

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: João Paulo Allain Teixeira, Riva Sobrado De Freitas, Sérgio Antônio Ferreira Victor – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-179-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Em uma sociedade plural e complexa, a investigação sobre os limites e possibilidades de realização da democracia é desafio permanente. No espaço do XXV CONPEDI, o grupo de trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais I” congrega esforços no sentido do estabelecimento de pautas jurídico-políticas e sociais com o objetivo de favorecer a compreensão do papel das instituições quanto à realização dos direitos.

Nesse sentido, o resultado dos debates é agora apresentado ao público trazendo uma gama de reflexões que envolvem o direito à informação, o direito à saúde, o direito à educação, a questão indígena, os direitos laborais, o direito das pessoas com deficiência, o direito da infância, a questão das minorias, em sua complexa singularidade jurídico-institucional.

Cabe a título de apresentação, agradecer a todos os participantes do grupo, pelos trabalhos apresentados e pelo rico debate presencial. A todos desejamos uma boa leitura.

Recife, Chapecó, Brasília,

julho de 2016

João Paulo Allain Teixeira

(Universidade Católica de Pernambuco / Universidade Federal de Pernambuco)

Riva Sobrado De Freitas

(Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Sérgio Antônio Ferreira Victor

(Instituto Brasiliense de Direito Público)

CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE INICIATIVA INDIVIDUAL: O BRASIL FRENTE AO PARADIGMA EUROPEU DA “JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DE BASE TRIANGULAR”

ACHIEVEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY INDIVIDUAL INITIATIVE: BRAZIL IN RELATION TO EUROPEAN PARADIGM OF “TRIANGULAR BASIS CONSTITUTIONAL JUSTICE”

Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima ¹
Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho ²

Resumo

O corrente estudo dogmático jurídico e qualitativo faz uso de método dedutivo, enfoques exploratório e descritivo, levantamento bibliográfico e documental e análise de conteúdo para comparar as formas de efetivação de direitos fundamentais nos contextos brasileiro e europeu. Conclui-se que a “justiça constitucional de base triangular” europeia, em que coexistem três sistemas judiciais de tutela, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, os tribunais dos Estados-membros e os tribunais da União Europeia, oferece maior proteção aos direitos fundamentais de tutela individual dada sua maior simplicidade, acessibilidade e assertividade, cabendo propor alternativas de operacionalização e efetivação desses direitos no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Iniciativa individual, Justiça constitucional, Brasil, Paradigma europeu

Abstract/Resumen/Résumé

The current legal and qualitative dogmatic study makes use of the deductive method, exploratory and descriptive focus, bibliographical and documentary survey and content analysis to compare forms of achievement of fundamental rights in the Brazilian and European contexts. It's concluded that the European “triangular basis constitutional justice”, in which there are three judicial guardianship systems, the European Court of Human Rights, member states courts and the European Union courts, provides greater safekeeping to fundamental rights of individual protection because of their simplicity, accessibility and assertiveness, tasking propose alternatives of implementation and enforcement of such rights in the national legal order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Individual initiative, Constitutional justice, Brazil, European paradigm

¹ Advogada, Mestranda em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB e membro dos Grupos de Pesquisa "Justiça & Política" e "Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade - LABIRINT", ambos da UFPB.

² Professor da UFPB, Doutorando em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB e membro do Grupo de Pesquisa "Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade - LABIRINT", da UFPB.

I – INTRODUÇÃO

A inserção gradativa de direitos fundamentais nos textos constitucionais de inúmeras democracias, com ênfase no período que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial, foi especialmente provocada pelo distanciamento do pensamento estritamente autoritário e pela consequente aproximação do que hoje se depreende como dignidade humana. O elemento humano passou, então, a ocupar lugar central no pensamento jurídico contemporâneo e, por isso, a sociedade resultante daqueles dias sentiu necessidade de atualizar seu ordenamento tendo como norte aquele caríssimo postulado, do qual brotam os direitos fundamentais.

Ocorre que, apesar de estarem dispostos na Constituição Federal e em outras previsões legais nacionais e internacionais, os direitos fundamentais nem sempre são devidamente efetivados pelos poderes estatais na prática, restando como grandes prejudicados nessa conjuntura os particulares porventura lesionados pela ausência de concretude de tais direitos. E é sobre o delicado tópico da proteção e concretização de direitos fundamentais que os sistemas jurídicos de direito interno e internacional voltam seus mais aguçados olhares na atualidade.

Adentrando-se no tálamo do Direito Público, mais especificamente do Direito Constitucional e do Direito Internacional, o presente artigo examina de que modo são resguardados e efetivados os direitos fundamentais pelos poderes estatais do Brasil e qual a aplicabilidade dos instrumentos processuais disponíveis em caso de iniciativa judicial privada. Pondera-se, ainda, acerca da instrumentalização de remédios legais de salvaguarda de direitos fundamentais consolidados na esfera da União Europeia, tomando-se como parâmetro as medidas legais que visam a proteger os interesses dos particulares prejudicados.

Para tanto, esta pesquisa faz uso do método dedutivo como base lógica de investigação. Destarte, a análise do problema é procedida por meio de uma cadeia de raciocínio decrescente, partindo de uma premissa materializada pela exposição de um panorama sobre a proteção e a realização de direitos fundamentais na atual concepção de Estado Constitucional de Direito, até que se chegue à premissa menor, qual seja, o estudo dos mecanismos processuais prognosticados pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela normatividade da União Europeia para a iniciativa particular nessa árdua tarefa.

A esse respeito, perpassa-se a noção de justiça constitucional no Brasil em comparação com a ideia de “justiça constitucional de base triangular” no contexto europeu, em que coexistem três sistemas judiciais de tutela, formados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, pelos tribunais dos Estados-membros e pelos tribunais da União Europeia, com destaque para o TJUE.

Finalmente, a técnica de pesquisa adotada é a de documentação indireta, mediante levantamento bibliográfico e documental feito a partir de fontes de pesquisa legais, doutrinárias e jurisprudenciais que demonstram a supremacia dos instrumentos disponíveis no espaço europeu frente àqueles encontrados no Brasil, o que decorre de sua maior simplicidade, acessibilidade e assertividade em termos de proteção e promoção dos direitos de particulares.

II – DESENVOLVIMENTO

2.1 Proteção e concretização de direitos fundamentais pelos Poderes estatais no Brasil

Inicialmente, importa efetuar uma breve diferenciação envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais. Embora ambos abordem direitos ligados à liberdade e à igualdade, resguardando e promovendo a dignidade humana, os direitos humanos se configuram como supranacionais e universalmente válidos, ao serem aventados no plano internacional e aplicáveis usualmente a um extenso rol de Estados.

Alinham-se à concepção jusnaturalista de direitos e, conseqüentemente, serão capazes de adquirir hierarquia jurídica e caráter vinculante em relação à totalidade dos poderes estatais unicamente se houver a incorporação de seus dizeres aos textos constitucionais de cada Estado, num processo alcunhado de “fundamentalização”.

Em contrapartida, numa perspectiva positivista, os direitos fundamentais encontram-se institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de cada país, obtendo conteúdo variável de acordo com a Constituição Federal que os engloba e recortes mais precisos do que os direitos humanos. De matriz constitucional, Sarlet (2012, p. 29) diz que “os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)”, formando a base jurídica do atual Estado Constitucional de Direito.

Acerca do tema, de modo relevante, Canotilho (1992, p. 357) ressalta que:

Independente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de direito encontra implícita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: 1) juridicidade; 2) constitucionalidade; 3) direitos fundamentais.

A título ilustrativo, Ferrajoli (2010, p. 37) bem definiu direitos fundamentais como *“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres*

humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”¹.

É cediço que, em regra, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem o dever primordial de assegurar a observância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e zelar pela sua concretização, estando a eles atrelados, a fim de resguardar os mais relevantes valores previstos na Lei Maior. Como profere Miranda (1988, p. 166), “a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Por tais razões, Piovesan (2012, p. 92) defende que “cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental”, devendo os três Poderes estatais adaptarem continuamente o texto constitucional aos anseios da sociedade e reafirmar os valores democráticos consagrados nos dias hodiernos, empreendendo esforços para tornar esses direitos progressivamente mais efetivos e eficazes.

Dissertando quanto à vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, Sarlet (2012) entende que os Poderes estatais restavam formal e institucionalmente obrigados pelos direitos fundamentais, assim como a totalidade das funções exercidas pelos seus órgãos, tanto numa perspectiva material quanto funcional. Referindo-se à disposição que conecta a totalidade das entidades públicas aos direitos fundamentais, Canotilho (1992, p. 401) adverte que ela “(...) exige, pois, uma vinculação sem lacunas: abrange todos os âmbitos funcionais dos sujeitos públicos e é independente da forma jurídica através da qual as entidades públicas praticam os seus actos ou desenvolvem as suas atividades”.

Por conseguinte, o Poder Legislativo possuiria o dever de realizar tais direitos, privando-se de produzir atos legislativos contrários a eles; ao Poder Executivo caberia a execução constitucional apenas das leis em sentido amplo que se mostrassem acopladas a direitos fundamentais; e, finalmente, ao Poder Judiciário repousaria a obrigação de demonstrar o atrelamento a tais direitos quando da constitucionalização da organização de seus próprios tribunais e procedimentos judiciais, bem como ao observá-los nos atos jurisdicionais emanados.

Não obstante, destaque-se que, ao serem firmados sob viés democrático, os direitos fundamentais dão origem a expectativas imperativas, das quais germinam vínculos jurídicos obrigacionais e, como consequência, deveres jurídicos de responsividade, não se colocando à mercê da discricionariedade de sujeitos privados ou de representantes políticos. Inclusive,

¹ “Todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados de status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir”. (Tradução nossa)

Haberle (2003, p. 20) lembra que “*el desarrollo de la significación constitutiva de los derechos fundamentales para la comunidad y la Constitución justifica considerarlos, en la democracia inspirada en la libertad de la Ley Fundamental, como su ‘fundamento funcional’, como ‘instituto conexo a la democracia’.*”²

Desta feita, não se revela possível que tais direitos coexistam ao lado de ações ou omissões arbitrárias derivadas de sua não concretude, restando ao ofendido requerer sua realização até mesmo pelas vias judiciais, como forma de enfatizar a cidadania.

Esforçando-se para efetivar direitos fundamentais quando do exercício de suas funções, merece realce a hodierna performance do Poder Judiciário ao interpretar o texto constitucional, como permite o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 – CF/88, amoldando-a aos bens imateriais mais caros à sociedade por meio da aplicação da legislação em vigor conforme tais direitos e da privação de aplicá-las acaso sejam declaradas inconstitucionais.

A amplitude da atuação judicial atualmente alcança inclusive hipóteses de “omissões legislativas inconstitucionais”, referentes às normas constitucionais de eficácia limitada e às abstenções estatais indevidas na concretização dos direitos fundamentais, sem, todavia, desrespeitar a teoria da separação de poderes de Montesquieu e alinhando-se ao sistema de freios e contrapeso entre os poderes do Estado.

Com idêntico intuito de trazer direitos fundamentais à concretude, o jurisdicionado pode lançar mão de certos remédios constitucionalmente elencados, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, aludida no artigo 103, §2º, da CF/88 e na Lei nº 9.868/1999, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, elencada no artigo 102, §1º, da CF/88 e na Lei nº 9.882/1999, ambas em controle concentrado de constitucionalidade, além da Ação Civil Pública, referida no artigo 129, incisos II e III, da CF/88 e na Lei nº 7.347/85, e do Mandado de Injunção, citado no art. 5º, inciso LXXI, constitucional, estes em controle concreto de constitucionalidade.

Ressalte-se que esses remédios se individualizam por ritos prolongados e pré-requisitos constitucionais nem sempre fáceis de serem preenchidos na prática. As ações individuais de procedimentos mais simplificados e acessíveis à maioria da população não estão ao alcance do particular na efetivação de direitos fundamentais dentro da realidade jurídica brasileira.

² “O desenvolvimento de importância constitutiva dos direitos fundamentais para a comunidade e a Constituição justifica considerá-los, na democracia inspirada na liberdade da Lei Fundamental, como seu ‘fundamento funcional’, como ‘instituto conexo à democracia’”. (Tradução nossa)

O Poder Judiciário, com o fim de concretizar direitos fundamentais, é capaz de agir por intermédio do ativismo judicial, complementando criativamente as funções dos Poderes Executivo e Legislativo e implementando aqueles direitos. Pode, igualmente, exercer o controle judicial de atos administrativos, checando a legalidade em sentido amplo dos atos emanados pelos poderes estatais, atingindo vertentes legais, legítimas e principiológicas para anulá-los. Ainda se encontra habilitado a controlar o mérito dos atos discricionários por ele mesmo editados, revogando-os por motivos de conveniência e oportunidade quando julgar necessário.

Merece alusão, ainda, o fato de que o Judiciário é capaz de atingir atos comissivos provindos da totalidade dos poderes estatais, alcançando, excepcionalmente, por meio da aplicação de princípios constitucionais, também omissões estatais quanto a políticas públicas não concretizadas, por meio da chamada “judicialização de políticas públicas” ou “controle judicial de políticas públicas”.

Já se manifestou o Supremo Tribunal Federal – STF (2015) admitindo sua utilização, vislumbrando que, caso esteja configurada a natureza constitucional da política pública reclamada, haja correlação entre esta e os direitos fundamentais em testilha e exista prova da omissão ou prestação deficiente pelo administrador, sem qualquer justificativa razoável, incumbiria ao Judiciário ordenar ao administrador a adoção de medidas assecuratórias de direitos fundamentais resguardados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o tema, em relevante decisão proferida em setembro do corrente ano, o STF julgou Medida Cautelar na ADPF 347 (2015), ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, em que se pleiteava o reconhecimento do desrespeito dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira. Por maioria, os ministros daquela Corte reconheceram que o sistema penitenciário atual vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, com a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, motivada pela caracterização das penas privativas de liberdade adotadas nos estabelecimentos prisionais como cruéis e desumanas.

Mencionou-se ser tal situação de responsabilidade conjunta dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tanto da União como dos Estados-membros e do Distrito Federal, e que a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representava uma verdadeira “falha estrutural” ofensiva aos direitos dos presos, perpetuando e agravando a situação ora vigente.

Destarte, restaria ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia existente, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. Por esses motivos, o STF concedeu parcialmente a Medida Cautelar, determinando que juízes e Tribunais de todo o país implementassem, no prazo máximo de noventa dias, a audiência de custódia e

que a União liberasse, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização dentro da finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

É possível, ainda, fazer-se uso da “técnica de apelo ao legislador” em face de situações de inconstitucionalidades progressivas e omissões inconstitucionais, por meio da qual o órgão judicial admitiria a validade da norma jurídica submetida ao controle de constitucionalidade abstrato, aconselhando, entretanto, ao legislador a sua alteração, complementação ou substituição, com o fito de não se consolidar o estado de inconstitucionalidade.

Assim, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário veem-se obrigados a resguardar e a concretizar direitos fundamentais, fazendo o que for constitucional e legalmente consentido para torná-los progressivamente mais efetivos e eficazes, inclusive por meio de adaptações contínuas do texto da Lei Maior às aspirações da sociedade, reafirmando-se, desse modo, os valores democráticos prezados pelo Estado Constitucional de Direito brasileiro.

2.2 Salvaguarda de direitos fundamentais no âmbito da União Europeia

A União Europeia sobressai-se dentre os demais blocos regionais mundiais pela supranacionalidade que a individualiza, na medida em que, por ser peculiar ao Direito Comunitário, assegura a aplicação uniforme das políticas propostas naquele processo de integração por meio da adoção de princípios próprios e órgãos independentes supranacionais. Resume Moreno (2009, p. 91) que:

*La Unión Europea es el resultado de una opción jurídica. Frente a la ‘Europa diplomática’ o la ‘Europa intergubernamental’, en la que los Tratados o Convenios internacionales se cumplen y aplican con los medios de que cada país signatario dispone, se optó por la ‘Europa supranacional’, en la que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones contenidos en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, se encomienda a una Organización distinta de la de los propios Estados miembros.*³

Os Tratados institutivos das Comunidades Europeias da década de 50, dentre eles o da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA de 1951 e o Tratado de Roma de 1957, não faziam alusão ao dever de tutela de direitos fundamentais pelos Estados constituintes da então

³ “A União Europeia é o resultado de uma opção legal. Frente à ‘Europa diplomática’ ou à ‘Europa intergovernamental’, em que os Tratados ou Acordos internacionais são cumpridos e se aplicam com os meios de que cada país signatário dispõe, optou-se pela ‘Europa supranacional’, em que o exercício dos direitos e o cumprimento das obrigações constantes nos Tratados constitutivos das Comunidades Europeias, são confiados a uma Organização diferente dos próprios Estados-Membros”. (Tradução nossa)

Comunidade Econômica Europeia. Somente em 1969, ao julgar o caso Stauder - no qual a cidade alemã de Ulm processava Erich Stauder por ele se recusar a divulgar aos vendedores o nome dos beneficiários da sua venda de manteiga a preço reduzido, contrariando imposição decorrente da Decisão 69/71/CEE da Comissão das Comunidades Europeias, por considerar esta medida contrária a seus direitos fundamentais - o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias quedou-se a admitir como obrigação própria a salvaguarda de direitos fundamentais da pessoa compreendidos nos princípios gerais de direito comunitário.

Presentemente o compromisso europeu de proteger e assegurar direitos fundamentais encontra disposição expressa no artigo 6º, nº 3, do Tratado da União Europeia (2015), este resultante do Tratado de Lisboa de 2009, que prevê que “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”.

Um dos mais importantes diplomas normativos editados em solo europeu no tocante a direitos fundamentais é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (2015), reformulada em 2007 e vinculante a todos os países desde o Tratado de Lisboa de 2009, com exceção da Polônia, do Reino Unido e da República Checa. Subdividida em capítulos que tutelam a dignidade, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, os direitos dos cidadãos e a justiça, esta Carta consagra um rol de direitos fundamentais e obriga as instituições da União Europeia e as autoridades nacionais, incluindo os tribunais, a aplicarem a legislação europeia, sem alargar as competências do bloco a questões não incluídas nos Tratados constituintes. Nas hipóteses em que sua aplicação seja descabida, o resguardo daqueles direitos é promovido pelas constituições ou tradições constitucionais dos países do bloco e pelas eventuais convenções internacionais por eles ratificadas.

Intrínseca ao conceito de supranacionalidade está a delegação, livre e por um ato de soberania, de poderes constitucionais ou de competências soberanas pelos Estados-membros aos órgãos comunitários para estes legislarem sobre matérias predeterminadas. Por tal razão, Portela (2014, p. 1053) conclui que:

A União Europeia é tida pela doutrina como o mais bem acabado modelo de integração da atualidade. Nesse sentido, é o único bloco a ter avançado no sentido de estabelecer uma união econômica e monetária e de firmar as bases de uma integração ainda mais profunda, evidenciadas pelo arcabouço institucional construído, que inclui órgãos supranacionais, pela existência de um ordenamento comunitário e pela formação do conceito de ‘cidadania europeia’”.

Por sua vez, subsistem ordens mais abrangentes na dimensão temporal, material e social, nas quais as respectivas normas e decisões fundadas em tratados vinculam diretamente os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, sendo paradigmático o caso da União Europeia. A respeito dessas novas instituições internacionais que ensejam o debate sobre Constituições além do Estado, existem formas de vinculação mais intensas do que o modelo eminentemente dispositivo do Direito Internacional Público clássico, como o *jus cogens*, o princípio *erga omnes* e as novas regulações do comércio internacional.

A questão que se põe é a da relação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica dos Estados-membros, sobretudo a conexão entre as Cortes de Justiça internacionais e nacionais com funções constitucionais, vinculadas a tradições jurídicas fortemente consolidadas e diversificadas.

Se o conceito jurídico de supranacionalidade refletir uma organização fundada em tratado que atribui, para seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional no âmbito pessoal, material e temporal de validade, com força vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, a União Europeia seria a maior experiência de supranacionalidade.

O sistema legal da União Europeia foi construído com o envio de decisões de Cortes nacionais à Corte Europeia de Justiça – CEJ, que as reconheciam não como Suprema Corte, mas como Corte supranacional capaz de oferecer *judicial empowerment* a litigantes individuais e às próprias Cortes nacionais quanto ao cumprimento dos compromissos assumidos por seus governos. Como motivos subjacentes, restariam a competição entre Cortes por relativo prestígio e poder e uma visão particular do Direito que poderia ser alcançada com o seguimento dos precedentes da CEJ em sobreposição aos das Cortes nacionais, oferecendo maior vantagem aos litigantes e às Cortes nacionais.

Por sua vez, a CEJ aproveitou a oportunidade para fundar as bases do que foi originalmente chamado de *a new legal order*, na qual o Tratado de Roma e diversos excertos legais passaram a ser considerados *directly effective* ou *self-executing* segundo a classificação mais tradicional. Juntamente com as Cortes nacionais, a CEJ tem construído um sistema legal pautado no diálogo constitucional junto às tradicionais estruturas de direito internacional, servindo de base para as relações entre diversas Cortes nacionais e internacionais ao redor do globo, não necessariamente sob os auspícios de uma pretensa hierarquia entre ambas.

Contrariando o entendimento de que a CEJ seria dotada de um caráter supranacional, Slaughter (2004, p. 84) lembra o caso da Corte Constitucional Federal Alemã, ressaltando o relacionamento cooperativo e a mútua influência entre estas, veja-se:

The German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, or BvG) in particular has a long story of engaging and challenging the ECJ as a co-equal rather than a superior court (...). Within this relationship, both courts are to ensure that both Union law and national law are properly respected by the government institutions most directly within their jurisdiction and to acknowledge their 'mutual influence' on one another (...). Within this community, each court is a check on the other, but not a decisive one; the courts assert their respective claims through a dialogue of incremental decisions signaling opposition or cooperation.

Outrossim, diversos países têm reconhecido gradativamente a supranacionalidade de organizações internacionais por meio da autovinculação, da autoexecutoriedade e do caráter cogente das decisões emanadas de seus órgãos legislativos, administrativos e judiciais. Não se restringe, assim, o caráter dessas relações ao âmbito europeu, sendo possível alcançar outras organizações comunitárias e os mais variados sistemas jurídicos, a depender do grau de comprometimento com suas determinações.

Entende-se que existe espaço para dissenso, vez que essas relações podem ser construídas com a afirmação ou negação explícita ou implícita, formal ou material, do caráter supranacional de instâncias e organismos internacionais que não se limitam ao comunitarismo ou a Cortes internacionais, ainda que de direitos humanos. Também seria possível condicionar sua produção normativa vertical ou horizontalmente aos tradicionais modelos de internalização de normas e subordinação direta e hierárquica à Constituição estatal, sem que qualquer imposição ou vinculação venha a ser efetivada por pressão da comunidade global.

Finalmente, a partir do que se vislumbra nos dias de hoje como direitos fundamentais, construiu-se a ideia de “bloco de fundamentalidade” no âmbito da União Europeia. Conforme cita Duarte (2012), esse bloco seria formado pelos direitos que tutelam os valores pluridimensionais inerentes à dignidade da pessoa humana, resultando de diferentes normas garantidoras, de origem estatal, comunitária e internacional, congregando, desta forma, os sistemas jurídicos dos Estados-membros que o constituem.

2.3 Sistemas judiciais de resguardo de direitos fundamentais na União Europeia – a ideia de justiça constitucional de base triangular

Definidos os contornos dos direitos fundamentais nos limites da União Europeia, respeitando-se o caro princípio do juiz natural, passa-se a discutir sobre qual seria o tribunal ou os tribunais competentes para avaliar iniciativa particular de proteção de direitos fundamentais então violados.

Buscando responder tal questionamento, se desenvolveu a visão de tutela judicial de direitos fundamentais pela denominada “justiça constitucional de base triangular” ou “triângulo judicial europeu”, que remete à coexistência de três vértices de sistemas judiciais de proteção a estes direitos por intermédio do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, dos tribunais dos Estados-membros e dos tribunais da União Europeia, em especial o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE.

A esse respeito, Duarte (2012, p. 293) aduz que:

No estágio actual de evolução do Direito da União Europeia, a tutela judicial dos direitos é garantida, no quadro de uma relação de base triangular, pelos tribunais dos Estados-membros, pelos tribunais da União Europeia, em especial o Tribunal de Justiça, e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), competente para interpretar e aplicar a CEDH. No meio deste triângulo imaginário, encontra-se o particular, cidadão da União ou cidadão de qualquer Estado terceiro, que hesita quanto ao tribunal competente para apreciar o seu pedido de tutela de um direito que terá sido violado pelo decisor da União Europeia ou pelo decisor nacional em aplicação dos Tratados.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, fundado em 1959 e com sede na francesa Estrasburgo, tornou-se permanente em 1998. Não constitui órgão da União Europeia, sendo um Tribunal criado pelo Conselho da Europa e integrado pelos seus quarenta e sete Estados-membros. Caracteriza-se como a última instância nessa rede de guarda de direitos fundamentais, ao operar subsidiariamente em face da necessidade de esgotamento das vias internas de recurso no âmbito dos tribunais dos Estados-membros, segundo o artigo 35º, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (2015):

Artigo 35º. Condições de admissibilidade. 1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

Por sua vez, os tribunais dos Estados-membros detêm autonomia institucional e formam a instância comum de interpretação e aplicação do direito da União Europeia, distinguindo-se como os principais responsáveis pela proteção dos direitos referidos no “bloco de fundamentalidade” no âmbito daquele bloco regional. Explicitando o princípio da descentralização da função jurisdicional que lá impera, prevê no artigo 274 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2015), que “sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelos Tratados, os litígios em que a União seja parte não ficam, por este motivo, subtraídos à competência dos órgãos jurisdicionais nacionais”.

Não obstante, a jurisdição dos Tribunais da União Europeia, igualmente responsáveis pela tutela de direitos fundamentais, requer a edição de Tratado que defina a esfera da sua competência e o instrumento processual adequado ao seu exercício. O acesso a eles, entretanto, independe de previa ativação dos meios processuais junto aos tribunais nacionais, exigindo-se dos Estados-membros a previsão nas leis processuais de vias de proteção específicas.

Os Tribunais da União Europeia são formados pelo Tribunal Geral, integrado por um juiz de cada país, que analisa os recursos de anulação interpostos por particulares, empresas e, em certos casos, governos nacionais. Suas ações são recorríveis ao TJUE unicamente para a apreciação de questões de direito. Ao seu lado, está o Tribunal da Função Pública, composto por sete juízes responsáveis pela deliberação acerca de diferendos envolvendo a União Europeia e seu pessoal.

Finalmente, o TJUE, constituído por um juiz de cada Estado e onze advogados-gerais, avalia os pedidos de decisões a título prejudicial remetidos pelas jurisdições nacionais, interpretando a legislação vigente no bloco para assegurar sua aplicação uniforme em todos os países, bem como certas ações de anulação e recursos, conforme o artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2015, p. 37):

Artigo 267. O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) sobre a interpretação dos Tratados; b) sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. 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 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. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

Diante do panorama traçado, apreende-se que, caso sintam que seus direitos fundamentais foram maculados por ação ou omissão de certa instituição da União Europeia ou de seus integrantes, os particulares, de forma individual ou coletiva, estão habilitados a recorrer diretamente aos tribunais nacionais; por sua vez, estes podem optar por remeter o caso ao TJUE, em respeito ao princípio da cooperação judicial, ou ao Tribunal Geral, se determinada decisão de uma instituição da União Europeia o afetar direta e individualmente.

Como meios processuais disponíveis aos particulares, estão os recursos contra os atos de que sejam destinatários ou que lhes digam direta e individualmente respeito, bem como

contra os atos regulamentares que lhes digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução, segundo previsão no artigo 263 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2015).

Pode-se interpor também recurso ao TJUE a fim de acusar uma das instituições, órgãos ou organismos da União Europeia de não ter dirigido ao lesado determinado ato que não seja recomendação ou parecer, segundo o artigo 265 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2015, p. 37), a seguir transcrito:

Art. 265. Se, em violação dos Tratados, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão ou o Banco Central Europeu se absterem de pronunciar-se, os Estados-Membros e as outras instituições da União podem recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que declare verificada essa violação. O presente artigo é aplicável, nas mesmas condições, aos órgãos e organismos da União que se abstenham de se pronunciar. Este recurso só é admissível se a instituição, o órgão ou o organismo em causa tiver sido previamente convidada a agir. Se, decorrido um prazo de dois meses a contar da data do convite, a instituição, o órgão ou o organismo não tiver tomado posição, o recurso pode ser introduzido dentro de novo prazo de dois meses. Qualquer pessoa singular ou colectiva pode recorrer ao Tribunal, nos termos dos parágrafos anteriores, para acusar uma das instituições, órgãos ou organismos da União de não lhe ter dirigido um acto que não seja recomendação ou parecer.

Ainda cabe ao particular fazer uso do chamado “contencioso da responsabilidade”, previsto nos artigos 268 e 340 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2015) abaixo, referentes a litígios relativos à reparação dos danos quanto à responsabilidade contratual e extracontratual da União Europeia:

Artigo 268. O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos litígios relativos à reparação dos danos referidos nos segundo e terceiro parágrafos do artigo 340.

(...)

Artigo 340. A responsabilidade contratual da União é regulada pela lei aplicável ao contrato em causa. Em matéria de responsabilidade extracontratual, a União deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções. Em derrogação do segundo parágrafo, o Banco Central Europeu deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados por si próprio ou pelos seus agentes no exercício das suas funções. A responsabilidade pessoal dos agentes perante a União é regulada pelas disposições do respectivo Estatuto ou do Regime que lhes é aplicável.

Não obstante, Moreno (2009) entende ser cabível a interposição de recurso de descumprimento, elencado nos artigos 258 e 259, de questões prejudiciais elencadas no artigo 267, de recursos de pessoal do artigo 270, de recursos em matéria de Banco Europeu de Inversões e Banco Central Europeu, dispostos no artigo 271, de recursos como consequência

de cláusulas compromissórias do artigo 272 e de exceção de ilegalidade ou inaplicabilidade do artigo 277, todos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

3 CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, apreende-se que, por restarem institucionalmente positivados e garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais devem ser promovidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com igual esforço, sempre com respeito às distinções existentes no âmbito de cada Poder e as competências a eles outorgadas pela CF/88.

Intentando concretizar aqueles direitos, o desempenho do Poder Judiciário ganha novos contornos, mais incisivos e dinâmicos. Ao invés de apenas aguardar a iniciativa do particular que se sentir lesado – por meio da propositura de remédios constitucionais, a exemplo da ADPF e do Mandado de Injunção –, pode aquele Poder agir inclusive em hipóteses de “omissões legislativas inconstitucionais”, lançando-se mão do ativismo judicial, da “judicialização de políticas públicas”, da “técnica de apelo ao legislador”, do controle judicial de atos administrativos e do controle do mérito dos atos discricionários por ele emanados.

Sopesando o cenário protetivo europeu dos direitos fundamentais, percebe-se que a União Europeia trouxe previsão em seus instrumentos normativos de menções expressas de salvaguarda daqueles direitos, tais como o Tratado da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Acerca da competência para ponderar sobre iniciativa particular na busca pela proteção de direitos fundamentais supostamente maculados, se destaca a proeminência da ideia de “justiça constitucional de base triangular” e a existência simultânea de três sistemas judiciais de tutela, formados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, pelos tribunais dos Estados-membros e pelos tribunais da União Europeia, com destaque para o TJUE.

Nessa linha, caberia proceder primeiramente à verificação pelos tribunais nacionais dos Estados-membros integrantes da União Europeia e, posteriormente, pelo TJUE, este capaz de demandar perante os Estados-membros a criação de meios específicos de amparo aos direitos fundamentais em suas respectivas leis processuais.

Alicerçado no princípio do juiz natural, compete primordialmente aos tribunais nacionais dos Estados-membros integrantes da União Europeia assegurar a tutela judicial efetiva e particular dos direitos fundamentais que integram o “bloco de fundamentalidade” daquele bloco regional. Nessa seara, o TJUE vem ganhando espaço ao atribuir maior

imperatividade a obrigações de meios responsáveis por exigir dos Estados-membros a previsão em suas respectivas leis processuais de vias de proteção específicas dos direitos fundamentais.

Da análise comparativa dos dispositivos legais retratados, verifica-se que os recursos disponíveis aos particulares europeus visando a efetivar direitos fundamentais estão em maior número e são dotados de procedimentos menos dificultosos quando comparados com os remédios constitucionais garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro à iniciativa particular.

Em solo brasileiro, o agir particular depende da propositura de remédios constitucionais de ritos mais complexos e pré-requisitos mais dificultosos ou da atuação discricionária dos três Poderes estatais, o que recorrentemente dificulta ou impede a concretização daqueles direitos. Não obstante, a supremacia dos instrumentos europeus frente aos brasileiros também decorre de sua maior assertividade em termos de proteção e promoção dos direitos em questão.

De qualquer modo, seja pelo ordenamento jurídico pátrio, seja pelos sistemas judiciais de proteção presentes na União Europeia, mostra-se nítida a preocupação crescente com o resguardo e a concretização de direitos fundamentais nos mais diversos países e blocos regionais mundiais, como mecanismo de preservação do sentimento democrático na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 440.028/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. **Diário de Justiça**, DF, 26 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça**, DF, 14 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e protecção dos direitos fundamentais – uma justiça constitucional de base triangular. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HABERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. v. 4.

MORENO, Fernando Díez. **Manual de derecho de la Unión Europea**. 5. ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SLAUGHTER, Anne Marie. **A new world order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PT:PDF>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf#page=18>. Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf#nameddest=article218>. Acesso em: 05 dez. 2015.