XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

JOAO HENRIQUE RIBEIRO RORIZ

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597
Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Dirceu Pereira Siqueira
Florisbal de Souza Del Olmo
Joao Henrique Ribeiro Roriz j – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-791-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Mesmo antes do final da Segunda Guerra Mundial muitos já procuravam os culpados pelo seu início. Uns apontavam dedos para países ou para líderes específicos, enquanto outros entendiam que certas instituições e determinadas ideias teriam tanta responsabilidade quanto os primeiros. Junto com a Liga das Nações e tratados como o Pacto Briand-Kellogg, a própria linguagem do direito internacional foi acusada de não ter conseguido ser um óbice para as intenções humanas mais belicosas. Alguns chegaram a afirmar que a nova ordem após a guerra não deveria ser obra de juristas e de normas, e defendiam abertamente um retorno ao equilíbrio de poder das potências e à Realpolitik.

Dentre os que saíram em defesa do direito internacional, temos o internacionalista brasileiro Hildebrando Accioly. Em um artigo de 1947 publicado no então Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Accioly escreveu: “Se há crimes, na vida interna dos Estados, não é por falta da lei penal; se as violações das leis da guerra foram tão enormes, na recente conflagração mundial, foi devido principalmente às desmesuradas proporções que esta assumiu, subvertendo princípios e, em certos campos, eliminando todas as considerações de respeito a quaisquer direitos”1 . Não haveria porque se desesperar sobre o futuro do direito das gentes. O otimismo de Accioly se dava na sua confiança de que o direito internacional ainda tinha muito a oferecer na nova ordem que se construía.

Algumas décadas depois, a disciplina que Accioly defendia continua movimentando textos, debates e ideias. De discussões herméticas em salas de presidentes e ministros de Estado a manchetes de jornais e discussões rotineiras, o direito internacional persiste no imaginário e nas práticas das pessoas e instituições neste início de século XXI. Seu ensino nas faculdades de direito no Brasil, já ameaçado em um passado autoritário não muito distante, faz-se cada vez mais crucial não apenas para compreender o mundo, mas para nos engajarmos em muda-lo para melhor. Temas como a proteção do meio ambiente, o combate à desigualdade, a efetivação das promessas de justiça e de direitos humanos persistem, e os internacionalistas têm o que dizer. Erigidos não apenas em um passado nostálgico ou em um futuro utópico, os projetos do direito internacional se dedicam a questões do presente.

A última década do milênio passado foi intitulada como a “Década do Direito Internacional” pela ONU.2 Um chamado à promoção e aos princípios do direito internacional, a ONU avançou o apelo à resolução pacífica de controvérsias, implementação de tribunais

internacionais, adoção de normas multilaterais e troca de informações e conhecimentos entre Estados ricos e aqueles que ainda lutam contra a pobreza. Ainda na década de 1990 assistiu à institucionalização da Organização Mundial do Comércio e, finalmente, à construção do Tribunal Penal Internacional.

Neste CONPEDI de 2019, o Grupo de Trabalho sobre Direito Internacional recepcionou trabalhos com recortes distintos e interesses múltiplos. Ainda que os temas, metodologias e recursos teóricos tenham sido variados, os trabalhos podem ser entendidos dentro de uma mesma orientação político-epistemológica de que o direito internacional continua a pulsar, firme e continuamente. Claro, há complexidade e nuances nos entendimentos sobre o que é o próprio direito internacional nestes trabalhos. Alguns textos se aproximam de concepções tradicionais e entendem este ramo do direito a partir de suas normas e instituições que regulam o comportamento de Estados, organizações internacionais e indivíduos. Outros se acercam mais da virada linguística e o entendem como um discurso de tomadores de decisões, acadêmicos ou burocratas que empregam uma linguagem técnica para abordar determinados assuntos. No nosso entendimento, a variedade de assuntos não demonstra uma temida fragmentação da área, pelo contrário: é uma evidência que esta é uma linguagem para a qual acadêmicos ainda se voltam em busca de perguntas e respostas.

Outra característica transversal dos trabalhos foi sua proximidade com o que um autor chamou de normatividade e concretude.3 Alguns trabalhos trataram de assuntos relacionados a práticas estatais, como responsabilidade estatal e efetividade de normas e instituições. Outros buscaram temáticas mais teóricas, com discussões mais normativas de princípios e ideias. A disciplina comporta ambas as tendências. Sua estrutura argumentativa foi projetada de forma a incluir discussões que permeiam ambições de justiça ao lado de vontades soberanas de efetividade.

Como coordenadores, nosso trabalho foi primeiro o de reunião dessa gama variada de textos em um evento marcado por um diálogo acadêmico produtivo. Procuramos incorporar visões diversas, de trabalhos mais teóricos a outros mais empíricos, de autores preocupados com a eficácia de normas a outros mais interessados em discussões normativas. Com essa publicação, esperamos que um público maior possa se beneficiar desses pensamentos e intenções, e que continue o debate crítico e engajado com o direito internacional.

Referências

1. ACCIOLY, Hildebrando. A paz mundial e a Organização das Nações Unidas. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano 3, número 5, Janeiro-Junho, p. 26-39, 1947, p. 27.

2. ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. A/RES/49/50, 84ª reunião de plenário, 9 de dezembro de 1994. Disponível em: https://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r050.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

3. KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: a política do Direito Internacional. Tradução de João Roriz. Revista de Direito Internacional, v. 15, n. 1, p. 6-29, 2018.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo - UNICURITIBA

Prof. Dr. Joao Henrique Ribeiro Roriz - UFG

Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira - UNICESUMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O USO DA TRADIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

THE USE OF HISTORIC TRADITION BY THE COURT OF JUSTICE OF EUROPEAN UNION

Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha [1]

Resumo

A construção da União Europeia foi feita com países de diversas origens após a Segunda Guerra Mundial. O estudo empreendido faz a análise das tradições mencionadas e utilizadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, seja na criação de um vínculo jurídico comum entre os Estados Membros, seja na formação do núcleo de direitos fundamentais no âmbito da integração regional (inicialmente por meio da jurisprudência e, após, através da consolidação em texto de tratado). A efetividade da continuidade do uso da tradição é evidenciada como instrumento de transformação e mutação interpretativa.

Palavras-chave: União europeia, Tradição, Constituição, Direitos fundamentais, Direito comparado

Abstract/Resumen/Résumé

The European Union was built by countries with different origins in the post-World War II. This study focus on making analysis historic tradition used by decisions of the Court of Justice of European Union in the construction of common legal link between the Member States and also in the building process of fundamental rights (first of all by jurisprudence and successively by the Treaties). The importance of the continuous use of tradition is highlighted as an interpretative tool to propose transformation and mutation of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: European union, Tradition, Constitution, Fundamental rights, Comparative law

[1] Doutoranda em Direito e Tutela (Università Tor Vergata); mestre em Sistemas Jurídicos Contemporâneos (Università Tor Vergata); especialista em Justiça Constitucional (Università di Pisa) e em Direito do Estado (UFBA).

1 Introdução

O estudo realizado busca compreender o papel da *tradição* nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE.

O escopo é o de analisar como a tradição foi utilizada na União Europeia (UE), seja na construção de um vínculo entre os Estados Membros, seja na formação ou criação do contorno jurídico dos direitos fundamentais.

A metodologia utilizada foi o método de abordagem dedutivo. A técnica da pesquisa abrangeu as pesquisas documental, bibliográfica e jurisprudencial. Afrontar a problemática tratada reveste-se de originalidade e de importância no que tange à constatação da efetivação de uma interação entre a União Europeia e os Estados Membros, a fim de delinear as tradições que possuem reflexo no núcleo de direitos fundamentais.

Insta proceder a esta compreensão, uma vez que o processo europeu de integração regional consubstanciado na União Europeia foi transformado desde uma perspectiva econômica do momento pós-Segunda Guerra para uma humana, social, de proteção dos direitos fundamentais. Valiosa a abordagem de Andrea Buratti:

> Non può non risaltare, infatti, come le tradizioni storiche – che nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, prima, e nella scrittura dei Trattati, poi, hanno svolto un fondamentale ruolo di integrazione, dischiudendo processi di autocomprensione orientati da un'idea d'Europa e diritti verso la costruzione di un patrimonio comune di valori [...]. (2013, p. 14)

A tradição possuiu um papel essencial para impulsionar a União Europeia a se tornar uma verdadeira união de valores comuns.

2 Funções do uso da tradição na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Na União Europeia, desde as Comunidades Europeias, a busca pela paz em oposição à guerra teve como instrumentos os tratados, celebrados para fornecer harmonia e convivência pacífica com prosperidade econômica entre os povos envolvidos. Uma sociedade plural, com valores nem sempre compartilhados de modo similar, culturas diversas e desigualdades

socioeconômicas tem como desafio prover uma convivência equilibrada e pacífica, com o escopo de fornecer uma progressiva união igualitária.

O aprofundamento desta perspectiva resulta na tradição como herança histórica, cultural e jurídica da chamada sociedade plural que compõe a União Europeia. Ainda que composta por Estados independentes e soberanos, a sociedade internacional é disciplinada pelo direito internacional, baseado na cooperação entre nações soberanas. Segundo Emilio Betti, não seria *sociedade* internacional, mas *convivência*:

> La convivenza importa necessariamente una comunione, comunione, diremo, anzitutto: A) di intelligenza, che garantisce la possibilità di una discussione, di un discorso ragionevole fra consociati; e inoltre, B) comunione di scambio e di cooperazione, che garantisce la possibilità di una circolazione di beni e di un'azione di sforzi fra consociati e, inoltre, C) comunione, diremo noi, di rispetto verso l'altrui sfera di interessi: comunione quest'ultima, che importa limiti e obblighi di riguardo e di conservazione. (1956, p.3-4)

Sobre cooperação, ensinam Umberto Leanza e Ida Caracciolo:

> Da questa interdipendenza universale, che appare essere il tratto più caratteristico della società internazionale, discende che gli Stati non possono semplicemente "coesistere". Essi non spinti a "cooperare" secondo un processo sempre più intenso, qualitativamente e quantitativamente, che ha preso inizio a partire dal secondo dopoguerra e che è attualmente volto a garantire al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, la ragionalizzazione degli scambi commerciali e lo sviluppo economico, la tutela dei diritti umani e dell'ambiente. (2008, p. 5)

A tradição é um instrumento que permitiu fossem alcançados os objetivos da construção da integração europeia. Desempenha as funções interpretativa, integrativa, de coesão, de identificação e de delimitação dos princípios gerais da União Europeia e de criação de parâmetros para proteger os direitos fundamentais.

Cumpre destacar o uso de instrumentos, métodos e técnicas do direito comparado a fim de compreender melhor como cada Estado dedica-se à resposta institucional aos diversos temas relacionados principalmente à proteção dos direitos fundamentais (SACCO; ROSSI, 2015, p. 49).

Destarte, pode-se verificar o uso da tradição de modo amplo, consistente na *tradição jurídica europeia*. Esta seria a tradição de cada Estado Membro como parâmetro dos instrumentos interpretativos usados pelos juízes para compreender aspectos comuns entre os países. A tradição possui, pois, relevância jurídica. E, em verdade, a construção da interpretação favorável aos direitos fundamentais da União Europeia é determinada (também) pelas tradições pertencentes aos ordenamentos que a compõem.

A tradição jurídica faz claramente uma relação entre os direitos nacionais e o direito comunitário ou da União Europeia, com a efetivação de um diálogo jurisprudencial. Constata-se a harmonização de baixo para cima, com a tradição como um caminho efetivo.

Em realidade, há uma valoração do intérprete para fazer a comparação e a identificação dos elementos que ligam os sistemas jurídicos, ou melhor, os ordenamentos jurídicos e suas tradições.

Do exame da jurisprudência, pode-se dizer que a tradição jurídica é um instrumento de comunicação e de mediação entre os Estados Membros. Promove, sobretudo, o diálogo entre os patrimônios constitucionais dos países. Cumpre, por consequência, uma função integrativa, colmatando as lacunas do ordenamento da União Europeia (REPETTO, 2011, p. 210).

Por todas estas razões, a tradição é um aspecto de unicidade e de unidade no pluralismo jurídico europeu. Seria aquilo que se encontra de comum e permite a comunicabilidade, o diálogo jurídico, entre os Estados Membros.

3 Tradições comparadas entre sistemas jurídicos

Além da tradição jurídica europeia, constatam-se outros tipos de uso da tradição, como, por exemplo, quando comparada entre sistemas jurídicos que formam os Estados Membros.

Sabe-se que na União Europeia há países cujos ordenamentos pertencem à mesma tradição jurídica[1] ou família de ordenamentos jurídicos (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 1994,

[1] Com abordagem mais, ampla, referindo-se à família que corresponde à *tradição jurídica ocidental*, que englobaria os *tradicionais* grupos de *civil law* e *common law*, ensina Lucio Pegoraro: "La prima famiglia, fondata sul *rule of professional law*, esprime la tradizione giuridica occidentale e include i due tradizionali gruppi di *civil law* e *common law*. La tradizione giuridica occidentale presenta una matrice unitaria fondata su due caratteri di base: a) la componente tecnico-giuridica si distingue dalla componente politica; b) la struttura concettuale del diritto è largamente secolarizzata. In altre parole, il diritto è concepito come un corpo autonomo rispetto alla religione, alla morale, alle regole sociali; esso è funzionale all'organizzazione sociale e alla risoluzione delle

p. 15), isto é, compõem o *Civil Law*[2]. É iluminante o seguinte excerto, de Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco:

> Seguendo tale immagine la tradizione di *civil law* sarebbe rappresentabile mediante un albero che abbia ala sua radice il diritto romano e la sua riscoperta compiutasi nell'XI secolo ad opera di Irnerio e dei professori dell'Università di Bologna. Non ostante gli indubbi mutamenti intervenuti, la linfa vitale del diritto romano percorrerebbe ancora le vene di un grande albero frondoso, rimasto unito non ostante gli accidenti che lo hanno reso distorto. Perciò si usa anche parlare di una "tradizione romanistica" la quali accomuna tutte le tradizioni giuridiche dell'Europa continentale, nonché quelle dell'America Latina e delle non poche altre esperienze che, pur avendo radici molto diverse, hanno attinto in epoca contemporanea modelli europei al fine di modernizzare il proprio sistema giuridico. (GAMBARO; SACCO, 2014, p. 32)

René David, por sua vez, refere-se a *família romano-germânica*, que reuniria os países cuja formação tenha base no direito romano (1994, p. 18).

Noutro giro, na União Europeia encontram-se também Membros com tradição jurídica de *common law*, cujos países eram originariamente baseados na lei comum, não escrita, e conferem uma grande relevância à declaração judicial e à decisão vinculante como precedente, a exemplo da Inglaterra e da Irlanda. Comporiam, assim, uma segunda família jurídica, composta dos Estados que tiveram influência do direito inglês na sua formação. A norma jurídica seria fruto da atuação dos juízes e teria como característica ser menos abstrata do que a produzida na família romano-germânica, uma vez que tem como escopo solucionar um processo, um caso concreto, e não a formulação de uma regra geral de conduta para o futuro (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 1994, p. 22).

As diferenças entre os sistemas são frequentemente colocadas em evidência pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. *Ad esempio*, nas conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak, apresentadas em 11 de maio de 2010 ao julgamento do Caso C-467/08 - *Sociedad*

controversie; queste ultime sono composte sulla base di regole preesistenti, generali e astratte; sia i governanti che i governati sono soggetti alla legge". (PEGORARO; RINELLA, 2017, p. 46-47)

[2] A matriz brasileira, por exemplo, é claramente romanista, mas pode-se dizer que, em verdade, há uma raiz greco-romano-cristã. Existem, outrossim, elementos germânicos e do *Common Law* (sobretudo na atualidade, com o crescente valor dado à jurisprudência e aos precedentes) na formação do ordenamento brasileiro. Constatam-se, portanto, os dois modelos, ou, nas palavras de Rodolfo Sacco e Piercarlo Rossi, "La coesistenza, all'interno di ogni ordinamento, di più modelli ci pare un dato provato". (2015, p. 67).

General de Autores y Editores (SGAE) contra *PADAWAN S. L.*, as distinções entre os conceitos de *copyright* na Inglaterra e nos países continentais foram mencionadas:

> Do ponto de vista da política legislativa, a Directiva 2001/29/CE representa um compromisso (12) que, apesar do seu objectivo de harmonização declarado, **toma devidamente em consideração as diferentes tradições jurídicas e abordagens nos Estados Membros da União Europeia, designadamente o conceito anglo saxão de copyright e o conceito continental de protecção dos direitos de autor** (13), prevendo, por exemplo, um elevado número de regras de excepção (14) e deixando aos Estados Membros uma considerável margem de manobra para a sua execução (15). **As distintas abordagens dos dois sistemas jurídicos a respeito dos conceitos de *copyright* e de tutela do direito autoral é corolário, em última análise, das tradições diversas neste terreno. Não se pode, portanto, ignorar os aspectos de diversidade intrinsecamente ligados às *tradições dos sistemas jurídicos* que compõem a União Europeia**. (UNIÃO EUROPEIA, C., 2010, grifo acrescido)

As distintas abordagens dos dois sistemas jurídicos a respeito dos conceitos de *copyright* e de tutela do direito autoral são corolário, em última análise, das tradições diversas neste terreno. Não se pode, portanto, ignorar os aspectos de diversidade intrinsecamente ligados às *tradições dos sistemas jurídicos* que compõem a União Europeia.

4 Tradições comparadas entre normas constitucionais

A expressão *tradições constitucionais comuns* aos Estados Membros foi mencionada pela primeira vez pelo TJUE nos anos 70.

As sentenças *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) e *Nold* (1974) definiram as tradições constitucionais comuns aos Estados Membros[3], dotando-as da improtância de formar os princípios gerais do direito europeu (comunitário). Foi criado um parâmetro constitucional de proteção dos direitos fundamentais[4] antes de haver um catálogo normativo – introduzido

[3] Para Giovanni Guzzeta e Francesco Saverio Marini, há a técnica do *reenvio*, que pode ser fixo ou móvel. Este seria precisamente o referente às tradições constitucionais comuns. (2011, p. 149).

[4] Vale mencionar que o Acórdão *Stauder*, de 12 de novembro de 1969 (C-29/69), acarretou uma mudança radical na jurisprudência do TJUE, por fazer referência, pela primeira vez, aos "direitos fundamentais da pessoa": "Quando uma decisão única é dirigida a todos os Estados-membros, a necessidade de uma aplicação e, por conseguinte, de uma interpretação uniforme exclui que ela seja considerada isoladamente uma das suas versões, antes se exigindo que seja interpretada em função quer da vontade efectiva do seu autor quer do fim por ele pretendido, com base nomeadamente nas versões em todas as línguas.

muito tempo depois, com a revisão do art. 6º do Tratado da União Europeia, realizada pelo Tratado de Lisboa (UNIÃO EUROPEIA, 2008).

Insta conferir a construção feita na fundamentação do acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de dezembro de 1970:

> Convém, no entanto, analisar se não terá sido violada qualquer garantia análoga, inerente ao direito comunitário. Com efeito, o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade. Convém, pois, analisar, à luz das dúvidas manifestadas pelo tribunal administrativo, se o regime de cauções terá violado os direitos fundamentais cujo respeito deve ser assegurado no ordenamento jurídico comunitário. (UNIÃO EUROPEIA, 1970)

Neste processo, o Tribunal Administrativo de Frankfurt submeteu ao Tribunal de Justiça, com fulcro no artigo 177 do Tratado CEE[5], duas questões relativas à validade da disciplina das licenças de expostação e das cauções a ela ligadas. A Corte salientou que a tutela dos direitos fundamentais constitui parte integrante dos princípios gerais garantidos naquele

[…]
Interpretada desta forma, a disposição controvertida não revela qualquer elemento susceptível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal." (UNIÃO EUROPEIA, 1969)

O caso *Stauder*, segundo Fabio Balducci Romano, teria sido o primeiro pronunciamento do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de direito à privacidade no tratamento dos dados pessoais. E segue afirmando que: "La sentenza continua a suscitare notevole interesse, perché rappresenta una delle prime pronunce nelle quali la Corte ha manifestato la chiara intenzione di assolvere alla funzione di tutela dei diritti fondamentali della persona, sia pure nei limiti della compatibilità con la struttura e le finalità della Comunità". (ROMANO, 2015, p. 1621).

Sobre o início dos trabalhos do Tribunal de Justiça com uma finalidade de uniformização do direito comunitário e a mudança radical representada pela decisão do caso *Stauder*, confira-se também DAL FERRO, 1988, p.60-61.

[5] "Artigo 177°- O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial:
a) Sobre a interpretação do presente Tratado;
b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade e **pelo BCE**;
c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho desde que estes estatutos o prevejam.
Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.
Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça." (COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA, 1992)

processo de integração. Ademais, afirmou que as tradições constitucionais comuns aos Estados Membros informam a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Verifica-se que os Estados Membros exercem o papel de permitir que seus catálogos de normas protetoras dos direitos estejam à disposição de um estudo comparativo entre eles, mormente para possibilitar a efetivação de uma comparação que proporcione a identificação de aspectos comuns: exatamente as tradições comuns.

A decisão *Nold*, de 14 de maio de 1974, por sua vez, reforçou a primeira abordagem feita sobre a tradição. A empresa alemã Nold requereu a anulação[6] da decisão da Comissão que regulava o comércio de carvão de modo a excluir a sociedade recorrente. O Tribunal de Justiça desproveu o recurso e, no que concerne ao uso da tradição, calha transcrever parte do acórdão:

> Como este Tribunal já afirmou, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais do direito, cuja observância lhe incumbe garantir.
>
> **O Tribunal, ao garantir a protecção destes direitos, deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados.**
>
> Os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os Estados-membros colaboram ou a que aderiram, podem igualmente dar idicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário.
>
> É à luz destes princípios que devem ser apreciadas as alegações apresentadas pela recorrente. (UNIÃO EUROPEIA, 1974, destacou-se)

Destarte, das tradições constitucionais comuns aos Estados Membros foram construídos os princípios gerais de direito da União Europeia, garantidos pelo Tribunal de Justiça. Cada país tem seu parâmetro de proteção constitucional formado historicamente por medidas que garantem os direitos fundamentais – tradições constitucionais. O TJUE declarou que é seu labor, pois, inspirar-se nas tradições constitucionais comuns, em outras palavras, nos parâmetros histórico-constitucionais que sejam similares e compartilhados pelos países. Há, por

[6] Segundo Luigi Daniele, "Il ricorso d'annullamento disciplinato degli articoli 263 e ss. TFUE costituisce la forma principale di **controllo giurisdizionale di legittimità** prevista per gli atti delle istituzioni. Esso mira ad ottenere l'annullamento degli atti che risultano viziati". (2015, p.333, grifo no original).

conseguinte, uma homogeneidade de princípios e regras nas estruturas constitucionais que indicam a formação de uma espécie de *Direito Constitucional Comum Europeu*[7].

No caso *Omega*, de 14 de outubro de 2004, a empresa alemã *Omega Spielhallen* geria um estabelecimento denominado *Laserdrome*, destinado à prática de *laser-sport*, que consistia em usar aparelhos de raio laser semelhantes a armas de fogo contra alvos humanos. A autoridade policial de Bonn (*Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*), na Alemanha, observou que o jogo praticado no *laserdrome* tinha como objetivo atingir deliberadamente pessoas por meio de raio laser, como um "homicídio simulado" com violência gratuita. Nesta linha de intelecção, foi verificada a ameaça à segurança pública ou à ordem pública, ou melhor, foi considerado que se tratava de um caso de violação de direitos fundamentais. Houve, portanto, a proibição da atividade.

No pedido de decisão prejudicial formulado nos termos do artigo 234º CE (COMUNIDADES EUROPEIAS, 2002) perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, a empresa *Omega Spielhallen* alegou que a medida proibitiva era incompatível com o direito comunitário, mais precisamente no que concerne às garantias da livre prestação de serviços (arts. 49 a 55, CE) e da livre circulação de mercadorias (arts. 28 a 30, CE).

Na resolução do caso, a Corte recordou a inspiração nas tradições constitucionais comuns aos Estados Membros[8]:

> Neste contexto, é de recordar que, segundo jurisprudência assente, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e que, para este efeito, este último se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à

[7] A tal propósito, Giorgio Repetto tece as seguintes considerações: "Sono due gli aspetti che meritano di essere segnalati del metodo seguito da queste sentenze. In primo luogo, la tensione a recercare, a partire dalle tratizioni costituzionali nazionali, delle soluzioni che fossero utilmente trasferibili al diritto comunitario, sia perché bene si armonizzavano con i bisogni e le logiche dell'integrazione, sia perché non creavano conflitti con gli eterogenei principi costituzionali degli stati". (2011, p. 215)

[8] Afirmada também no acórdão *Schmidberge*r (C-112/00), de 12 de junho de 2003: "A esse respeito, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e que, para este efeito, este último se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram. Neste quadro, a CEDH reveste um significado particular (v., designadamente, acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT, C-260/89, Colect., p. I-2925, n.° 41; de 6 de Março de 2001, Conolly/Comissão, C-274/99 P, Colect., p. I-1611, n.° 37, e de 22 de Outubro de 2002, Roquete Frères, C-94/00, Colect., p. I-9011, n.° 25)". (UNIÃO EUROPEIA, 2003)

> protecção dos direitos do homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram. (UNIÃO EUROPEIA, 2004)

Ademais, decidiu que a diversidade de tutela entre os países não exclui a aplicação do princípio da proporcionalidade, comum entre os Estados, e, por conseguinte, concluiu que a atividade da empresa violava a dignidade humana:

> Pelo contrário, conforme resulta de jurisprudência bem firmada e posterior ao acórdão Schindler, já referido, a necessidade e a proporcionalidade das disposições adoptadas na matéria não são excluídas pelo simples facto de u m Estado-Membro ter escolhido u m sistema de protecção diferente do adoptado por outro Estado (v., neste sentido, acórdãos Läärä e o., já referido, n.° 36; Zenatti, já referido, n.° 34; e de 11 de Setembro de 2003, Anomar e o., C-6/01, Colect, p. I-8621, n.° 80).
>
> [...]
>
> Tendo em conta as considerações que antecedem, deve responder-se à questão submetida que o direito comunitário não se opõe a que uma actividade económica que consiste na exploração comercial de jogos de simulação de actos homicidas seja objecto de uma medida nacional de proibição adoptada por razões de protecção de ordem pública, devido ao facto de essa actividade ofender a dignidade humana. (UNIÃO EUROPEIA, 2004)

Da análise das decisões acima, dessume-se que a tradição possibilita a realização de uma intercomunicação entre as ordens de natureza constitucional, ou seja, uma modalidade de *transconstitucionalismo*[9]. Forma-se, portanto, a *Constituição transversal*, construída a partir da conexão entre a ordem supranacional da União Europeia com as ordens constitucionais dos Estados Membros.

Um aspecto adicional a ser considerado é que, por outro lado, existem decisões da Corte que aludem a elementos das Constituições de modo mais específico. Por exemplo, no que

[9] Segundo Marcelo Neves: "Não obstante, há fortes indícios de que a cada vez mais forte integração supranacional no contexto da União Europeia pode conduzir à consolidação de um povo constitucional europeu, muito heterogêneo e apto a determinar, de formas as mais diversas, os procedimentos políticos de decisão. Mediante a circulação e contracirculação de administração, governo, público e povo no plano europeu, há esboços da formação de uma racionalidade democrática supranacional em condições de vincular-se com a já consolidada racionalidade jurídica mediante uma Constituição transversal entre política interna e direito interno europeus". (2009, p. 102-103)

atine à interpretação dos princípios da democracia e da proporcionalidade, o TJUE analisou *as tradições parlamentares comuns* aos Estados Membros.

Este parece um ponto essencial para compreender o recurso direto de anulação[10] da decisão do Parlamento Europeu, de 14 de setembro de 1999, que dissolveu, com efeito retroativo, o "Grupo técnico dos deputados independentes (TDI) - Grupo misto". Isso porque o sétimo fundamento para a anulação foi precisamente a constatação de violação das tradições parlamentares conuns aos Estados Membros, pois a proibição do Grupo Misto seria uma medida afastada das legislações e das práticas parlamentares dos países.

Evidencia-se parte elucidativa do acórdão que apreciou o caso, por ser de fundamental compreensão:

> A este respeito, o Tribunal considera, antes de mais, que, **ainda que se admita que a jurisprudência segundo a qual o órgão jurisdicional comunitário, ao garantir a protecção dos direitos fundamentais, deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (v., designadamente, acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Colect., 1969-1970, p. 625, n.° 4, e de 14 de Maio de 1974, Nold/Comissão, 4/73, Colect., p. 283, n.° 13), se aplica, por analogia, às tradições parlamentares comuns a estes, o acto de 14 de Setembro de 1999, na medida em que proíbe a constituição de grupos cujos componentes negam, como no caso vertente, qualquer**

[10] Interposto nos termos do artigo 225.° CE, *verbis:*
"Artigo 225.° 1. O Tribunal de Primeira Instância é competente para conhecer em primeira instância dos recursos referidos nos artigos 230.o, 232.o, 235.o, 236.o e 238.o, com excepção dos atribuídos a uma câmara jurisdicional e dos que o Estatuto reservar para o Tribunal de Justiça. O Estatuto pode prever que o Tribunal de Primeira Instância seja competente para outras categorias de recursos.
As decisões proferidas pelo Tribunal de Primeira Instância ao abrigo do presente número podem ser objecto de recurso para o Tribunal de Justiça limitado às questões de direito, nas condições e limites previstos no Estatuto.
2. O Tribunal de Primeira Instância é competente para conhecer dos recursos interpostos contra as decisões das câmaras jurisdicionais criadas nos termos do artigo 225.oA.
As decisões proferidas pelo Tribunal de Primeira Instância ao abrigo do presente número podem ser reapreciadas a título excepcional pelo Tribunal de Justiça, nas condições e limites previstos no Estatuto, caso exista risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito comunitário.
3. O Tribunal de Primeira Instância é competente para conhecer das questões prejudiciais, submetidas por força do artigo 234.o, em matérias específicas determinadas pelo Estatuto.
Quando o Tribunal de Primeira Instância considerar que a causa exige uma decisão de princípio susceptível de afectar a unidade ou a coerência do direito comunitário, pode remeter essa causa ao Tribunal de Justiça, para que este delibere sobre ela.
As decisões proferidas pelo Tribunal de Primeira Instância sobre questões prejudiciais podem ser reapreciadas a título excepcional pelo Tribunal de Justiça, nas condições e limites previstos no Estatuto, caso exista risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito comunitário". (COMUNIDADES EUROPEIAS, 2002)

> **afinidade política entre si, não pode ser julgado contrário a uma tradição parlamentar comum aos Estados-Membros**.
>
> Com efeito, as indicações prestadas pelos recorrentes nas suas alegações realçam, quando muito, que a constituição de grupos técnicos ou mistos é admitida em algumas assembleias parlamentares nacionais.
>
> Tais indicações não permitem, pelo contrário, excluir que parlamentos nacionais que, como o Parlamento, condicionam a constituição de um grupo no seu seio a uma exigência de afinidades políticas adoptem, relativamente a uma declaração deconstituição de grupo idêntica à do grupo TDI, uma interpretação idêntica à acolhida pelo Parlamento no acto de 14 de Setembro de 1999. Tais indicações também não autorizam a conclusão de que a constituição de um grupo, como o grupo TDI, cujos membros referem expressamente ser desprovido de qualquer natureza política, seria possível na maioria dos parlamentos nacionais.
>
> Recorde-se, em seguida, que as pretensas discriminações efectuadas pelo Parlamento entre os deputados não inscritos, como são os deputados que declararam a constituição do grupo TDI, em consequência do acto de 14 de Setembro de 1999, e os membros dos grupos políticos decorrem não do referido acto, mas das disposições internas do Parlamento identificadas no n.° 156 *supra*.
>
> Nestas condições, **sem que seja necessário proceder a um exame de direito comparado relativamente ao estatuto reservado aos deputados não inscritos ou independentes nas diversas assembleias parlamentares nacionais, cabe rejeitar o argumento dos recorrentes segundo o qual o acto de 14 de Setembro de 1999 opera entre os membros do grupo TDI e os dos grupos políticos uma discriminação contrária às tradições parlamentares comuns aos Estados-Membros**. (UNIÃO EUROPEIA, 2001, destacou-se)

Depreende-se que, mesmo sem realizar um estudo com base no direito comparado, a Corte proclama que não é verdadeira a alegada tradição parlamentar, considerando que apenas alguns países permitem a formação de grupos mistos cujos membros não tenham afinidade política, prática não admitida no Parlamento Europeu.

É importante mencionar que a tradição constitucional é, outrossim, identificada quando presentes aspectos que permitam demonstrar, por exemplo, que a defesa jurídica de um Estado Membro deve ser considerada, baseando-se *na sua própria tradição constitucional.* Assim a Corte decidiu o caso sobre a participação dos cidadãos da *Commonwealth* residentes em Gibraltar e que não possuem a cidadania da União nas eleições do Parlamento Europeu:

> A Comissão sublinha e este respeito que a violação do conceito de cidadania da União só pode verificar-se em caso de infracção aos direitos dos cidadãos, seja por negação pura e simples desses direitos, seja por entrave ao seu exercício. Ora, o facto de um Estado-Membro, devido à sua história e à sua tradição constitucional, estender o direito de voto para as eleições para o Parlamento Europeu, em determinadas condições, a residentes de países terceiros com os quais mantém laços históricos especiais não infringe o direito de voto dos cidadãos da União. O Reino Unido precisa que a extensão do direito de voto aos QCC é irrelevante quanto às instituições da União ou quanto a outros Estados-Membros e só afecta a identidade dos representantes oriundos de círculos eleitorais britânicos que sejam eleitos para o Parlamento Europeu.
> [...]
>
> Por razões ligadas à sua tradição constitucional, o Reino Unido tomou a decisão, tanto para as eleições nacionais no Reino Unido como para as eleições para a Assembleia Legislativa de Gibraltar, de conceder o direito de voto e de elegibilidade aos QCC que reúnam os requisitos que exprimam um vínculo específico com o território em relação ao qual são organizadas as eleições.
>
> [...]
>
> Por razões ligadas à sua tradição constitucional, o Reino Unido optou por conceder o direito de voto e de elegibilidade aos QCC que preencham os requisitos que expressem um vínculo específico com o território em relação ao qual as eleições são organizadas. Não existindo, nos Tratados comunitários, disposições que refiram expressa e precisamente quais são os titulares do direito de voto e de elegibilidade para o Parlamento Europeu, não se afigura que a escolha do Reino Unido de transpor para as eleições para esse Parlamento organizadas em Gibraltar as condições de voto e de elegibilidade previstas pela sua legislação nacional tanto para as eleições nacionais do

> Reino Unido como para as eleições para a Assembleia Legislativa de Gibraltar seja contrária ao direito comunitário. (UNIÃO EUROPEIA, 2006)

O Reino Unido venceu a causa, sobretudo com base nas razões ligadas à sua própria tradição constitucional, fortemente considerada pela Corte.

Desse modo, conclui-se que a tradição é usada como razão para decidir quando: (*i*) permite a aferição de aspectos comuns aos Estados Membros; (*ii*) verificada a ausência de uma verdadeira tradição compartilhada entre os países; (*iii*) é precisamente o elemendo idôneo a provar uma característica própria e específica de um Estado Membro, que individualiza a sua conduta juridicamente.

5 O papel da tradição na construção dos direitos fundamentais após a entrada em vigor da Carta de Dirietos Fundamentais da União Europeia. Breves reflexões conclusivas.

Em 12 de dezembro de 2007, foi firmada a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, declarada inicialmente no Conselho Europeu de Nice em 7 de dezembro de 2000, mas sem efeito vinculante. O Tratado de Lisboa modificou o artigo 6º do Tratado da União Europeia e estatuiu que a Carta possui o mesmo valor jurídico dos Tratados[11]. Ademais, menciona expressamente as tradições constitucionais comuns aos Estados Membros.

A Carta tem efeito vinculante e seria, segundo Gomes Canotilho, o *quarto momento de conscientização dos direitos fundamentais* na União Europeia (2003, p. 523-524). As tradições constitucionais comuns aos Estados Membros, juntamente com os tratados, são fontes dos direitos fundamentais da União Europeia. Ambos formariam, para Giorgio Repetto, "un

[11] *Verbis: "*Artigo 6.º
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.
2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.
3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros." (UNIÃO EUROPEIA, T., 2016)

‘*corpus* normativo eterogeneo’ che fondamenta i principi generali del diritto comunitario” (2011, p. 208).

A construção jurisprudencial[12] do Tribunal de Justiça da União Europeia foi efetivamente transferida para o texto do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, outrossim, ao da Carta de Direitos Fundamentais[13]. Percebe-se, portanto, que a tradição foi considerada fonte dos direitos fundamentais inicialmente pela jurisprudência e, após, pelos tratados vinculantes. Vê-se, porém, que a entrada em vigor da Carta dos Dirietos Fundamentais é ainda mencionada pela Corte juntamente com a tradição constitucional comum:

> A questão submetida diz, portanto, respeito ao direito de uma pessoa colectiva ter acesso efectivo à justiça e portanto, no contexto do direito da União, ao princípio da protecção jurisdicional efectiva. **Este princípio constitui um princípio geral do direito da União, que decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros** e foi consagrado nos artigos 6.° e 13.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (a seguir «CEDH») (acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston, 222/84, Colect., p. 1651, n.os 18 e 19; de 15 de Outubro de 1987, Heylens e o., 222/86, Colect., p. 4097, n.° 14; de 27 de Novembro de 2001, Comissão/Áustria, C-424/99, Colect., p. I-9285, n.° 45; de 25 de Julho de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Conselho, C-50/00 P, Colect., p. I-6677, n.° 39; de 19

[12] O papel dos juízes antes do Tratado de Lisboa é colocado em evidência por Serena Crespi: “In particolare, nonostante già prima della riforma di Lisbona questi ultimi abbiano garantito una penetrante tutela dei diritti fondamentali dei cittadini europei avverso le iniziative delle istituzioni europee, degli Stati e anche del paese di cittadinanza, la nuova architettura UE, sempre più impernida sulla protezione di tali diritti, ha, in altri termini, assegnato alla Corte il ruolo (e la responsabilità) di giudice dei diritti fondamentali [...]”. (2015, p. 820)

[13] Na Carta de Direitos Fundamentais, há referência à tradição no seu preâmbulo e no artigo 52:
“PREÂMBULO
Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.
[...]
A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.
[...]
Artigo 52.º - Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios
1. [...]
4. Na medida em que a presente Carta reconheça direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, tais direitos devem ser interpretados de harmonia com essas tradições”. (UNIÃO EUROPEIA, C., 2016)

> de Maio de 2003, Eribrand, C-467/01, Colect., p. I-6471, n.° 61, e Unibet, já referido, n.° 37).
>
> Uma vez que se trata de direitos fundamentais, há que ter em conta, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta, que, nos termos do artigo 6.°, n.° 1, primeiro parágrafo, TUE, «tem o mesmo valor jurídico que os Tratados». O artigo 51.°, n.° 1, da referida Carta prevê, efectivamente, que as suas disposições têm por destinatários os Estados-Membros quando estes aplicam o direito da União. (UNIÃO EUROPEIA, A., 2010, grifou-se)

Dito isso, insta questionar: é completamente equivalente passar da jurisprudência à Carta dos Direitos Fundamentais?

Não. O uso da tradição não termina com a sua cristalização nos textos. Há, sem dúvidas, uma importante relevância na sua transposição das decisões aos tratados. É, por conseguinte, a um só tempo, fonte dos direitos e critério interpretativo do texto normativo da União Europeia, do seu *corpus iuris.*

Por outro lado, deve-se ter presente que a tradição possui antes de tudo as funções interpretativa, integrativa e de diálogo, que ajudam ao intérprete na sua tarefa hermenêutica. E mais: o estudo da tradição permanece e torna-se a cada dia um instituto próprio do direito da União Europeia que lhe permite mover-se para adiante com a continuidade necessária para harmonizar as soluções entre diversas realidades jurídicas postas em contato.

A tradição mantém o direito da UE sempre criativo, vivo e movente, sujeito a mutações (SACCO; ROSSI, 2015, p. 124-127) materiais e interpretativas[14], antiformalistas, que permitem conhecer a diversidade e os aspectos comuns entre os Estados Membros em relação às estruturas constitucionais.

[14] Sobre mutação interpretativa, Ana Cândida Cunha Ferraz: "A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe à alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional." (1986, p. 38-39.)

A isto acresce que a tradição viabiliza a concretização da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, idealizada por Peter Haberle (2002, p. 48). Isso porque há um espaço constitucional aberto, com aspectos interpenetráveis. Para Mario P. Chiti:

> The main distinction to be maid is related to the three levels of jurisdiction: national, supranational and international. Indeed, these levels are not sharply distinct and impenetrable, it is known that the legal space is now global and interactive among the many players; it is also known that various "passerelle" principles have been elaborated by courts. (2015, p. 95-96)

Neste diapasão, a tradição dá ao intérprete a possibilidade de transformar sempre a norma jurídica e encontrar as soluções que constituam uma redefinição significativa mais adaptada e aplicável à formação da realidade do tempo presente.

O texto escrito, por sua vez, cristaliza as normas e torna mais difíceis as transformações atualizadoras. Para Simone Vezzani, a autonomia interna da União Europeia é feita pela permeabilidade entre o direito da União Europeia e os valores decorrentes dos ordenamentos nacionais (2016, p. 78).

A este entendimento pode-se adicionar que a tradição seria um valioso instrumento para efetivar a referida permeabilidade. Para tanto, é essencial que a tradição esteja ainda viva na jurisprudência, como instrumento interpretativo e de diálogo. Como seu corolário, a mutação é possível continuamente com o uso das tradições constitucionais comuns e demonstra a relatividade das construções feitas pelos intérpretes juristas, sobretudo quando se faz interpretação com relação aos aspectos comuns entre as realidades dos Estados com contextos sociais, econômicos, jurídicos e humanos em constante transformação.

Desta forma, enfim, o ordenamento europeu, com o uso da tradição, permanecerá aberto às inovações jurídicas que marcam e singularizam o percurso histórico deste processo de integração.

Referências

BETTI, Emilio. **Problematica del Diritto internazionale.** Milano: Casa Editrice Dott. A Giuffrè, 1956.

BURATTI, Andrea. L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. **Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionaliste**, p. 1-18, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CHITI, Mario P. The role of judges in European Democracies. **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,** Italia: Giuffrè Editore, Anno XXV, p. 93-99, Numero 1/2015.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias,** 1992. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT. Acesso em: 11 mar. 2019.

COMUNIDADES EUROPEIAS. Versão Compilada do Tratado que Institui a Comunidade Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 2002. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=PT. Acesso em: 15 mar. 2019.

CRESPI, Serena. Diritti fondamentali, Corte di Giustizia e Riforma del Sistema di Protezione dei dati. **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Italia: Giuffrè Editore, Anno XXV, p. 819-842, Numero 3-4/2015.

DAL FERRO, Alberto. I diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. **Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli**, anno II, numero 1, p. 55-72, 1988.

DANIELE, Luigi. **Diritto dell'Unione Europea**. Italia: Giuffrè Editore, 2015.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei.** Itália, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GAMBARO, Antonio; SACCO Rodolfo. **Sistemi Giuridici Comparati**. Italia: Utet Giuridica, 2014.

GUZZETA, Giuvanni; MARINI, Francesco Savero. **Diritto Pubblico Italiano ed Europeo.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LEANZA, Umberto; CARACCIOLO, Ida. **Il Diritto Internazionale:** Diritto per gli Stati e Diritto per gli individui. Parte Generale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Sistemi Costituzionali Comparati.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

REPETTO, Giorgio. **Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa:** Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale. Italia: Jovene editore, 2011.

ROMANO, Fabio Balducci. La protezione dei dati personali nell'Unione Europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo. **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,** Italia: Giuffrè Editore, Anno XXV, p. 1619-1659, Numero 6/2015.

SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. **Introduzione al Diritto Comparato**. Italia: Utet Giuridica, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 12 de novembro de 1969, *Erich Stauder* contra Cidade de *Ulm – Sozialamt,* C-29/69.** Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87844&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2104169. Acesso em: 6 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 17 de dezembro de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH* contra *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70**. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88063&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2258151. Acesso em: 5 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 14 de maio de 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung* contra Comissão das Comunidades Europeias**, **C-4/73.** Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-4/73&td=ALL. Acesso em: 10 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Seção Alargada) de 2 de outubro de 2001, *Jean-Claude Martinez, Charles de Gaulle, Front national e Emma Bonino e outros* contra Parlamento Europeu, processos apensos T-222/99, T-327/99 e T-329/99**. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46653&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2258561. Acesso em: 12 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 12 de Junho de 2003. Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contra Republik Österreich, C-112/00.** Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47920&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2106710. Acesso em: 3 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal (Primeira Seção) de 14 de outubro de 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH* contra *Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02.** Disponível em:

http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49221&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2258696. Acesso em: 7 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 12 de setembro de 2006, Reino de Espanha contra Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte**, **C-145/04**. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63873&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2258910. Acesso em: 11 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa. Versão Consolidada,** 2008. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak apresentadas em 11 de maio de 2010, C-467/08 – Padawan**. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83635&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2259723. Acesso em: 2 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção) de 22 de dezembro de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH* contra *Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09.** Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83452&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2259906. Acesso em: 12 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia: Versão Consolidada. **Jornal Oficial da União Europeia,** 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 15 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Jornal Oficial da União Europeia,** 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR. Acesso em: 11 mar. 2019.

VEZZANI, Simone. L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di Giustizia. **Rivista di Diritto Internazionale**, volume XCIX, fasc. 1, Italia: Giuffrè Editore, p. 68-116, 2016.