíamos dizer que o processo de internacionalização e globalização não pode deixar de manifestar-se também no âmbito jurídico. Dessa perspectiva, a proteção dos direitos se vê afetada também pelo processo de produção e recepção que mundialmente se produz no âmbito do direito constitucional (P. Häberle); por outro lado, esse processo de globalização obriga necessariamente a estender os espaços jurídicos e de proteção dos direitos, conformando aos direitos como uma espécie de “moeda ideal” única, com valor legal em grande parte dos ordenamentos (G. Rolla). Se os conflitos jurídicos não são unicamente nacionais, as respostas tampouco podem ser só nacionais. Como se pode ver, ambos os aspectos não são mais que duas vertentes de uma mesma realidade. Porém, por assim dizer, deles se deriva uma necessidade “estrutural” de proteção supranacional que, não obstante, deveria ir mais além do âmbito europeu para ser plenamente congruente com os processos antes enunciados.

São múltiplas as perspectivas, desde que esta diversidade de níveis de realização dos direitos possa ser analisada. A que aqui vamos tentar analisar é a perspectiva constitucional, que questiona o sistema de proteção europeu dos direitos em relação às técnicas constitucionais de garantia consolidadas historicamente. As questões que serão suscitadas, trazem a causa da especial formulação que a garantia dos direitos adquire no âmbito supranacional, ao relatar, de maneira básica ou exclusiva, sobre o esforço desenvolvido pelos tribunais. Naturalmente que o desenvolvimento pretoriano dos direitos é necessário. Não obstante, o equilíbrio constitucional entre instâncias que contribuiu historicamente para a realização dos direitos fundamentais se rompe, em maior ou menor medida, se em lugar de “realização” dos direitos, reduzimos o debate à sua “garantia” jurisdicional. Essa garantia jurisdicional deixa de ser uma instância interativa com os outros agentes de realização dos direitos para converter-se em uma instituição desligada das condições práticas e jurídicas que se dão em cada ordenamento concreto. Enquanto os tribunais constitucionais internos controlam os outros agentes, atuando sobre um marco de competências definidas e de responsabilidade política e jurídica, os tribu-

nais supranacionais têm uma margem de manobra mais ampla ao desvincular-se desse marco. Esta desvinculação pode operar como uma grande vantagem ao se subtrair às pressões dos outros agentes. Porém, ao mesmo tempo, pode apresentar alguns inconvenientes.

Uma vez estabelecidos os termos gerais do problema, analisaremos inicialmente as questões que se suscita em relação à União Europeia, na qual o nível de constitucionalização é superior, passando em seguida às relativas às CEDH.

1. Constituição, juiz e legislador na pré-figuração e configuração dos direitos fundamentais.

No Estado Constitucional de Direito, os direitos fundamentais são uma peça essencial da ordem constitucional. Seu reconhecimento constitucional não tem só uma função declaratória e de garantia a respeito desses direitos, senão que, em um segundo plano, serve também de instrumento básico potencializador do equilíbrio de poderes. Isto significa que a proclamação constitucional dos direitos fundamentais desenvolve uma função de retro-alimentação do sistema democrático que, em última instância, favorece também a realização dos direitos proclamados.

A constitucionalização dos direitos serve, dentre outros aspectos, para estabelecer dois níveis diferenciados em sua realização: o nível constitucional e o nível legislativo. O constituinte prefigura e o legislador configura os direitos (P. Cruz Villallón). O constituinte, ao prefigurar os direitos, já estabelece limites ao legislador. Limites que atuam diretamente em relação ao conteúdo essencial do direito garantido, em constituições como a alemã ou a espanhola. De tal maneira que a ausência de desenvolvimento legislativo não impede a realização essencial do direito.

Por sua parte, o legislador pode configurar os direitos a partir dos preceitos constitucionais, num desenvolvimento que resulta necessário para a plena efetividade de muitos destes. A função legislativa permite expressar os objetivos que, dentro do marco constitucional, direciona a comunidade em relação aos direitos constitucionais. Esses objetivos não são uma mera expressão da vontade majoritária porque tendem a expressar um

consenso básico, não necessariamente tão amplo como o pacto constituinte; porém, respeitoso com as minorias. Os limites materiais e, às vezes, procedimentais (a lei orgânica no caso do nosso ordenamento), estabelecidos na Constituição, constituem-se num marco dessa capacidade de configuração do legislador. Por meio da função legislativa, articuladora do pluralismo dentro do marco constitucional, faz-se possível o desenvolvimento democrático dos direitos constitucionais.

Ademais da Constituição e do legislador, a jurisdição constitucional desenvolve uma importante função em relação aos direitos fundamentais no Estado constitucional de direito. Trata-se de uma função interativa com a do legislador que conecta o nível constituinte ao legislativo. A jurisdição constitucional produz direito em ambos os níveis. Porém, também a jurisdição constitucional está submetida a limites estruturais que impedem uma orientação excessivamente jurisprudencial do desenvolvimento dos direitos, em prejuízo da capacidade de configuração do legislador.

Assim, pois, no Estado constitucional de Direito, intenta-se um equilíbrio na realização dos direitos fundamentais entre três agentes essenciais: constituinte, legislativo e jurisdicional, que interagem sobre um contexto previamente definido: as disposições e normas constitucionais.

2. Criação de Direito e criação de direitos. Características técnicas da produção jurídica desenvolvida pelos tribunais constitucionais.

A singularidade da função criativa desenvolvida pelo TJCE e TEDH em matéria de direitos fundamentais pode contrastar-se adequadamente, se se compara com o desenvolvimento dessa mesma função por parte dos Tribunais Constitucionais nacionais. A este respeito, há que dizer que a jurisprudência constitucional produz direito sob determinadas condições estruturais que favorecem uma limitação de seu poder e, portanto, um equilíbrio em sua inserção dentro do conjunto dos poderes públicos.

A respeito do legislador, as produções dos tribunais constitucionais nacionais carecem da plenitude própria da produção legal. A lei continua sendo o instrumento de conformação do ordenamento jurídi-

co, que expressa o funcionamento normal dos mecanismos de produção jurídica. A jurisprudência tem um potencial correccional que surge só no momento da solução do conflito.

Assim, pois, a jurisprudência é uma fonte de produção complementar do ordenamento jurídico. O Código Civil espanhol assim se expressa, a respeito da jurisprudência do Tribunal Supremo (artigo 1.6 CC: “a jurisprudência complementar o ordenamento jurídico com a doutrina que, de modo reiterado, estabeleça o Tribunal Supremo ao interpretar e aplicar a lei, o costume e os princípios gerais de direito”). Trata-se de uma fonte que só intervém quando se produz o exercício da função jurisdicional. Da tradicional consideração estática do ordenamento jurídico, poderia dizer-se que a jurisprudência expressa a resposta à patologia do sistema. Da consideração dos mecanismos ordinários de produção jurídica, a jurisprudência como fonte do Direito só se expressa quando se produz, por quaisquer que sejam os motivos, alguma “decisão” nesses mecanismos ordinários, ao desenvolver-se um conflito jurídico que precisa de uma solução judicial. O que ocorre é que essa patologia é tão comum ao ordenamento como o é a enfermidade a qualquer sociedade. A jurisprudência, como reação ante a essa “patologia”, é justamente um mecanismo vital de desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Em todo caso, em que pese a maior ou menor extensão quantitativa da jurisprudência como fonte do Direito, e, especificamente da jurisprudência constitucional, este traço de seu caráter complementar não pode considerar-se irrelevante. Tem uma grande incidência tanto no plano técnico do ajuste entre as diversas fontes do direito quanto no que se refere à modulação da própria atividade jurisprudencial.

A respeito deste último, ou seja, a modulação da própria atividade jurisprudencial, o seu caráter complementar obriga a jurisdição constitucional a ter sempre presente que a função jurisdicional nunca pode pretender substituir o legislador. A jurisprudência constitucional tem uma função corretiva ou reparadora, nunca conformadora da legalidade, no plano de plenitude, em que essa função conformadora corresponde ao legislador. Esta limitação da atividade jurisprudencial do TC tem uma clara conexão com o sentido do princípio democrático em que a Constituição

normativa se assenta. Como expressão da vontade democrática da sociedade, produzida seguindo os mecanismos formais de articulação do pluralismo estabelecidos na Constituição, a lei tem uma capacidade estrutural de conformação do ordenamento jurídico. Essa capacidade de conformação pode ser corrigida pelo TC, por exemplo, quando os mecanismos formais de expressão do pluralismo não servirem para garantir o respeito à ordem constitucional. Quando a democracia legislativa choca com a democracia constitucional e o legislador vulnera os direitos constitucionais, então o TC pode reparar a atuação legislativa. Essa reparação admite diversas formulações concretas, de acordo com as exigências que se derivam da necessária conciliação dos princípios constitucionais (entre os quais, o pluralismo ou, inclusive, o princípio de constitucionalidade que é mais um outro a conciliar). Em todo caso, o próprio TC deverá manter aberto a via do pluralismo, evitando interpretações que possam reduzi-lo. A produção normativa do TC se produz, em sede de controle, e esta limitação nunca pode ser esquecida. Ao legislador, corresponde produzir as normas: ao TC, controlá-las. A produção normativa do TC só pode ser a que venha obrigada por essa função de controle. Ele não é um órgão de criação de Direito, senão um órgão de controle que cria Direito como consequência dessa atividade de controle.

A respeito do nível de produção constitucional, o desenvolvimento do potencial criador da jurisdição constitucional produz-se também no exercício de sua função jurisdicional. Não obstante, a capacidade de ação do tribunal é mais ampla, pois, sendo a função natural da jurisdição constitucional a interpretação última dos preceitos constitucionais, suas possibilidades de conformação da ordem constitucional são bem notáveis.

No plano técnico, o caráter complementar da jurisprudência constitucional tem sua manifestação na medida em que se conformam as cadeias normativas que finalmente serão aplicadas pelos operadores jurídicos. O legislador pode, partindo do marco constitucional, estabelecer uma cadeia de enunciados completa, que resulte aplicável pelos operadores jurídicos. Esse poder é inerente ao princípio democrático em que se inspira o ordenamento constitucional. Pelo contrário, a produção jurisprudencial do direito só opera na reparação ou na conformação de

alguns enunciados da cadeia normativa, aqueles que resultaram questionados ou aqueles que requerem uma formulação própria (porque não existem e que devem acudir aos mecanismos de integração do sistema) ou um ajuste aos princípios do sistema.

A intervenção fragmentária da jurisprudência constitucional sobre as leis pode supor que determinadas disposições legais sejam expulsas do ordenamento, se as normas nela contidas forem contrárias à Constituição. Também pode supor que dessas disposições se extraíam normas congruentes com a Constituição, distintas daquelas que foram impugnadas. Salvo em determinadas condições (por exemplo, quando se declaram inconstitucionais disposições derogatórias ou normas que atribuem competências), a intervenção da jurisprudência é limitada, operando sobre disposições concretas que se inserem num conjunto sistemático muito mais amplo. Isto supõe que sua capacidade de incidir diretamente no ordenamento infraconstitucional é realmente muito reduzida, ainda que suas sentenças possam ter uma repercussão política muito ampla. Essa repercussão é consequência do caráter arbitral que tem a jurisprudência constitucional e da tensão política subjacente aos processos constitucionais. Porém, a função legislativa que desenvolve a jurisdição constitucional não é uma autêntica função legislativa como a que realiza o legislador, expressando uma vontade de conformação que integra todos os elementos normativos necessários para regular uma esfera social determinada.

Em suma, poderíamos dizer que, enquanto o legislador tende a formulações normativas completas, a jurisdição constitucional tende a ajuizar disposições ou normas que só resultarão aplicáveis em contextos normativos previamente definidos pelo legislador. Daí que não lhe corresponde à jurisdição constitucional a conformação dos direitos constitucionais senão, tão-somente, a correção das linhas desenvolvidas pelo legislador.

Uma valoração distinta se poderia fazer a respeito da relação entre jurisdição constitucional e Constituição. A contribuição da jurisdição constitucional à produção de direito constitucional opera também sobre um contexto normativo prévio. Não obstante, neste caso, a capacidade de incidência da jurisdição constitucional é maior e sua intervenção menos fragmentária. Com efeito, o labor jurisdicional se produz aqui sobre um con-

texto muito reduzido e sobre enunciados que se podem configurar como normas diretamente aplicáveis para seus destinatários. Quando a jurisdição constitucional interpreta esses enunciados, está condicionando a função legislativa e a atuação dos tribunais ordinários. Uma troca de sentido na interpretação que realiza a jurisdição constitucional (isto é, a produção de novas normas a partir dos mesmos enunciados constitucionais) pode ter conseqüências imprevisíveis. Ao mesmo tempo, a capacidade de conformação da ordem infraconstitucional que a jurisdição pode desdobrar mediante a produção de direito constitucional em suas sentenças é muito superior a que possui perante a fragmentária produção infraconstitucional.

3. Os Direitos Fundamentais na União Européia

A União Européia é, tecnicamente, um ordenamento jurídico próprio, diferenciado dos ordenamentos estatais e dotado de autonomia a respeito destes. Quer ser também uma Comunidade de Direito na expressão usada pelo TJCE no seu Dictamen 1/91 sobre o acordo do Espaço Econômico Europeu:

O tratado CEE, ainda que haja sido celebrado em forma de convênio internacional, não deixa de ser a carta constitucional de uma Comunidade de Direito. Conforme a reiterada jurisprudência do Tribunal de Justiça, os tratados comunitários criaram um novo ordenamento jurídico em favor do qual os Estados limitaram, em âmbitos cada vez mais amplos, seus direitos de soberania e cujos sujeitos não são unicamente os Estados membros, senão também seus nacionais.

A configuração de uma Comunidade de Direito que responda a uma ordem constitucional própria exige, não obstante, a adequação de suas estruturas aos elementos básicos que configuraram tradicionalmente o constitucionalismo. Com isso, não se quer dizer que as ordens constitucionais tenham que ser uniformes ou que não admitam inovações sobre as fórmulas atualmente existentes. Antes, ao contrário, o constitucionalismo não se expressa sob um só modelo constitucional, nem se pode fechar à incorporação de técnicas e modelos novos. Não obstante, a pretensão de construir a União Européia sobre suscitações “inovadoras” alheias ao constitucionalismo, resulta contraditória com a referência constante às tra-

dições constitucionais comuns no processo de integração europeia. Em última instância, a pretensão de consolidar novas fórmulas de organização política deverá coonestar-se com o estabelecimento de mecanismos de controle do poder que façam possível um equilíbrio constitucional.

Algumas referências constantes na conformação das ordens constitucionais, sem pretender expô-las agora de maneira exaustiva, permitem-nos valorar quando nos encontramos ante uma autêntica ordem constitucional. O caudal histórico do constitucionalismo surge de três fontes que terminaram por complementar-se: democracia, garantismo e normatividade (P. Vega). Cada ordem constitucional orienta, de maneira diferente, sua configuração dentro do modelo do Estado constitucional. No caso da Espanha, Itália ou Alemanha, esse modelo articulou-se em torno de determinados princípios, como são a democracia constitucional (portanto, a democracia entendida como preferência à maioria e respeito às minorias), o pluralismo territorial e a garantia dos direitos. Esses princípios conformaram um Estado constitucional de Direito, superador como capacidade de fazer frente às exigências de organização das sociedades destes países, das limitações do Estado legal de Direito. Este Estado constitucional de Direito é congenial com o processo de integração europeia. Isto é, o processo de integração europeia vem assentando-se sobre técnicas constitucionais do Estado constitucional de Direito e tende a conformar suas estruturas ao modelo de Estado constitucional de Direito. Concluindo, no Estado constitucional de Direito, Direito e direitos são termos indissolúveis: não pode haver uma comunidade de Direito que não seja uma comunidade de Direitos fundamentais.

A construção da Europa exige uma Constituição. Dessa suscitação, as técnicas constitucionais aplicadas ao processo de integração europeia terão que fazer o possível para harmonização dos grandes projetos, que deverão afrontar os cidadãos europeus do século XXI: o aprofundamento nos direitos constitucionais (tão recentes se se contempla a história de Europa) e a formação de uma autêntica comunidade europeia, que se configure em torno de valores culturais comuns, entre os quais deverão desempenhar um papel essencial os valores constitucionais.

No momento atual do processo de integração europeia, há que se partir da idéia de que o déficit democrático da União Europeia é mais um

déficit de Constituição que de Parlamento. A situação do processo de integração europeia nos evidencia como não há ainda um poder constituinte europeu, que tenha culminado o esforço de criação de uma autêntica Constituição europeia. O processo que se iniciou com a Convenção não tem respondido, até agora, às expectativas criadas. O “Anteprojeto de Tratado Constitucional” não merece sequer um comentário, pois não passa de ser um material preparatório bem elementar. Valoração distinta deve fazer-se do “Texto da Constituição da União Europeia” preparado no marco da Comissão, que responde a um trabalho sério e meditado. Não obstante, desde a perspectiva do processo de constitucionalização, este texto deixa muito a desejar, pois parece seguir a proposição de sistematizar e ordenar o esquema institucional atual, avançando muito pouco sobre ele. Nestas condições, gera-se um notável paradoxo, como é o do desenvolvimento progressivo do poder político europeu e a inexistência de uma ordenação constitucional que torne possível um controle efetivo desse poder.

No âmbito concreto dos direitos, esse déficit se manifesta na inexistência de um catálogo, uma declaração de direitos fundamentais incorporada formalmente aos Tratados, com as características como as que existem nos ordenamentos dos Estados constitucionais de Direito. A proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não variou substancialmente esta situação. Em primeiro lugar, porque não se incorporou aos Tratados, o que reduz seu valor jurídico e sua possível equivalência com o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais próprio do Estado constitucional. Porém, de maior importância que o anterior porque essa equivalência exigiria, ademais, a existência de outras condições estruturais. Condições que não se dão ainda, e que são necessárias para que a Carta se inclua em um contexto constitucional, baseado em uma distribuição competencial clara, entre a União e os Estados, e em uma ordenação institucional plenamente democrática.

Até que a Carta se incorpore aos Tratados, segue sendo de aplicação a remissão que se faz no antigo artigo F2 do TUE e atual 6.2 (desde o Tratado de Amsterdam) por meio do qual, “A União respeitará os direitos fundamentais, tal e qual se garantem no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, firmado em

Roma, em 4 de novembro de 1950, e como tal resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros como princípios gerais do Direito Comunitário". Este preceito é, sobretudo, uma mera *confirmação convencional* da evolução da jurisprudência do TJCE em matéria de direitos fundamentais (Montserrat Pi) que não vêm a reconhecer direitos fundamentais como tais, senão a confirmar seu *status* de princípios gerais do Direito comunitário elaborados pelo TJCE. O Tratado de Amsterdam veio a corrigir a deficiência inicial deste preceito, tal e qual foi incorporado ao TUE (E. Pérez Vera), ao incluí-lo agora nas competências do TJCE. Isto significa que o preceito supõe, ao menos, uma vinculação para o TJCE que não poderá mudar sua linha jurisprudencial, porém, mais além desse efeito limitador, a respeito do próprio TJCE, o preceito carece da força jurídica, que suporia que a CEDH se converteria em parte do direito comunitário (Montserrat Pi) ou que a Carta de Direitos Fundamentais se houvera incorporado aos Tratados.

No momento, portanto, a conformação dos direitos fundamentais na União Européia segue descansando no labor do TJCE, que formula esses direitos como princípios gerais do Direito comunitário, extraindo-os, além dos Tratados, das tradições constitucionais comuns dos Estados-membros e da CEDH. Esta singularidade, situa-nos no centro do debate, ante a função desenvolvida pelo TJCE para determinar se, por si mesma, essa função permite uma conformação dos direitos e de sua garantia, que possa ser aceitável desde a perspectiva do Estado constitucional de Direito.

4. A função criadora do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias em matéria de Direitos Fundamentais e suas limitações

A situação da jurisdição européia que exercita o TJCE é muito diferente da que se há descrito mais acima, a respeito das jurisdições constitucionais nacionais. Entre os déficits podemos assinalar:

- Não existe, no que pese a Proclamação da Carta, um contexto normativo, definido por meio de uma autêntica proclamação cons-

titucional de direitos que se imponham sobre todos os poderes públicos, inclusive quando falta o desenvolvimento legislativo.

- Não existe, portanto, uma determinação prévia de disposições sobre as quais a jurisdição constitucional possa precisar os possíveis sentidos normativos.
- Não existe uma interação possível com o legislador democrático que desenvolva e configure os direitos a partir do marco constitucional.

Estes déficits supõem que o TJCE, ante a ausência de contexto constitucional e de desenvolvimento legislativo, tenha que realizar uma função constituinte própria para incorporar direitos ao ordenamento, essencialmente mediante o recurso a elementos externos ao próprio ordenamento comunitário (tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros ou CEDH). A própria Carta de Direitos Fundamentais se refere em seu Preâmbulo a estes e outros elementos, incluída a jurisprudência do TJCE:

A presente Carta reafirma, respeitando as competências e missões da Comunidade e da União, assim como o princípio de subsidiariedade, os direitos reconhecidos especialmente pelas tradições constitucionais e as obrigações internacionais comuns dos Estados membros, o Tratado da União Européia e os Tratados comunitários, o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, as Cartas Sociais adotadas pela Comunidade e pelo Conselho de Europa, assim como pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Não obstante, o TJCE poderia recorrer, também desses à Carta de Direitos Fundamentais (ainda que não tenha sido incorporada aos Tratados). Em conclusão, que a Carta possa adquirir valor jurídico por meio de sua possível aplicação pelo TJCE, é algo que não faz senão reafirmar a ausência de valor constitucional da Carta, cujos enunciados terão que adquirir virtualidade jurídica, mediante essa função constituinte própria que seguirá desenvolvendo o TJCE (e sempre com os limites competenciais inerentes à atuação deste órgão).

Essa função constituinte tem uma vocação legislativa necessária para a realização do direito fundamental, pelo qual o TJCE tem que atuar si-

multaneamente no âmbito legislativo e no constituinte. Ele o faz mediante a configuração dos direitos como princípios, o que equivale, em certa medida, à garantia do conteúdo essencial dos direitos, das faculdades essenciais que podem objetivar-se nos direitos, mais além das faculdades específicas que o legislador queira incorporar no uso de sua capacidade de configuração (garantia que, por certo, assegura a Carta em seu artigo II - 112º. 1).

Na realidade, o legislador europeu não pode configurar os direitos fundamentais em muitos âmbitos, pela ausência de competências específicas e ele, com independência da existência de cláusulas abertas nos Tratados, faz possível uma intervenção mais ampla em matéria de Direitos fundamentais. A própria Carta vem reconhecer esta limitação, quando em seu artigo II - 111º. determina na alínea 1 que:

As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União por outras partes da Constituição.

Dentro dos limites de competências que se atribuem à União, nas demais partes da Constituição, em sua alínea 2 indica que:

A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas por outras partes da Constituição.

Tal dispositivo não modifica as competências que se atribuem à União nas demais partes da Constituição. Por que, então, o TJCE pode atuar em âmbitos relativos a direitos nos quais o legislador europeu não pode intervir? A explicação quiçá seja que o TJCE tem que determinar os limites da aplicação do direito comunitário, quando este colide com direitos fundamentais dos cidadãos comunitários. Desse modo, o TJCE se aproxima necessariamente dos direitos fundamentais, sem que possa deixar a função de definir os limites do direito comunitário às instâncias jurisdicionais

nacionais (para garantir o desenvolvimento unitário do ordenamento comunitário que exige uma interpretação unitária realizada pelo TJCE). Esses limites operam também a respeito dos direitos reconhecidos no Direito europeu no âmbito de suas competências, como se reconhece no artigo II -112º.2 da Carta de Direitos Fundamentais que especifica que “Os direitos reconhecidos pela presente Carta que se regem por disposições constantes de outras partes da Constituição são exercidos de acordo com as condições e limites nelas definidos”.

Ao TJCE deram-lhe excessivos poderes, porém também lhe exigiram demasiadamente. Nenhuma ordem jurisdicional pode suprir as deficiências daqueles agentes políticos que têm a responsabilidade de determinar os fins a perseguir pela comunidade e os meios que devem utilizar-se para conseguir esses fins. Tradicionalmente, não obstante foi confiado ao TJCE a função de impulsar o ordenamento comunitário, algo que foi feito com grande eficácia. O desenvolvimento de princípios tais como o efeito direto ou a primazia do direito comunitário, de articulação dos ordenamentos internos com a ordem européia, tem sido obra essencial do TJCE. Por meio desses princípios, adquiriu-se uma progressiva consciência da irreversibilidade do processo de integração européia e da necessidade de avançar neste. Não obstante o TJCE os tenha formulado no âmbito de suas competências, não se pode dizer o mesmo da pretensão de que o tribunal vá formulando uma declaração de direitos além do âmbito das competências naturais do direito comunitário.

A margem de ação do TJCE, em relação aos direitos fundamentais, é muito limitada porque só se pode mover nos limites de aplicação do direito comunitário e dos conflitos que essa aplicação possa provocar. Progredir além desse âmbito requer uma decisão política de caráter constituinte. Porém, essa decisão não pode recair somente sobre os direitos fundamentais, mas tem que se estender àqueles outros aspectos nos quais uma declaração de direitos possa adquirir sentido. Assim, a clarificação dos âmbitos competenciais da União Européia e dos Estados é um requisito prévio para que se possa determinar a capacidade de ação dos órgãos comunitários sobre os direitos fundamentais. Igualmente o é o aprofundamento democrático mediante as correspondentes reformas institucionais.

A este respeito, seria conveniente realizar clarificação prévia sobre quais são os objetivos a perseguir com uma declaração de direitos. A adesão ao CEDH, por exemplo, teria permitido estabelecer limites concretos à atuação dos poderes comunitários (por certo que a Carta de Direitos Fundamentais contém uma remissão em seu artigo 52.3) ao CEDH, a efeitos de interpretação de seus preceitos, enquanto em seu artigo 53 estabelece que:

Nenhuma das disposições da presente Carta poderá interpretar-se como limitativa ou lesiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos, em seu respectivo âmbito de aplicação, pelo Direito da União, pelo Direito Internacional e pelos convênios internacionais dos quais são parte a União, a Comunidade ou os Estados membros, e em particular o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assim como pelas constituições dos Estados membros.

Não obstante esses limites aos poderes comunitários, pode-se dizer que existem hoje, em parte, por meio dos Estados-Membros (como podemos ver na condenação a Gran Bretanha em relação com o não-reconhecimento aos cidadãos gibraltenses do direito de sufrágio nas eleições ao Parlamento Europeu).

Porém, um reconhecimento de direitos orientado unicamente à sua configuração, como limite dos poderes públicos, situa-nos novamente no campo da atividade jurisdicional do TJCE. Uma proposição desta natureza não conduz à formulação, por meio dos direitos, de um projeto de comunidade político-constitucional, mas à definição dos limites dessa comunidade; porém, não de sua potencialidade em positivo. Para que o Direito europeu incorpore também os direitos dos europeus, uma declaração de direitos é necessária; porém, não como passo prévio, mas como conclusão de um processo de reflexão profunda sobre a União Européia. Processo dessa natureza é conhecido, hoje, na história, como: *processo contituinte*.

5. As garantias dos direitos na Convenção Européia de Direitos Humanos

As características do sistema de proteção dos direitos estabelecidos pela CEDH são muito distintas às da União Européia. Para começar, exis-

te já uma autêntica Carta de direitos, a Convenção, ampliada progressivamente desde sua formulação, em 1950 (entrou em vigor em 1953) por meio de Protocolos adicionais e desenvolvida jurisprudencialmente pelo TEDH (desde 1959 ano em que se institui). É justamente a existência de uma jurisdição específica encarregada da aplicação da CEDH, o que vai dar consistência à Convenção e vai fazer possível que funcione realmente como um convênio de proteção dos direitos. Ao mesmo tempo, o êxito obtido pelo TEDH e a legitimação democrática que dá aos Estados sua inserção dentro das instituições de salvaguarda dos Direitos do Conselho de Europa tem determinado um aumento considerável do número de Estados contratantes, que atualmente chega a 44.

Esta ampliação, motivada essencialmente pela afluência dos países europeus da antiga órbita soviética, tem dado lugar à necessidade de transformações que permitam adequar a estrutura do sistema de garantia às novas necessidades derivadas de um crescimento excessivo produzido em muito poucos anos (ante a Comissão Europeia de Direitos Humanos passou o número de assuntos de 404 em 1981 a 4750 em 1997 e ante o TEDH de 7 em 1981 a 119 em 1997). Esta é a razão da formulação do Protocolo nº 11, aberto à firma em 1994, que entrou em vigor em 1998 e que contemplava uma reestruturação orgânica essencial, com a supressão da Comissão Europeia de Direitos Humanos e a configuração do novo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como um tribunal permanente com uma organização complexa. Se pode dizer (Fernando Álvarez-Ossorio) que com o Protocolo 11, o sistema de proteção europeu dos direitos completa seu ciclo de crescimento mediante a plena judicialização do sistema e o reconhecimento do acesso direto das pessoas físicas e jurídicas ao novo e único TEDH.

Esta plenitude do sistema vem a superar um período, no qual se mantinha um certo equilíbrio entre os aspectos políticos e jurídicos da garantia dos direitos. Não obstante, um dos grandes problemas (entre outros) que suscitava esse período nos últimos tempos era o atraso que a obrigada intervenção da Comissão Europeia de Direitos Humanos provocava nos processos. O direito a um processo sem dilatações indevidas ficava em entredito ante a própria jurisdição do TEDH (por mais que as necessidades de reforma persistam a teor do progressivo aumento do número de

assuntos: de 5979 em 1998 à 13858 em 2001). Por outro lado, a judicialização do sistema abre novas perspectivas à proteção dos direitos no âmbito europeu. Porém, ao mesmo tempo, obriga a suscitar com maior rigor o papel que corresponde ao TEDH no novo cenário de plena garantia jurisdicional dos direitos que o protocolo 11 cria. O caráter pretoriano do sistema se acentua e ele conleva vantagens e riscos. Neles nos deteremos em seguida.

6. A função criadora do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em matéria de Direitos Fundamentais e suas limitações

As questões que se propõe em relação ao nível de proteção europeia dos direitos via CEDH são em parte similares às próprias da UE e em parte distintas. Para iniciar, há, sim, um prévio contexto normativo. Certamente, não estamos ante uma definição realizada por meio de uma proclamação de direitos que se imponham sobre todos os poderes públicos, inclusive quando falta o desenvolvimento legislativo, no sentido em que isto ocorre nos ordenamentos internos. Não o havendo, porque não está previsto em modo algum o desenvolvimento legislativo desses direitos, de tal maneira que a CEDH atua só no nível que poderíamos considerar “constitucional” por meio da interpretação e aplicação pretoriana sem que o desenvolvimento dos direitos exceda desse nível. Não há, propriamente, um sistema de direitos com vocação de realizar-se por si mesmo por meio de procedimentos normativos e administrativos. O sistema de direitos se situa no nível distinto, isolado da realidade concreta de cada um dos ordenamentos aos que vem a reger parcialmente (no âmbito dos direitos que figuram na Convenção).

Existe, em todo caso, uma determinação prévia de disposições sobre as quais a jurisdição possa precisar os possíveis sentidos normativos. Desta perspectiva, poderíamos dizer que a jurisdição atua sobre a base de uma normativa “constitucional” preexistente que deve ser interpretada e aplicada. Desta forma, os direitos fundamentais não são categorias auto-suficientes que permitam dar satisfação, com sua simples enunciação constitucional, de todas as necessidades de regulação das sociedades. Pelo contrário, os preceitos constitucionais só são um ponto de partida necessário, inclusive para o próprio equilíbrio de poderes, que necessita do desen-

volvimento democrático impulsionado pelo legislador com os limites estabelecidos pela jurisdição. Os direitos fundamentais expressam em cada momento o projeto de comunidade que se desenvolve mediante a interação entre Constituição, lei e jurisdição. Seria incorreto dizer que esses direitos só podem ser ativados pelo legislador. Pelo contrário, a percepção do constitucionalismo do Estado constitucional de Direito é a de que os poderes do legislador devem ser limitados para garantir os direitos de todos os setores sociais. Porém, tampouco se pode confiar à jurisdição a exclusiva conformação desses direitos. Em primeiro lugar, porque a jurisdição carece das condições estruturais que a permitam formular o projeto político-constitucional que a sociedade requer. Em segundo lugar, porque ainda que as tivesse, designar esse papel exclusivamente à jurisdição romperia o delicado equilíbrio de poderes, no que deve basear-se todo sistema de proteção de direitos fundamentais.

Conclusões

À diferença do que ocorre no sistema da UE (e também nas jurisdições constitucionais internas), as garantias convencionais dos direitos não estão unidas ao exercício competencial por parte de poderes não jurisdicionais próprios, em relação aos quais se produz a realização e a possível lesão dos direitos. Antes, ao contrário, o ramo jurisdicional é o único existente no marco da CEDH. Isto significa que o ajuizamento das atuações lesivas dos direitos se produz sempre mediante o controle dos poderes públicos nacionais e, portanto, aplicando uma lógica às vezes distinta (a da CEDH) a do próprio ordenamento *sub judice* (daí o TEDH ter reconhecido ao princípio de subsidiariedade como um princípio essencial que deve respeitar quando ajuizar a atividade dos poderes públicos nacionais).

Esta característica apresenta, sem dúvida, uma faceta positiva: a longevidade implica ausência de compromissos, capacidade de subtrair-se à opinião pública nacional, maior independência, poderíamos dizer. Porém, ao mesmo tempo pode apresentar outras facetas negativas: o TEDH pode intervir sobre os ordenamentos nacionais de uma maneira fragmentária, não sistemática, afrontando os problemas de maneira parcial e in-

troduzindo soluções que podem resultar comprometidas quando não difíceis de realizar a partir da perspectiva desses ordenamentos nacionais. O TEDH pode oferecer-nos, assim, uma visão em negativo fotográfico, por assim dizer, das jurisdições constitucionais nacionais: por um lado o TEDH não terá, seguramente as contemplações nem os medos que possam ter as jurisdições nacionais, ante a repercussão de suas sentenças. Por outro lado, essa maior independência pode dar lugar também à incompreensão do problema jurídico que se está abordando ou a uma solução que resulte mais lesiva para o ordenamento em seu conjunto, ainda que garanta de maneira mais eficaz o direito lesionado. Estes riscos se acrescentam, necessariamente, com a ampliação do número de Estados que ratificaram a CEDH e do número de membros (de origem nacional muito diversa) do TEDH. O labor de ajuizamento de uma medida estatal lesiva dos direitos não se pode realizar desligada do contexto ordenamental, em que essa lesão foi produzida. Há sempre dois termos no controle que se realiza: por um lado, o parâmetro de controle, e, por outro, o objeto de controle. O juiz não só deve conhecer muito bem o parâmetro mas, também o objeto, pois, caso contrário, o controle que se realiza não será correto. A desvinculação entre o parâmetro e o objeto de ajuizamento pode ser um elemento distorsivo.

A atuação do TJCE pode situar-se numa posição intermediária neste ponto entre as jurisdições nacionais e o TEDH. O controle que realiza vai unido ao exercício competencial próprio da UE, e, dessa perspectiva, a desvinculação entre o parâmetro e o objeto de ajuizamento (quando existe) é menor.

No entanto, o sistema do CEDH apresenta alguma característica comum com o da UE. Assim, existe uma interação possível com o legislador democrático que desenvolve e configura os direitos a partir do marco constitucional. A definição dos direitos é exclusivamente pretoriana. A questão é, não obstante, que esta característica aparece muito mais acentuada no TEDH que no TJCE. Neste último, existem agentes com capacidade para servir de contrapeso, não só agentes institucionais, mas também um incipiente espaço público comum, (P.Häberle) com capacidade para incidir sobre a jurisprudência do TJCE e de contribuir para seu controle. Controle que pode realizar-se entre outros meios, com a adoção de medidas normativas que corrijam as linhas jurisprudenciais quando se considere necessário (caso

Kalanke, por exemplo). Na interação com o legislador, o TJCE se situa novamente no lugar intermediário entre os ordenamentos nacionais e o TEDH.

Atendendo às características enunciadas do labor que realiza o TEDH, cabe suscitar pela conveniência de promover a eficácia direta de suas sentenças nos ordenamentos nacionais. O caráter declaratório de suas decisões requer medidas internas para tornar possível o cumprimento dessas decisões. A propósito, cabe suscitar se a eficácia direta das sentenças é estritamente necessária, inclusive se é aconselhável a partir da perspectiva da harmonia interna do ordenamento nacional. Enquanto o Juiz constitucional, ao proteger os direitos, tem em conta princípios e valores que necessariamente devem ser compatibilizados com os direitos (por exemplo, a segurança jurídica) em benefício do inteiro sistema de proteção, o TEDH atua com maior independência e, portanto, com menor vinculação ao ordenamento interno.

Referências

ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, F. Perfecciones e imperfecciones en el protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (I-XI-1998), **REDC**, n. 56, 1999.

BALAGUER, F. Derecho y Derechos en la Unión Europea. In: ATIENZA, Javier Corcuera (Coord.). **La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea**. Dykinson, 2002.

BALAGUER, F. Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos. PÉREZ, Miguel Angel Aparicio (Coord.) **Derecho Constitucionales y pluralidad de ordenamientos**. Barcelona: CEDECS, 2001.

BALAGUER, F. El *status* constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente. In: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS/TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, Madrid, 2002.

BALAGUER, F. La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal. In: HERRERA, Miguel Angel García (Dir.). **El constitucionalismo en la crisis del Estado social**. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997.

- BALAGUER, F. Tribunal Constitucional y creación del Derecho. In: TEMPLADO, Eduardo Espin; REVORIO, Francisco Javier Díaz (coords.). **La justicia constitucional en el Estado democrático**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, P. El legislador de los derechos fundamentales. In: LÓPEZ PINA, A. (ed.). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1991.
- DE VEGA, P. Constitución y democracia. In: _____. **La Constitución de la Monarquía Parlamentaria**. Madrid: FCE, 1983.
- HABERLE, P. Gibt es eine europäische Öffentlichkeit? In: _____. **Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner**. St. Gallen/Lachen: Dike Verlag, 1998.
- HABERLE, P. Die europäische Verfassungsstaatlichkeit. **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Heft, n. 3, 1995.
- HABERLE, P. Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, *EuGRZ*, 1991
- HABERLE, P. **Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates**, 1989.
- HABERLE, P. **Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer**. Berlín: Duncker & Humblot, 1992.
- PÉREZ VERA, E. El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos, *RIE*, n. 2, 1993.
- PILLORENS, M. **Los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario**. Barcelona: Ariel, 1999.
- RODRÍGUEZ, A. Ordenamiento comunitario y Convención Europea de Derechos Humanos. In: CONGRESSO LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA. Oñati, 1999. Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica, 1999. (no prelo)
- ROLLA, G. Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali, *QC*, dicembre 1997.