

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL



**A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO
EUROPEIA E O NÍVEL MAIS ELEVADO DE PROTEÇÃO**

-DISSERTAÇÃO-

Orientadora: Professora Doutora Maria Luísa Duarte

Mestrando: Rafael Lira Monteiro

Lisboa

2018

Sumário

Notas de leitura.	4
Resumo	5
Introdução.	7
1. A proteção dos direitos fundamentais e a relação entre a ordem jurídica da União Europeia e a ordem jurídica dos Estados-membros	10
1.1. Princípios gerais de delimitação dos direitos fundamentais.	11
1.1.1. Princípio da competência de atribuição	12
1.1.2. Princípio da subsidiariedade.	14
1.1.3. Princípio da proporcionalidade.	16
1.1.4. Princípio do primado.	17
1.1.5. Princípio da dignidade da pessoa humana	17
1.2. Competências	20
1.3. Triângulos normativo e judicial europeus.	22
2. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	26
2.1. Origem	26
2.2. Conteúdo.	28
2.3. Relevância jurídica e força vinculativa	30
3. O princípio do nível mais elevado de proteção	33
3.1. Conceito	33
3.2. Previsão na Carta dos Direitos Fundamentais da UE (art. 53) e sua ligação com o artigo 53º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH).	34
3.3. Relação com o Princípio do Primado	36
3.4. Relação com direito ao mínimo para uma existência condigna.	38
3.5. A cláusula aberta da Constituição da República Portuguesa.	44
3.6. Casos <i>Schmidberger</i> (C-112/00) e <i>Omega</i> (C-36/02).	45

4. Análise do Acórdão <i>Melloni</i> (C-399/11) à luz do artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	48
4.1. Introdução jurídica e fática	49
4.2. Análise crítica das consequências.	60
4.3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu pós caso <i>Melloni</i>	62
Conclusões	69
Bibliografia	74

Notas de leitura

1. Os títulos citados em notas de rodapé serão referidos pelo nome do autor, nome da obra e páginas correspondentes à citação; em relação àquelas que possuem títulos e subtítulos, somente aquele será referido nas notas, constando os dados completos da literatura consultada ao final do trabalho.
2. Não serão feitas referências resumidas das obras nas notas de rodapé, tendo em vista uma maior facilidade de identificação dos trabalhos citados. Caso exista mais de uma citação do mesmo trabalho científico, na mesma nota de rodapé, a segunda referência e as posteriores serão formatadas utilizando o nome do autor, seguido da expressão *op. cit.* e das páginas correspondentes.
3. Quando as páginas das obras citadas em notas de rodapé forem separadas por hífen (exemplo: 38-44), significa que as mesmas formam uma sequência (de 38 a 44); d'outro modo, quando as páginas forem separadas por ponto e vírgula (exemplo: 38; 44), as mesmas farão referências a determinadas páginas (38 e 44). Por fim, quando, durante as citações, surgir a expressão *ss.*, significa que serão as páginas seguintes à mencionada (exemplo: 38 e *ss.* – 38 e seguintes).
4. Desde já esclarecemos que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais não será abordada às últimas consequências, vez que tal diferenciação não se fundamenta na natureza e no conteúdo nuclear dos direitos, mas, sim, na estrutura protecionista, assegurada por mecanismos de ordem internacional ou nacional.

Resumo

A contínua integração internacional entre os Estados comunitários levou à criação daquilo que se denominou de garantia multinível dos direitos fundamentais. Na Europa, tal tutela ocorre por meio da proteção dos direitos fundamentais não apenas pelas Constituições dos Estados-membros, mas também pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Entretanto, a existência de várias instâncias protetivas não leva automaticamente à maior proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Analisa-se neste sentido o caso *Melloni* e posteriores julgados, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia acabou por dar interpretação discutível ao nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais de um determinado cidadão. Para atingir tal objetivo, esta dissertação apresenta inicialmente determinados conceitos doutrinários referentes à tutela dos direitos fundamentais, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o princípio do nível mais elevado de proteção; para, então, analisar alguns dos riscos envolvidos em tal tutela; e, por fim, faz-se uma análise do caso *Melloni*, mostrando como ocorreu tal interpretação relativa ao nível de proteção. A finalidade da presente dissertação é, portanto, buscar uma abordagem sistemática sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e ao Princípio do nível mais elevado de proteção, com o fito de tornar mais nítidas as bases de sua fundamentação constitucional, tendo em vista as questões trazidas ao arcabouço jurídico internacional com a publicação do Acórdão C-399/11 – caso *Melloni*, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais. Tribunal de Justiça Europeu. Acórdão *Melloni*.

Abstract

The continued international integration among the EU states led to the creation of what was termed the multi-level guarantee of fundamental rights. In Europe such protection takes place through the protection of fundamental rights not only by the constitutions of the Member States but also by the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights. However, the existence of several protective instances does not automatically lead to greater protection of citizens' fundamental rights. In this regard, the *Melloni* case and subsequent judgments are analyzed in which the Court of Justice of the European Union gave a debatable interpretation to the highest level of protection of the fundamental rights of a particular citizen. In order to achieve this objective, this dissertation initially presents certain doctrinal concepts regarding the protection of fundamental rights, the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the principle of the highest level of protection; to analyze some of the risks involved in such protection; and finally, an analysis of the *Melloni* case is made, showing how such an interpretation occurred regarding the level of protection. The purpose of this dissertation is to seek a systematic approach to the Charter of Fundamental Rights of the European Union and to the principle of the highest level of protection, with a view to clarifying the basis of its constitutional issues brought to the international legal framework with the publication of Judgment C-399/11 - *Melloni* case, delivered by the Court of Justice of the European Union.

Keywords: Charter of Fundamental Rights of the European Union. Highest level of protection of the fundamental rights. Court of Justice of the European Union. *Melloni's* Judgment.

Introdução

O presente trabalho constitui a dissertação produzida como trabalho necessário à conclusão do Mestrado científico em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2018.

A escolha do tema desta investigação - *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o nível mais elevado de proteção* - deu-se basicamente por três motivos fundamentais: i) a necessidade de análise da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Princípio do nível mais elevado de proteção, fazendo uma referência quanto ao papel atualmente desempenhado por aquela e o futuro da proteção de todo o seu catálogo de direitos no cenário jurídico europeu; ii) abordar e investigar a receptividade do Princípio do nível mais elevado de proteção na Constituição da República Portuguesa, explorando a consequência jurisprudencial, no sentido de enquadrar e explicar o papel da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nos tribunais nacionais europeus; e iii) a inegável importância de um estudo analítico e sistemático sobre o acórdão *Melloni* (C-399/11), bem como d'outros acórdãos mais recentes que abordam o respectivo objeto, proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, dada a relevância jurídica atual sobre o tema.

Em suma, uma razão fez-se basilar para a escolha deste tema: o Acórdão *Melloni* reacendeu a discussão em torno do artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, especificamente sobre a eventual previsão e consagração do Princípio do nível mais elevado de proteção, que há muito tempo vinha sendo discutido nas doutrinas jurídicas referentes à matéria.

A fim de concluir com êxito o presente trabalho, algumas etapas foram necessariamente abordadas, tais como: a proteção dos direitos fundamentais e a relação entre a ordem jurídica da União Europeia e a ordem jurídica dos Estados-membros; a origem, o conteúdo, a relevância e os aspectos fundamentais da Carta, levando-se em

consideração todos os estudos que serão realizados sobre o princípio do nível mais elevado de proteção.

Partindo desse ponto, temos que uma abordagem inicial sobre: i) o cenário onde encontram-se inseridos os direitos fundamentais na União; ii) a Carta dos direitos fundamentais da união europeia; e iii) o nível mais elevado de proteção, partindo de suas origens, mostra-se verdadeiramente útil como um aporte jurídico-social a fim de que seja considerada minimamente verossímil a análise do Acórdão em comento, tendo em vista o modelo de Estado de Direito que se difundiu em grande parte dos Estados ocidentais após a Segunda Grande Guerra.

Para ser o mais didático e inteligível possível, o presente trabalho foi desenvolvido em duas partes: a primeira (capítulo 1, 2 e 3) preocupa-se, de forma sucinta, com uma análise conceitual e histórica sobre a tutela das normas fundamentais no cenário normativo europeu, os primórdios da Carta, abordando seu conteúdo, bem como sua relevância jurídica e força normativa. Além disso, nesta parte será dado ênfase ao princípio do nível mais elevado de proteção, momento em que será analisado seu conceito, sua previsão na Carta, sua relação com o Princípio do Primado, assim como será igualmente explorada a cláusula aberta da Constituição da República Portuguesa, e, por conseguinte, serão levantados, de forma objetiva, dois relevantes casos jurídicos, a fim de uma melhor ilustração deste trabalho, são eles: processo Schmidberger (C-112/00) e processo Omega (C-36/02). A segunda parte desta dissertação (capítulo 4) dará enfoque ao acórdão promulgado pelo Tribunal de Justiça europeu no caso *Melloni* (C-399/11), datado de 26 de fevereiro de 2013, apreciando de forma crítica o alcance atribuído à força jurídica dessa decisão e sua relação com a jurisprudência mais recente do Tribunal.

Frise-se que não se pretende, com a presente dissertação, fazer uma análise extenuante da vasta bibliografia relativa ao tema da Carta dos Direitos Fundamentais e ao princípio do nível mais elevado de proteção, muito menos esvaziar as questões jurídicas oriundas do caso *Melloni*, mas, sim, uma busca no aperfeiçoamento e aprofundamento de todo o produzido ao longo do mestrado, especificamente: Mestrado Científico em Direito Constitucional, tendo em vista todas as críticas e sugestões feitas pela regente da disciplina, Professora Doutora Maria Luísa Duarte e pelos demais colegas.

Além disso, registre-se que foi dado prioridade para obras de nacionalidade portuguesa e brasileira, no que se considerou mais significativo para o tema.

A finalidade da presente dissertação é, portanto, buscar uma abordagem sistemática sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e ao Princípio do nível mais elevado de proteção, com o fito de tornar mais nítidas as bases de sua fundamentação constitucional, tendo em vista as questões trazidas ao arcabouço jurídico internacional com a publicação do Acórdão C-399/11 – caso *Melloni*, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

1. A proteção dos direitos fundamentais e a relação entre a ordem jurídica da União Europeia e a ordem jurídica dos Estados-membros

Os Tratados que instituem direitos e garantias fundamentais permanecem de acordo com qualquer procedimento de determinação do ordenamento jurídico de competências da União Europeia, especificamente em dois sentidos:¹ i) positivo – pois detêm, em suas respectivas normas, a base jurídica de habilitação; e ii) negativo – tendo em vista que determinam limitações gerais ou específicas ao exercício dos poderes de regulamentação pelo legislador comunitário.

Uma questão considerável encontra-se no modelo atributivo de poderes estabelecidos pelos Tratados, vez que tal padrão termina por se mostrar demasiado complexo, haja vista o elevado grau de indeterminabilidade. Em outras palavras, dois fatores são cruciais para esta consequência: de um lado, a miscelânea de bases jurídicas distintas dos próprios Tratados, não existindo uma normatização que enumere as matérias de competência da esfera comunitária; d'outro lado, a falta de exatidão e especificidade com que esses alicerces jurídicos enunciam os objetivos da atuação comunitária, característica esta que termina por obscurecer a própria delimitação dos poderes.

Tendo em vista julgado do próprio Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE)², verificam-se os obstáculos intrínsecos às fundamentações jurídicas das competências comunitárias:

“[...] no sistema de competências comunitárias, os poderes dos órgãos e as condições do seu exercício decorrem das diversas disposições específicas do Tratado, cujas divergências (...) nem sempre se fundamentam em critérios sistemáticos [...]”.

1DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, p. 247.

2Acórdão TJCE, 30/05/1989, Proc. 242/87, Comissão c. Conselho, Col. 1989, p. 1425, nº 13.

Dessa forma, o TJCE adotou, de início, uma ideia de que o sistema comunitário de competências possuía uma natureza limitada no tocante aos poderes atribuídos. Nessa linha, em importante julgado do caso *Costa c. Enel*³, o TJCE invocou tal âmbito limitado de atribuições de poderes:

“[...] ao instituir uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de órgãos próprios, de personalidade e capacidade jurídicas, de uma capacidade de representação internacional e particularmente de poderes efetivos resultantes de uma limitação de competências (...), estes Estados limitaram, ainda que em **domínios restritos**, os seus direitos soberanos”. (Grifos nossos)

Nesse sentido, como bem enfatiza Maria Luísa Duarte⁴, o TJCE adotou inicialmente uma noção limitada dos poderes atribuídos pelo sistema comunitário, o que, todavia, não o impediu de aceitar, gradativamente, uma jurisprudência que alargou o prisma de atuação das Comunidades Europeias.

1.1. Princípios gerais de delimitação dos direitos fundamentais

É de pleno conhecimento das sociedades que se julgam democráticas ou liberais, identificadas através do respeito à tutela dos direitos humanos, a suntuosa importância que os princípios gerais de Direito possuem no intuito de garantir a autonomia normativa de qualquer ordenamento jurídico.

Conforme mister da douta professora Maria Luísa Duarte⁵, ao lecionar sobre as fontes do ordenamento jurídico internacional, reforça o ensinamento de que no Direito Internacional Público, onde ainda não há um Poder Legislativo devidamente instituído e

3Acórdão TJCE, 15/07/1964, Proc. 6/64, Col. 1964, p. 549.

4DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, p. 248.

5DUARTE, Maria Luísa. *Direito Internacional Público e a ordem jurídica global do século XXI*, p. 138.

configurado para defender os anseios mais latentes de regulação normativa, cresce de forma progressiva a função integrativa dos princípios gerais de Direito.

Em contínuo, a doutrina robustece o preceito de que os princípios gerais de Direito, dado à indispensável relevância destes, possuem duas características fundamentais⁶:

“(…) devem ser considerados **aplicáveis** (a) e **transponíveis** (b). a) A generalidade destes princípios pressupõe que sejam comuns aos Estados sem exigir, naturalmente, a universalidade. [...] O Tribunal de Justiça da União Europeia, por exemplo, aplica os princípios gerais que são comuns à generalidade dos Estados-membros e outros que, não sendo comuns, se afiguram mais adequados a dirimir o litígio em torno da aplicação das normas eurocomunitárias. b) A recepção e a aplicação na ordem jurídica internacional dos princípios gerais de Direito, nascidos e amadurecidos na legislação e jurisprudência dos Estados, implica, por outro lado, que sejam susceptíveis de transposição ou de internacionalização.”

De forma objetiva pode-se inferir, portanto, que os princípios gerais de Direito formam um conjunto de elementos fundamentais aos regimes normativos nacionais e comunitários.

1.1.1. Princípio da competência de atribuição

Como ensina a doutrina mais abalizada, “*a definição da amplitude e da natureza dos poderes da União Europeia está subordinada ao chamado princípio da competência de atribuição*”⁷, cujo entendimento é o de abordar de forma mais concreta a sua eficácia e

6 DUARTE, Maria Luísa. *Direito Internacional Público e a ordem jurídica global do século XXI*, p. 139.

7 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, p. 245.

suas consequências jurídicas na aplicação dos enunciados pelas disposições dos Tratados institutivos.

Tal princípio da competência de atribuição possui o atributo de ser um princípio estruturador da União Europeia, tendo previsão expressa no Tratado da União Europeia (arts. 2º e 5º), no Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atômica (arts. 2º, 3º, n. 1, 115º, 124º, n. 3, e 161º) e no Tratado da Comunidade Europeia (arts. 5º, § 1º, 7º, n. 1, § 2º, 189º, 202º, 211º, 249º e art. 300º, n. 1).

Muito embora exista uma pluralidade significativa de fontes deste princípio, não pode ser entendido que o mesmo se encontra eivado de excesso em sua previsão, tendo em mente que cada uma dessas disposições aborda questões e significados diversos.

Na esfera de relacionamento entre os Estados-membros e a União Europeia, o princípio da competência de atribuição é fruto do princípio da especialidade dos fins, contendo nele também a acepção normativa da competência que, por seu turno, reverbera nas relações entre os diversos organismos de decisão.

Desse modo, pode-se inferir que as competências se encontram respaldadas pelo princípio da legalidade, sendo este um requisito de validade do regime de separação de poderes entre os diferentes organismos da União e das Comunidades.

Nesse sentido, determinado parecer sobre o projeto de acordo relativo à criação do Espaço Econômico Europeu⁸, reforçou a premissa de que os Estados-membros, enquanto possuidores da soberania cujo exercício atribuem às Comunidades Europeias em “*domínios cada vez mais alargados*”, possuem uma verdadeira necessidade de inserir nos Tratados uma norma minimamente inteligível e objetiva a respeito dos princípios definidores do modelo atípico de competências da União e das Comunidades Europeias.

Por conseguinte, com o advento do Tratado de Maastricht, não apenas se normatizou um fundamento expresso ao princípio da competência de atribuição (artigo 5º, § 1º), como foi alargada sua importância conformadora aos remanescentes domínios em que foram definidos os objetivos e poderes de ação em favor da União.

⁸Parecer 1/91, de 14/12/1991, *sobre o projeto de acordo relativo à criação do Espaço Econômico Europeu*, Col. 1991, p. I-6079, nº21.

Porém, deve-se ter em vista que o princípio das competências atribuídas veda a União e as Comunidades Europeias o direito de exercer a faculdade para estabelecer ou determinar as suas próprias atribuições e poderes. N'outras palavras, há uma vedação à 'dupla revisão' de competências comunitárias, tendo em vista que não é cabido que a União possua a aptidão para rever aquilo que lhe é devido, vez que a capacidade constituinte permanece na esfera soberana de vontade dos Estados-membros. Portanto, conforme doutrina precisa de Fausto de Quadros⁹, em que pese toda a relevância do princípio das competências atribuídas, para qualquer reformulação do estatuto jurídico da União é necessário um novo acordo com todos os Estados-membros.

1.1.2. Princípio da subsidiariedade

Outro princípio que, por sua natureza, possui extrema relevância e é categorizado pela atual doutrina como um dos princípios gerais do Direito da União Europeia é o denominado princípio da subsidiariedade. Por força deste princípio basilar, as Comunidades Europeias materializam a própria noção da subsidiariedade aposta às relações entre os Estados soberanos.

A noção de subsidiariedade, tendo em conta a inflada bibliografia voltada ao tema, possui diversas conceituações. Porém, uma afortunada denominação utilizada por Mackenzie-Stuart evidencia o princípio da subsidiariedade como uma “*arte de bem governar*”.¹⁰ Assim, este princípio diz respeito à boa governança, no sentido de que todas as decisões adotadas pelos governantes, bem como suas efetivas aplicações, devem ser direcionadas à aplicação do nível – comunitário ou interno – que assegure o resultado mais vantajoso, tendo em vista a eficiência e a racionalidade da gestão dos meios em razão dos fins almejados.

9 QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Europeias. Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Coimbra, Almedina, 1984, p. 100 e ss.

10 MACKENZIE-STUART, M. *Subsidiarity – a busted flush. Constitutional Adjudication in European, Community and National Law*. Butterworth, 1992, p. 19.

Já na criação da primeira Comunidade (1951), os Estados-membros compactuaram que as questões comuns necessitavam medidas tomadas a um plano supra estadual de decisão¹¹. Na discussão travada entre interesses político-institucionais sobre o prisma aquém ou além dos poderes das Comunidades Europeias, ganharam maior corpo as teses tributárias que defendiam um posicionamento subsidiário das competências comunitárias¹².

Nesse sentido, o tratado que criou a União Europeia (Maastricht) recebeu, em seu art. 2º, uma consagração expressa ao princípio da subsidiariedade. Porém, encontra-se no artigo 5º do Tratado da Comunidade Europeia o enquadramento sistemático deste princípio, *in verbis*:

“Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário. ”

Diversas razões concorrem sobre a importância do princípio da subsidiariedade como princípio geral do Direito da União Europeia. Entre estas pode ser destacada a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu que, em 27 de outubro de 1992, se posicionou no sentido de que “*é aos órgãos comunitários que incumbe o ônus da prova sobre a necessidade de legislar e de agir ao nível comunitário com a intensidade prevista*”, firmando a tese de que ao restringir a “*ação da Comunidade ao essencial*” conclui-se no sentido de “*agir menos para agir melhor*”.¹³

11 Conforme Maria Luísa Duarte, esta é a origem e o fundamento da atribuição de poderes às Comunidades Europeias. DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, p. 276.

12 DUARTE, Maria Luísa. *A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário – pressupostos e limites. Estudos em homenagem ao Professor Lumbrals*. Coimbra Editora, 2000, p. 788 e ss.

13 Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o princípio da subsidiariedade – Doc. SEC (92) 1990.

1.1.3. Princípio da proporcionalidade

Muito embora o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias defenda a ideia de que o facto de uma regra ou princípio não ser mencionado no direito escrito, por si só, não é suficiente para excluir a sua existência¹⁴, o princípio da proporcionalidade somente foi positivado com o advento do Tratado de Maastricht, em 1992.

Vale lembrar que o respectivo princípio da proporcionalidade já foi considerado “*o princípio jurídico geral mais importante no domínio do direito econômico do mercado comum*”¹⁵.

Atendo-se à conceituação mais sintética, a proporcionalidade corresponde a uma demanda positiva de atividade entre os poderes públicos, de forma que se torne necessária e adequada a realização e defesa de determinado objectivo ou interesse público, no sentido a proibir os excessos e inações, na busca por garantir, desse modo, a integridade de atuação própria dos Estados-membros.

A relevância do princípio da proporcionalidade pode ser ressaltada, a exemplo, no equivalente à dimensão do direito ao mínimo existencial que requer uma abstinência estatal, a sua ligação é direta, independente de intervenção legislativa, ao ponto em que se refere à tradicional função dos direitos fundamentais liberais: focada na defesa da esfera individual contra a ação do Estado. Em outra direção, o direito de que se trata postula uma interferência do Estado no sentido de defender os recursos mínimos aptos a proteção de uma existência condigna contra a ação dos particulares. Tal defesa se dá, em regra geral, através da função legislativa¹⁶. Neste último caso, a intervenção estatal é requerida no sentido de garantir as prestações materiais indispensáveis à existência condigna. Caberá, desse modo, quanto aos dois modelos de intervenção positiva estatal – prestações normativas e materiais – confirmar como se dará a eficácia do direito.

14Acórdão TJCE, de 21.1.1965, Proc. 108/63, *Merlini*, Rec. 1965, p.1.

15SCHWARZE, Jürgen. *Droit Administratif Européen*, Bruxelas: Bruylant, 1994, p. 721.

16 Pensando em mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7 ed., p. 342.

1.1.4. Princípio do primado

Em síntese, resta estabelecido que o princípio do primado surge quando da discussão referente à aplicação mais adequada de determinada norma, seja ela comunitária ou nacional.

Nesse sentido, o debate sobre a aplicação desta máxima principiológica existe quando a proteção oferecida pela norma comunitária competente é notadamente inferior à tutela prevista em norma interna (constitucional ou não), bem como pela norma internacional alegadamente contrária. Com efeito, é neste ponto onde o tema toca a questão principal deste trabalho, tendo em vista que, de acordo com a teoria geral dos direitos fundamentais¹⁷, deverá ser enfatizada aquela norma que resguarda o nível mais elevado de proteção aos direitos subjetivos em causa.

Todavia, deve ser ressaltado que, quando da utilização da sua função típica de critério de resolução de conflitos internormativos, a inteligência do princípio do primado determina que seja aplicada a norma comunitária em detrimento da norma interna, ainda que de grau constitucional.

1.1.5. Princípio da dignidade da pessoa humana

A priori, o princípio da dignidade da pessoa humana é encarado como o alicerce principal dos direitos fundamentais, assumindo um verdadeiro papel de alicerce ao todo normativo e jurídico na defesa dos direitos humanos¹⁸.

A ideia de dignidade da pessoa humana tem sido evoluída ao longo do tempo pelo pensamento filosófico, social e jurídico, no sentido de se questionar o que diferencia o ser humano dos demais seres vivos, e, além disso, o real significado de “humanidade”,

¹⁷ Vide item 3 deste trabalho.

¹⁸ A título de exemplos, cite-se que tanto a Constituição portuguesa quanto a brasileira, são frutos da superação de um período político marcado pelo autoritarismo, de forma que restou positivado nos textos constitucionais a expressa tutela da dignidade humana – artigo 1º, III, da Constituição brasileira (fundamentos do Estado Democrático de Direito), artigo 1º da Constituição portuguesa (base da República).

evolução esta que se encontra profundamente presente na manifestação jurídica dessa dignidade.

Uma das maiores dificuldades para se delimitar a noção jurídica da dignidade encontra-se na construção precisa do seu teor axiológico, haja vista tratar-se de um valor em geral operado para identificação do homem como tal, ou uma característica intrínseca a todo ser humano¹⁹, o que a torna demasiadamente vaga²⁰ e mais difícil de ser determinada nos limites de uma definição jurídica.

Desde os primórdios da formação do monoteísmo, partindo para o nascimento da filosofia na Grécia antiga, bem como desde a evolução das religiões para uma fé mais pessoal com a divindade e a intensificação das relações entre as cidades-Estados, aproximando as diversas culturas, identificam a dignidade humana como um objeto de teorização e reflexão, lançando, assim, os “fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais porque a ela inerentes”²¹.

Outro passo crucial no reconhecimento histórico da dignidade inerente ao ser humano foi o cristianismo²², especialmente a partir da obra do influente escritor cristão Paulo de Tarso, que pregou o tratamento equitativo entre todos os homens, sendo estes igualmente filhos de Deus, muito embora a própria Igreja tenha convivido com diversas ações contrárias à ideia de dignidade, como assim o foram as formas de escravidão²³.

Conforme esclarece a doutrina de Peter Häberle, a noção de que todos os homens são igualmente filhos de Deus, feitos à sua imagem e semelhança, que se desenvolveu no dogma cristão, é um dos pontos mais cruciais durante o processo de desenvolvimento da noção de dignidade²⁴, bem como o aprimoramento do uso do termo “pessoa”, conceito amplamente trabalhado por Santo Tomás de Aquino²⁵, incorporando ao homem as

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana*. p. 16.

20 SEELMAN, Kurt. *Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel*. p. 47.

21 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4 ed., p. 9-11.

22 BENDA, Ernst. *Dignidade humana y derechos de la personalidad*. p. 117.

23 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4 ed., p. 17-18.

24 HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 117.

25 “A pessoa humana é, pois, muito mais que um animal dentre a sua espécie. Dessa forma, a pessoa designa, para Tomás de Aquino e os demais teólogos, o que há de mais perfeito em toda a natureza”. (MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana*, p. 66-67).

substâncias espiritual e corporal, podendo-se afirmar que tal ideia medieval de pessoa baseou a edificação da ideia de igualdade dos seres humanos que mais tarde permitiria o conceito de direitos humanos universais²⁶.

Ademais, importante contributo para a reflexão moderna sobre a dignidade da pessoa humana é a ideia kantiana de que o homem existe como um fim em si mesmo, não como meio²⁷. O autor infere ainda que todo homem tem dignidade, não preço²⁸; e a consequência da dignidade humana é a obrigação de respeito²⁹.

Seguindo essa linha de raciocínio, Giuseppe Lumia³⁰ reforça que o que importa para a filosofia existencialista kantiana é o próprio homem concreto, sendo cada indivíduo um ser singular, único e inconfundível. Desse modo, nenhum homem poderia repetir a experiência existencial de outro.

Assim, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana, ideia-força do mundo moderno³¹, é uma qualidade inata a cada indivíduo³², cujo dever de respeito se pode identificar como uma das mais importantes conquistas históricas da sociedade, independentemente de sua instituição formal pelo Direito, que a configura como um princípio fundamental.

Dessa mesma forma, pode-se afirmar que se identifica na dignidade uma dimensão do ser, como uma qualidade essencial da pessoa humana³³, inalienável e irrenunciável, não sendo permitido sua criação, concessão, permuta ou retirada³⁴, mas devendo ser reconhecida e protegida³⁵. Registre-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana é uma ideia principiológica em constante desenvolvimento, não se podendo engessar ou acreditar que tal conceituação não é suscetível de mudanças.

26COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4 ed., p. 19-20.

27KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.

28KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77.

29KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.

30LUMIA, Giuseppe. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. p. 117-118.

31MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana*, p. 61.

32MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana*, p. 74.

33CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*, v. 1, 4 ed., p. 199.

34KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*, p. 177-178.

35SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana*, p. 18-22.

Para Constituições que consagram o Estado de Direito democrático e social, a dignidade humana funciona como um alicerce para a defesa e a proteção do espaço de autonomia privada³⁶ e, simultaneamente, fundamenta a intervenção estatal na assistência aos mais necessitados³⁷, incluindo-se aqueles que não possuem ou perderam a capacidade de autodeterminação consciente³⁸.

É exatamente sobre esta fundamentação basilar do princípio da dignidade da pessoa humana que surge a ideia do nível mais elevado de proteção. N'outras palavras, por diversas vezes a ordem jurídica subjetiva encontra-se desamparada diante de determinado caso concreto, seja por conta de normas (nacionais ou comunitárias) conflitantes sobre o tema, seja por simples ausência de normatividade suficiente. Portanto, para que seja mantido o mínimo existencial de determinada pessoa para uma vida condigna, urge a aplicação estrita do princípio do nível mais elevado de proteção.

Dessa forma, pode ser feita uma relação direta entre o Estado social e a dignidade da pessoa humana, haja vista que: se a dignidade é o fundamento do Estado, este se envolve com a forma de Estado social, ou Estado que busca viabilizar o bem-estar social. Daí a máxima de que o “Estado de Direito se desenvolveu, a serviço da dignidade humana, em Estado Social de Direito”³⁹.

Por esta razão, tratar da aplicação do princípio do nível mais elevado de proteção nada mais é do que fortalecer a aplicação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais da pessoa, protegendo, assim, a esfera mínima de dignidade humana.

1.2. Competências

Tendo por base o todo principiológico supra, deve ser ressaltado que, como sabido, a União Europeia tem seu fundamento em diversos tratados internacionais que criaram também suas instituições e lhes definiu competências.

36HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 137.

37MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana*, p. 78-79.

38KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*, p. 161.

39HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 130.

Esses tratados, a título elucidativo, são aprovados pelos presidentes e primeiros-ministros dos Estados-Membros e ratificados pelos parlamentos nacionais. Eles são, portanto, a base constitutiva da UE e sempre que há grandes modificações ou reformas nas instituições, bem como adesão de novos membros, sofrem alterações⁴⁰.

A contínua integração das comunidades e a crescente institucional terminou por fazer com que o sistema jurídico comunitário atingisse, conforme Nildo Nery dos Santos⁴¹:

“A qualidade de uma ordem jurídica, por se ter tornado um conjunto organizado e estruturado de normas jurídicas com fontes próprias, dotado de órgãos e de processos aptos a emití-la, a interpretá-las e, eventualmente, a verificar e sancionar suas violações”.

Tal notória ordem jurídico-normativa é o direito comunitário, sobre o qual Lewandowski⁴² leciona que “consubstancia um dos subprodutos mais notáveis do processo de integração europeia”, pois é “um direito que não se identifica com o direito internacional público nem como o direito interno”, haja vista deter “fontes, institutos, métodos e princípios informativos próprios”.

Nesse ínterim, evidencia-se que o desenvolvimento das comunidades europeias tornou necessário um procedimento de tomada de decisões em seu âmbito interno. Segundo Maria Teresa de Cárcamo Lobo⁴³, “para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, os Tratados Comunitários instituíram uma ordem jurídica própria, que se integra no sistema jurídico dos Estados-Membros e que se impõe aos órgãos jurisdicionais nacionais”.

Todavia, urge enfatizar que tais competências jamais poderão ser diferenciadas ou distanciadas da discussão a respeito do nível ideal de proteção dos direitos fundamentais.

40 COMISSÃO EUROPEIA. *Como Funciona a União Europeia – Guia das instituições da União Europeia*. Luxemburgo. Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. 2008, p.4-6.

41 SANTOS, Nildo Nery. *Direito Comunitário 45 Anos*. In LEWANDOWSKI, Ricardo Enrique (Org.). *Direito Comunitário e Legislação Supranacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 91.

42 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p.188.

43 LOBO, Maria Teresa de Almeida Cárcamo. *Manual de Direito Comunitário: 50 anos de integração*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 139.

Em sede de delimitação do âmbito de aplicação da Carta, conforme a nova redação dada ao artigo 51º, especificamente o seu nº 2, ressalta o inequívoco intuito dos Estados-membros em ressaltar o respectivo carácter derivado das competências da União, ao prevê que “a presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados”.

Dessa feita, tem-se que a própria Carta objetiva conciliar um devido nível de proteção dos direitos fundamentais com a devida atenção aos poderes previstos e garantidos pelo Estados-membros.

Ademais, seguindo o magistério de Rui Medeiros⁴⁴ e Maria Luísa Duarte⁴⁵, resta esclarecido que o nível mais elevado de proteção dos direitos subjetivos não resta vinculado à redefinição do traçado de competências da União. Para os doutrinadores, os próprios Estados-membros, por si, possuem firme tradição no sentido de que haja a tutela constitucional dos direitos fundamentais, o que perfaz o denominado “bloco de fundamentalidade” da União Europeia.

1.3. Triângulos normativo e judicial europeus

De forma sucinta, a doutrina majoritária mais específica estabelece como “triângulo europeu” de amparo aos direitos humanos aquilo que se qualifica como uma intrincada articulação normativa e jurídica entre os três sistemas de proteção existentes atualmente na Europa: o nacional, o internacional e o comunitário.⁴⁶

44 MEDEIROS, Rui. *A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*. In AA. VV., *Nos 25 anos da Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, AAFDL, 2001, p. 244 e segs.

45 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, p. 254.

46 O citado “triângulo normativo europeu” e o “triângulo jurídico europeu” são encontrados, respectivamente e de formas mais aprofundadas, nas obras: DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, p. 28; e em DUARTE, Maria Luísa. *O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*. In: *Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Lisboa: AAFDL, 2004, v. 2, p. 735-760.

A fim de que se alcance tamanha integração regulamentar, é necessária a compreensão de uma internormatividade mínima verificada na Europa, demonstrada na complementariedade dos fundamentos normativos, o que determina a aplicação do consagrado princípio do nível mais elevado de proteção como um fator de equilíbrio nessa pluralidade.

D'outra forma, para que se desenvolva a tutela jurídica dos direitos humanos no cenário europeu, é vital que haja uma comunicação efetiva entre os diversos tribunais competentes.

Nessa esteira, afirma-se que, em razão da necessidade de se designarem estruturas minimamente eficientes à proteção dos direitos humanos, estes são protegidos em diversos níveis e por diversos sistemas, caracterizando, assim, uma relação de complementariedade jurídica entre esses diversos sistemas de proteção.

A priori, é natural que tamanha sistematização das estruturas de proteção dos direitos humanos seja analisada no sentido de que há uma possibilidade de resultar no efeito inverso da maior proteção, ou seja, que não necessariamente uma pluralidade de sistemas resultará n'uma maior tutela, resultando em potenciais antinomias e conflitos jurídicos. Porém, conforme nítida doutrina de Canotilho⁴⁷, é exatamente essa multiplicidade normativa, em constante afluência, convergência, aproximação e conflito, que causará um espaço jurídico pluralmente inclusivo, pendente a uma identidade jurídica aberta aos direitos humanos e a fundamentos como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a democracia e a socialidade.

Portanto, a pluralidade de níveis não pode ser analisada sob o aspecto de que há um obstáculo impossibilitando a harmonização entre os vários sistemas de proteção dos direitos do homem. Todavia, é razoável admitir que, tendo em vista o considerável grau de complexidade normativa dos referidos sistemas de proteção, antinomias podem surgir quanto a aplicação da norma de direito fundamental ao caso concreto. É exatamente neste conjunto que se destaca a aplicação do princípio da teoria geral dos direitos fundamentais analisado por este trabalho – nível mais elevado de proteção – o qual exige,

47CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 262.

impreterivelmente, o bom emprego da norma de direito que garanta a proteção mais elevada dos direitos fundamentais⁴⁸. É exatamente por conta da aplicação do princípio da proteção mais elevada, enfatize-se, que não deve haver a incidência da primazia⁴⁹ pré-estabelecida de certa norma sobre as demais. A prioridade é da norma, ou da interpretação da norma, mais favorável à proteção dos direitos humanos, seja essa lei - *lato sensu* - nacional, internacional ou comunitária.

Com efeito, dada a profusa internormatividade europeia em matéria de direitos humanos, naturalmente há um reflexo na garantia judicial dos respectivos direitos, no sentido de que esta tutela também é caracterizada pela justaposição de três níveis jurisdicionais: o nacional, o internacional e o da União Europeia.⁵⁰

Em sintonia com tal posicionamento, Maria Luísa Duarte,⁵¹ ao lecionar sobre a pluralidade de fontes que alimentam o denominado “bloco de fundamentalidade”, enfatiza que:

“[...] o ‘bloco de fundamentalidade’ congrega direitos de fonte plural, colocando em sistema de rede normas de proveniência nacional, internacional, europeia e especificamente comunitária, a aplicação concreta destas normas requer o concurso dos diferentes níveis de tutela judicial que suportam, no plano processual, a existência do espaço aberto da internormatividade.”

Dessa forma, o denominado “triângulo europeu” solidifica o modelo mais completo de organização normativa e judicial, justamente por conta da diversidade primordial das suas normas e da conseqüente sobreposição de seus conteúdos, bem como das suas aplicações e competências concorrentes.

Vale destacar que relevante componente da importância dessa “identidade jurídica” e dessa conformidade – tanto jurídica quanto normativa – é devida ao próprio

48Em que pese o princípio do nível mais elevado de proteção ser o objeto deste trabalho, tal princípio somente será devidamente aprofundado em capítulo próprio (3º).

49Vide tópico 1.1.4. deste trabalho.

50Tal referência diz respeito, respectivamente, aos Tribunais Nacionais, ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

51DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, p. 432.

princípio do nível mais elevado de proteção, consagrado em todas as matrizes normativas verificadas e, posteriormente, confirmado pela concessão de força jurídica⁵² à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, mediante o Tratado de Lisboa.

⁵²Vide tópico 2.3. deste trabalho.

2. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é um documento internacional que contém, entre outras disposições, diversos itens que tratam de forma fundamental sobre os direitos humanos. Proclamada oficialmente pelo Parlamento europeu, em junção com o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia, a Carta representou a gênese da proteção e do fortalecimento dos direitos fundamentais na União.

2.1. Origem

De início, mais especificamente na primeira metade do séc. XX, a inexistência de um catálogo específico de direitos fundamentais foi, à época, uma das maiores críticas apontadas contra a integração europeia.

O próprio Tratado de Roma, datado de março de 1957, fundador da Comunidade Econômica Europeia (CEE), chegou a enunciar alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, em seu art. 2º, ao tratar sobre o instituto do sufrágio universal e o direito para eleição de membros da Assembleia Comum (instituída pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço). Contudo, tendo em mente as razões instituidoras dos dispositivos supra, pode-se concluir que essas enunciações tinham como objetivo principal a concretização de um espaço econômico europeu, pouco se importando com a natureza protetiva dos direitos fundamentais.

A Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, também conhecida como Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em vigor desde 1953, também desempenhou relevante papel durante esse período pré-Carta, tendo em vista que serviu como fonte inspiradora para os tribunais europeus à época, vez que foram desenvolvidas jurisprudências no sentido de reconhecer os direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito da União.

Tal orientação jurisprudencial concretizou-se expressamente em fevereiro de 1992, quando foi codificada pelo Tratado da União Europeia (TUE), assinado em Maastricht, ao prever em seu artigo 6º, n.º 2, que "a União adere à Convenção Europeia dos Direitos dos Homens e das liberdades fundamentais".

Mesmo diante de todo o valor que deve ser atribuído ao TUE quanto à positivação e reconhecimento dos Direitos Fundamentais, esta consagração não satisfaz grande parte dos cidadãos e juristas da época, tendo em vista um sentimento de que tal previsão encontrava-se aquém do que verdadeiramente se desejava quanto à segurança e tutela dos direitos fundamentais.

Conforme leciona Maria Luísa Duarte,⁵³ após ganhar força e corpo a ideia de que a Comunidade Europeia necessitava de um catálogo próprio de Direitos Fundamentais, em junho de 1999 o Conselho Europeu aprovou a criação de uma instância que ficou incumbida da função de elaborar um projeto de Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nesse sentido, o desenvolvimento da Carta tornou-se fulcral para o arcabouço jurídico-constitucional da União Europeia.

A referida Convenção foi instituída ainda em dezembro de 1999 e era composta por quinze representantes dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros, trinta representantes dos Parlamentos Nacionais, dezesseis representantes do Parlamento Europeu e um representante da Comissão Europeia, tendo como presidente Roman Herzog, antigo condutor do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Empós, foi dado origem a um Comité de redação, composto pelo Presidente da Convenção, por um representante de cada uma das instituições europeias e por um representante do país que assumia a presidência da própria União, com o fito de traçar os primeiros esboços da Carta.

Sustentando como objetivos basilares o fortalecimento dos Direitos Fundamentais na União, bem como a evidência e compreensão desses direitos, foi elaborado pelo Comité uma primeira versão da Carta, sendo, posteriormente, analisada e discutida pela Convenção. Feitas as devidas alterações pertinentes, o Comité realizou diversas audiências

53 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia - Estática e Dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, p. 107.

com instituições e Estados interessados, a fim de que fosse valorizado e engrandecido o projeto que seria entregue à Convenção na forma de produto final de seu trabalho, que ainda deveria passar por aprovação em reunião plenária da Convenção. Segundo Vitorino,⁵⁴ tal Comité se ocupou, dentre outros trabalhos, de organizar “*um fórum de expressão de todas as sensibilidades europeias em matéria de direitos fundamentais que [...] soube fazer a síntese necessária entre os diversos componentes e tendências políticas apresentados*”.

Dessa forma, em outubro de 2000, a Convenção aprovou o projeto final no Conselho Europeu de Biarritz, projeto este que recebeu, de forma prévia, a aprovação do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia. No dia 07 de dezembro de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi, então, aceita solenemente, sendo assinada e proclamada durante o Conselho Europeu de Nice.

Após todo o curso supra descrito de sua gênese, a Carta contribuiu para dar um novo fôlego no sentido da integração europeia. Nesse sentido, o Tratado de Lisboa, em vigor desde 1º de dezembro de 2009, aprovou o chamado acervo jurídico primário da União, onde estão incluídos o Tratado da União Europeia (TUE), o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

2.2. Conteúdo

Porém, antes mesmo de sua proclamação, os Chefes de Estado e de Governo mantiveram altas expectativas quanto ao conteúdo que deveria ser incluído e apresentado na Carta, vez que os mesmos acreditavam que esta deveria conter, especificamente: os princípios gerais consagrados na Convenção do Conselho da Europa de 1950, as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, os direitos fundamentais próprios dos cidadãos da União Europeia e os direitos econômicos e sociais elencados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, assim como, também, os princípios decorrentes das decisões jurisprudenciais proferidas pelo Tribunal de Justiça e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

54 VITORINO, Antônio. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, p. 9.

Nessa esteira, Sérgio Saraiva Direito⁵⁵ doutrina no sentido de que o ideal seria unir uma:

“[...] base de legitimidade democrática tão alargada quanto possível sem que isso pusesse em risco o funcionalismo dos trabalhos, enquanto se dava predominância à representação parlamentar, como que a atestar a solenidade constituinte do processo, apelando-se por outro lado a um fórum dinamizador que congregasse os contributos dados pela sociedade civil”.

Dessa forma, Vitorino⁵⁶ reforça ainda que as principais medidas tomadas para a elaboração do conteúdo da Carta foram

“[...] a formação quadripartida da Convenção, a transparência dos trabalhos e a consulta a sociedade civil, bem como a procura de consensos para a adoção do projeto e a criação de uma mesa – denominada *Presidium* – em cujas reuniões participaram o presidente da convenção, os presidentes de cada grupo e o representante da Comissão”.

Assim, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi adotada em 07 de dezembro de 2000, possuindo uma característica peculiar em todo o seu conteúdo, pois ela reúne, em um único documento, direitos e garantias que anteriormente encontravam-se espaçados em diversas outras normas.

Hoje a Carta encontra-se composta por um preâmbulo e 54 artigos. Dispositivos estes que permanecem distribuídos em sete títulos distintos, quais sejam: a dignidade do ser humano (Título I); as liberdades (Título II); igualdade (Título III); solidariedade (Título IV); cidadania (Título V); justiça (Título VI) e disposições gerais que regem a interpretação e aplicação da Carta (Título VII).

55 DIREITO, Sérgio Saraiva. *A Carta dos Direitos Fundamentais e sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais da União Europeia*, p. 55.

56 VITORINO, Antônio. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, p. 9.

Vale ressaltar que mesmo diante de todo esse extensivo rol de direitos fundamentais previstos pela Carta, esta ousou ainda prever outros direitos que não se enquadram no âmbito material de aplicação do Direito Comunitário, ao versar, por exemplo, em seu art. 9º, sobre direito da família; e em seu art. 50º, sobre direito penal. Quanto aos exemplos mencionados (direito da família e penal), os Estados-membros conservaram competência própria e reservada para tratar da matéria.

Por conseguinte, Maria Luísa Duarte⁵⁷ fortalece o pensamento de impropriedade quanto à competência de alguns direitos previstos pela Carta, que superam os limites materiais desta, ao afirmar que tais direitos não só não se enquadram no âmbito material de aplicação do Direito Comunitário, como não apresentam, em grande parte dos casos, a própria relevância comunitária. A autora defende ainda que melhor e mais adequado seria não ter incluído na Carta tais previsões normativas, haja vista sua defasagem material.

2.3. Relevância jurídica e força vinculativa

O Comitê que elaborou o projeto da Carta pensou em assim fazê-lo a fim de que fosse atribuída força vinculativa à mesma, ainda que a sua relevância jurídica não se encontrasse definida à *priori*. O próprio Conselho Europeu de Colônia previu que, em momento posterior, seria devidamente estudada a forma de integração da Carta aos Tratados.

De todo modo, expõe o quarto parágrafo do preâmbulo da Carta “é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos Direitos Fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”. Clarifica ainda mais o quinto parágrafo do preâmbulo da Carta quando prevê que a mesma:

"(...) reafirma os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-membros, do

57 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais - no espaço da internormatividade*, p. 141.

Tratado da União Europeia e dos tratados comunitários, da Convenção Europeia para 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".

Com o Tratado de Lisboa, a Carta passou a ser considerada como um documento juridicamente vinculante, muito embora não tenha sido incorporada aos Tratados. Nos termos do artigo 6º do Tratado da União Europeia “a União reconhece os direitos, liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, com as adaptações que lhe foram trazidas em 2007, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

Desse modo, pode-se afirmar que a Carta é um instrumento declarativo e codificador de direitos que já se encontravam prévia e espaçadamente reconhecidos na ordem jurídica comunitária; mas que não esgota, por sua vez, a função garantidora do Tratado de Lisboa, tendo em vista as normas elencadas no Tratado da União Europeia e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Não se pode, doutra banda, considerar correta a afirmação de que a Carta constitucionaliza direitos. Nessa mesma posição encontra-se Canotilho,⁵⁸ ao afirmar que:

"A incorporação de uma carta de direitos fundamentais não significa que ela transporte uma qualquer ideia de constituição europeia e de Estado europeu. A carta europeia de direitos fundamentais é uma carta vinculativa dos órgãos legislativos, executivos e judiciais da União Europeia e não uma constituição juridicamente constitutiva e conformadora de um hipotético <Estado Europeu>".

Portanto, tendo em vista seu caráter codificador, a Carta não deve ser considerada um verdadeiro instrumento de mudança e de aperfeiçoamento do sistema jurídico-constitucional da União Europeia, quanto à garantia dos Direitos Fundamentais, mas, sim, um instrumento que confirma a existência de um rol de direitos já reconhecidos. Ressalte-

58 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Compreensão jurídico-político da Carta*, p. 14.

se, de toda forma, a importância e o mérito que deve ser atribuído à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tendo sido a primeira declaração de direitos fundamentais de âmbito geral proclamada pela União.

3. O princípio do nível mais elevado de proteção

Consagrado no artigo 53 da CDFUE, o Princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais já levantou diversos debates doutrinários acerca de sua natureza jurídica. Neste capítulo desta dissertação, será abordado da forma mais clara e objetiva a respeito de seu conceito, de sua previsão na Carta, entre outros assuntos pertinentes ao tema deste trabalho.

3.1. Conceito

Conforme fora afirmado, o Princípio do nível mais elevado de proteção encontra-se inserido no artigo 53 da CDFUE, e pode ser considerado como um verdadeiro critério para resolução de conflitos de direitos. É, assim, um fundamento que determina a aplicação, diante dessas divergências, dos preceitos mais protetivos, devendo ser definido como um concretizador da proteção mais elevada ao indivíduo, frente a todos os dispositivos que podem ser aplicados ao caso concreto. Nesse sentido, estão Besselink⁵⁹ e Fausto Quadros.⁶⁰

O Princípio do nível mais elevado de proteção é, portanto, um balizador de antinomias jurídicas, no sentido de que, conforme dispõe o artigo 53 da CDFUE, nenhuma disposição da Carta poderá ser interpretada e aplicada no sentido de limitar ou lesionar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidas, em seus respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União Europeia, o direito internacional e as Convenções internacionais de que fazem parte a União ou todos os Estados-membros, principalmente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assim como pelas Constituições dos Estados-membros.

59 BESSELINK, Leonard F. M. *Entrapped by the maximum standar: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, Common Market Law Review, 1998, 35, nº 3, pág. 629-680.

60 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*, p. 173-175.

3.2. Previsão na Carta dos Direitos Fundamentais da UE (art. 53) e sua ligação com o artigo 53º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)

O Princípio do nível mais elevado de proteção encontra-se previsto na CDFUE, especificamente em seu artigo 53,⁶¹ onde dispõe que:

“Art. 53. Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-membros”.

A referida norma encontra-se inserida no Título VII da Carta, que versa sobre as disposições gerais que regem a interpretação e aplicação da CDFUE, denominadas pela doutrina como as cláusulas horizontais.

O artigo 51 da CDFUE determina o âmbito de aplicação de suas normas, ao prever, em seu item nº 1, que “as disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-membros, apenas quando apliquem o direito da União”. O respectivo dispositivo reforça ainda a obrigação que os Estados-membros possuem, ao determinar que os mesmos “devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados”.

O item número 2 do artigo 51, por sua vez, estabelece que a Carta não possui como função tornar o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, impedindo a geração de quaisquer novas atribuições ou

⁶¹ *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, J.O.U.E., C 83/389 de 30 de março de 2010, p. 1-15.

competências para a União, sem modificar, por conseguinte, as atribuições e competências que se encontram definidas pelos Tratados.

Por seu turno, prescreve o artigo 53 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) que “nenhuma das disposições da presente Convenção deverá interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra convenção em que aquela seja parte”.

A disposição contida na CDFUE, como facilmente pode-se constatar, apresenta grande similitude com o artigo 53 da CEDH analisado acima, cujo conteúdo não levanta grandes controvérsias ou obstáculos em sua interpretação. Igualmente agora, conforme já fora afirmado, nas situações onde ocorre conflito entre normas de direitos humanos, não se deve defender a prevalência de uma em detrimento das demais, pois se assim não o fosse, ocorreria uma lesão na ideia motora do Princípio do nível mais elevado de proteção.

Dessa forma, pode-se inferir que a CDFUE possui um *standard* mínimo de proteção que visa salvaguardar o nível mais elevado de amparo aos direitos fundamentais, atingido por qualquer outro catálogo que verse sobre direitos humanos, no sentido de proporcionar o *standard* mais elevado de proteção. Em consonância com o desenvolvido por Maria Luísa Duarte,⁶² o princípio do nível mais elevado de proteção exige a aplicação daquela norma de direitos humanos, ou sua interpretação conforme, que possua o conteúdo mais protetor ao caso concreto.

Além disso, é notório que o artigo 53 da Carta foi inspirado pelo respectivo artigo 53 da Convenção, tendo em vista o posicionamento temporal entre os dois documentos, bem como o teor de seu conteúdo literal.

Vale ressaltar, todavia, que ambos os dispositivos visam garantir a aplicação da norma constitucional (ou internacional) mais favorável à proteção dos direitos subjetivos invocados ao caso concreto, fazendo com que o princípio do primado do direito da União ceda em favor da aplicação dos direitos de outros ordenamentos jurídicos, inclusive às

62 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, p. 286.

ordens constitucionais nacionais, sempre que estas se mostrarem mais protetoras ao indivíduo.

3.3. Relação com o Princípio do Primado

A norma contida no artigo 53 da CDFUE não é unânime na doutrina. O artigo em comento tem sido interpretado de diferentes formas pela doutrina, o que nos permite elencar duas principais correntes díspares.

Em uma primeira corrente (que fora adotada neste trabalho), o dispositivo em comento traz à baila o Princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais, conforme expostos anteriormente. De forma mais clara, Maria Luísa Duarte⁶³ atenta ao fato de que o primado do direito da União, por meio de uma cobrança absoluta e incondicional de prevalência de suas regras e princípios sobre quaisquer outras normas de distintas matrizes, correspondeu apenas a uma fase primitiva do direito durante o processo de integração europeia. Reforça ainda a autora que o direito da União, passada essa fase inicial, já não mais se baseava exclusivamente no Princípio do primado como critério exclusivo para resolução de conflitos entre normas. Por conseguinte, a relação entre aquele e os direitos nacionais e internacionais progrediu de forma acentuada, a ponto de comportar a conciliação da proteção mais efetiva dos direitos humanos com a lógica do primado. Nessa mesma linha, quando se encontra em causa a garantia de tais direitos, Vieira de Andrade⁶⁴ doutrina no sentido de existir o denominado “*primado diferenciado*”, como forma de resolução dos conflitos entre normas.

Doutro lado, uma segunda corrente defende que o artigo 53 da Carta enfatiza o Princípio do primado do direito da União, negando a consequente possibilidade de que seja aplicado um ordenamento jurídico nacional mais favorável ao indivíduo no caso concreto. Explicando esta corrente de forma mais nítida, Alonso Garcia⁶⁵ aponta que, diferentemente do Direito Internacional, que complementa os ordenamentos nacionais de proteção, a

63 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, p. 286.

64 ANDRADE, J. C. Vieira de. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, p. 83.

65 ALONSO GARCIA, R. *The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union*. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 507-508, dez. 2002.

CDFUE é parte de um contexto específico – a União Europeia, erigido sobre uma ordem legal autônoma. Dessa forma, os contrários à previsão do Princípio do nível mais elevado de proteção defendem que, na concepção do ideal da União, sua norma deverá sempre prevalecer diante de um conflito com disposições constitucionais ou internacionais, justamente em razão do Princípio do primado, bem como do Princípio da aplicação uniforme.

Ressalte-se que o precursor, no sentido de dar preferência de certas normas em relação a outras, foi o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), que, antes mesmo da Carta, da aderência à CEDH ou da previsão no Tratado da União Europeia (TUE), tornou a CEDH e as denominadas “tradições constitucionais comuns”⁶⁶ dos Estados-membros como “fontes privilegiadas de direitos humanos”, ou seja, fonte material das quais deveriam ser deduzidos os princípios gerais de direito da União.⁶⁷

Com o passar do tempo, o Tribunal de Justiça passou a fundamentar suas decisões com base nos dispositivos da CEDH, o que levou parte da doutrina a afirmar que a CEDH passou de fonte material a fonte formal de direito, numa lógica de “absorção ou apropriação explícita”.⁶⁸

Portanto, pode-se concluir que, também na esfera de aplicação do direito da União Europeia, as normas de direitos fundamentais convivem de forma pacífica e complementar. Além disso, depreende-se que o artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia já contemplava, desde o seu início, o Princípio do nível mais elevado de proteção. Nesse mesmo diapasão encontra-se Alonso Garcia.⁶⁹

66 Como ponto de demarcação inicial para a referência do TJ às “tradições constitucionais comuns”, podem ser citados os casos Nold (Proc. 04/73, acórdão 14/maio/1974) e Rutili (Proc. 36/75, acórdão 28/outubro/1975). Nesse mesmo sentido, DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, p. 289.

67 O Tratado da União Europeia, por sua vez, mediante o Tratado de Maastricht, em seu artigo 6º, número 2, passou a enfatizar o cumprimento, por parte da União, dos Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais – especificamente a CEDH – e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros enquanto princípios gerais de direito comunitário. Vide art. 6º: “2. A União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 04 de novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.”

68 LEÃO, Anabela Costa. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional*. Revista da Faculdade de Direito do Porto, ano 3, 2006, p. 45.

69 ALONSO GARCIA, R. *The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union*. European Law Journal, v. 8, n. 4, p. 507, dez. 2002.

Isso tudo porque, conforme o que defende Maria Luísa Duarte, não seria coerente ter o TJ incorporado os direitos humanos de outras matrizes para, agora, através de previsão manifesta no TUE – bem como na CDFUE e CEDH –, negar a imposição ou a interpretação mais favorável decorrente desses mesmos direitos. Tal linha de raciocínio denota, segundo a autora, que:

“[...] o princípio geral vertido no artigo 53º da Carta é uma ‘cláusula de remissão’ dotada de um duplo e concertado alcance integrativo: tanto garante a aplicação subsidiária da norma, constitucional ou internacional, mais favorável, como garante a aplicação concreta da norma comunitária de acordo com a interpretação que nela incorpore o sentido mais favorável à proteção dos direitos.”⁷⁰

Desse modo, sob pena de redundância, fica, desde logo, fixado que a posição adotada neste trabalho é a de que o inteiro teor do artigo 53º da Carta diz respeito ao Princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais, servindo este como uma limitação ao Princípio do Primado, em consonância com a primeira corrente doutrinária exposta, tendo em vista que a própria redação do artigo proíbe interpretações que restrinjam ou lesem os direitos fundamentais reconhecidos.

Não obstante, entenda-se que, durante a aplicação de uma norma de direitos fundamentais, o Princípio do primado somente poderá ser questionado quando a proteção oferecida pela norma comunitária competente for, nomeadamente, inferior àquela conferida pela norma interna, ou pela norma internacional.

3.4. Relação com direito ao mínimo para uma existência condigna

É imperioso destacar que existe uma diferença entre a noção de existência condigna do mínimo e a de existência condigna. A ideia de dignidade, conforme já fora abordado, é qualidade indispensável e intrínseca ao ser humano, portanto, não há que

70 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, Lisboa: AAFDL, 2006, p. 244.

graduá-la. Não existe uma escala onde pode ser encontrada a dignidade mínima e a máxima na existência humana; o homem é digno, e tal condição deve ser respeitada.

Ademais, a atitude humana pode atentar contra a própria dignidade, sendo considerada, desse modo, uma conduta indigna. E, doutro lado, situações cotidianas podem intimidar, ameaçar, constranger a dignidade humana. Porém, o Direito de um Estado baseado na dignidade da pessoa humana deve prover todos os meios necessários para que tais situações sejam impedidas e rejeitadas.

É dever e obrigação do Estado proteger e assegurar a dignidade por meio da proibição de comportamentos que contra ela atentem e a garantia de prestações materiais que mantenham, para todo ser humano, uma existência condigna. Desse modo, a existência condigna do homem como sujeito é insubstituível, irrepetível e insuscetível de se transformar em um objeto, sendo, por conseguinte, preservada pelo Direito por meio de dispositivos vários. Daí decorre que a defesa da existência digna não se perfaz única e exclusivamente por meio do direito ao mínimo existencial. Este significa nada mais que o direito à garantia de condições mínimas necessárias para que o homem tenha uma existência com dignidade. No entanto, a ideia fundamental de existência condigna exige outros instrumentos de respeito e proteção, tal qual a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais perante os Tribunais. Convém, portanto, dizer que a existência com dignidade é a vida humana tendo guardada sua dignidade por completo, o indivíduo preservado como sujeito de direito e, na medida das limitações da sociedade, dono de sua determinação durante o desenvolver de sua personalidade.

Assim sendo, a ideia que se levanta sobre uma existência condigna não significa dizer que esta limitar-se-á à mera subsistência ou sobrevivência do ser. O pensamento correto se faz no sentido oposto, pois o que se busca são condições que permitam o pleno desenvolver dos direitos fundamentais, possibilitando o pleno desenvolvimento da personalidade⁷¹. É exatamente onde se insere o nível mais elevado de proteção.

Sustentar uma existência condigna significa assegurar todas as condições para que o ser humano não perca a capacidade de se autodeterminar e de ser sujeito, não assumindo o simples papel de objeto da ação do Estado ou de terceiros. À vista disso, pode-se afirmar

71 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7 ed., p. 341-342.

que a existência condigna depende de circunstâncias materiais – que serão asseguradas pelo direito ao mínimo para uma existência condigna – e de circunstâncias imateriais – que, em grande parte, devem ser possibilitadas por outros instrumentos jurídicos.

No tocante ao objeto do direito ao mínimo para uma existência condigna, o mesmo visa proporcionar a conservação de condições já existentes, ou a prestação material necessária à preservação da dignidade da pessoa humana. Não lhe cabe garantir que todos os pressupostos necessários para uma vida condigna serão alcançados, mas é um dos recursos de que se pode utilizar para alcançar tal finalidade. Desta maneira, pode-se assegurar que o uso do direito ao mínimo para uma existência condigna não garante, por si só, necessariamente, uma existência condigna, vez que esta pode se encontrar ameaçada, por exemplo, por uma coação moral que tal direito não visa a repelir.

Por mais que o direito ao mínimo pretenda defender os recursos materiais necessários à existência, também ajuda na viabilização do sentido imaterial da existência condigna, vez que as prestações fatídicas que nele se comportam podem ter um teor de natureza cultural. É o que acontece, por exemplo, na garantia do acesso ao ensino, por meio da assiduidade à escola, que assegura, para além da qualificação profissional, a manutenção da honradez e da dignidade do indivíduo.

É preciso, todavia, reforçar que as condições necessárias à existência condigna diversificam de acordo com o tempo e o espaço, o desenvolvimento econômico, social e cultural de cada núcleo social⁷². A Constituição, por sua vez, pode deixar na incumbência de seus intérpretes parâmetros mínimos de sua definição; ou, por outro lado, pode estabelecer, de pronto, todos os instrumentos que complementam o alcance de seu conteúdo. Para exemplificar, temos no primeiro caso a Lei Fundamental de Bonn, que apenas prevê o princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade material e dispõe sobre o Estado Social⁷³. Doutro lado, exemplificando o segundo caso, existem as Constituições portuguesa e brasileira, que elencam um extenso rol de direitos fundamentais, a par dos direitos de liberdade, que, se não consomem por completo, consagram, desde o

72 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7 ed., p. 341; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 3 ed., p. 397.

73 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 414.

seu início, diversos instrumentos aptos a consagrar o conteúdo do direito ao mínimo existencial.

Nessa linha, o conteúdo do direito de que se trata este trabalho alcança a conservação e o fornecimento de recursos necessário a uma existência condigna, de forma que resta necessário ao Estado, por diversas vezes, praticar condutas a fim de que tal núcleo de direitos seja devidamente resguardado, seja através do sistema legislativo, seja através da aplicação destas normas através dos Tribunais nacionais ou comunitários.

De acordo com Ingo Sarlet⁷⁴, de um lado, defende-se e protege-se a manutenção de condições já existentes, num determinado nível que se considere apto a tornar segura a dignidade da existência humana, em certa sociedade, durante dado tempo histórico; de outro lado, requer prestações fáticas que seja capaz de assegurar o respeito a tal dignidade. Consequentemente, o conteúdo do direito ao mínimo para uma vida condigna será determinado em razão das necessidades que se reconhecem para que se mantenha o apreço pela dignidade da pessoa, devendo ser definidos padrões criteriosos na realidade constitucional para tanto.

Deve ser enfatizado, ainda, que o direito ao mínimo para uma existência condigna, como todo e qualquer direito fundamental, é administrado e regido pelo Estado. No que tange os direitos fundamentais em geral, a conexão do Estado far-se-á de forma direta, com exceção de algumas formas de eficácia do direito, como assim o é nos casos de eficácia negativa. A questão que se posiciona, nesta ocasião, é em que grau de vinculação se situam o Estado e os particulares para com o respectivo direito, independentemente de intermediação legislativa.

No equivalente à dimensão do direito ao mínimo existencial que requer uma abstinência estatal, a sua ligação é direta, independente de intervenção legislativa, ao ponto em que se refere à tradicional função dos direitos fundamentais liberais: focada na defesa da esfera individual contra a ação do Estado. Em outra direção, o direito de que se trata postula uma interferência do Estado no sentido de defender os recursos mínimos aptos a proteção de uma existência condigna contra a ação dos particulares. Tal defesa se dá, em regra, através da função legislativa ou jurídica⁷⁵. Neste último caso, a intervenção estatal é

74 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7 ed., p. 329-330; 373-374, nota 335.

75 Da mesma forma, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7 ed., p. 342.

requerida no sentido de garantir as prestações materiais indispensáveis à existência condigna. Caberá, desse modo, quanto aos dois modelos de intervenção positiva estatal – prestações normativas e materiais – confirmar como se dará a eficácia do direito.

É exatamente neste ponto onde resta sensivelmente necessária a aplicação do nível mais elevado de proteção, tendo em vista que o Estado é quem assume o papel de protagonista na proteção dos direitos fundamentais. Enfatize-se que o próprio Estado, através dos julgamentos de seus tribunais, quando utiliza determinada norma mais protecionista aos direitos fundamentais de certo indivíduo, nada mais faz do que apenas resguardar o referido mínimo para uma existência condigna.

Portanto, tendo em mente que o direito ao mínimo existencial requer uma participação do Estado de forma mais protetiva contra intimidações e intervenções por parte de terceiros, deve ser imposto ao Estado a obrigação, por seus Tribunais, no sentido de, caso tal proteção seja descumprida, permitir uma intervenção jurisdicional concreta a fim de regular a norma de solução do caso real⁷⁶.

Admitindo-se que a dignidade da pessoa humana é considerada como o valor central do Estado de Direito democrático e social, temos que a vinculação direta do Estado é fundamentada no dever de coibir que tal direito não se efetive em situações limites, por inação estatal. O efeito desta conclusão é a plena justiciabilidade do direito. Em outras palavras, Vieira de Andrade reforça afirmando que “ao impor tarefas com certa finalidade, a Constituição fornece critérios para determinação do conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários, que, sendo individualizáveis, podem constituir posições jurídicas subjectivas referíveis ao plano constitucional”⁷⁷.

Todavia, não se pode ser afastada a hipótese de que, em algumas sociedades e ocasiões, tais condições ideais para manutenção da dignidade possam ser afetadas pela insuficiência de recursos. Por conseguinte, conforme alerta Alexy⁷⁸, são nesses casos que “parece indispensável uma proteção jusfundamental das posições sociais”. Para Alexy, a

76 Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 prevê expressamente um instrumento processual adequado para regular a situação descrita: Mandado de Injunção (artigo 5º, LXXI). A respeito do Mandado de Injunção, cf. BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

77 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 3 ed., p. 387-388.

78 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 496.

verificação da falta de recursos apenas reforça a garantia jusfundamental do mínimo existencial, no entendimento da mobilização de todos os meios necessários à satisfação da existência condigna, em detrimento de quaisquer outras escolhas feitas pelo legislador democrático⁷⁹.

Desse modo, conforme ainda defende Alexy⁸⁰, se a garantia do direito ao mínimo para uma vida condigna significa ter custos financeiros, a ausência deste aporte econômico jamais poderá significar a inexistência do direito ou o seu enfraquecimento como posição ativa. O princípio democrático, que assegura a competência orçamentária do legislador, não é soberano e ilimitado; em determinadas situações, os direitos individuais devem ter mais peso. Quanto o direito ao mínimo para uma existência condigna, o direito individual, por ter conexão direta com o núcleo da dignidade da pessoa humana, tem, e sempre terá, maior relevância que a liberdade de conformação orçamentária e financeira do legislador⁸¹.

Destarte, quando estiver ameaçada a dignidade da pessoa humana, pela falta escassez de recursos necessários a uma existência condigna, incluindo-se os direitos a prestações e independentemente de previsão legislativa, deverá ser gerada posição jurídica subjetiva no sentido de impor ao Estado, mediante intervenção jurisdicional, o integral cumprimento de um direito ao mínimo existencial.

Quanto a aplicação dos direitos fundamentais na convivência entre os particulares, não se geram mais penosos debates sobre sua existência ou não. O que acarreta ainda algum tipo de divergência é a natureza de tal incidência, se decorre de uma intervenção estatal, ou se acontece por uma ligação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Resta informar que tal discussão sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é conteúdo para trabalho próprio⁸². O que está a ser analisado, de forma objetiva, é se há, de algum modo, a aplicação do direito ao mínimo para uma existência condigna nas relações

79 Apontam neste mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos sociais*, 7 ed., p. 376; BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 236 e ss.

80 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 495.

81 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 495.

82 De acordo com NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, p. 71-79; e SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 223-276, pode-se afirmar, em suma, que existem basicamente três linhas de pensamento sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo essas: i) uma que nega inteiramente tal eficácia; ii) outra que a admite, de forma indireta, através de intervenção estatal; e iii) uma última que a aceita como vinculação direta dos particulares. Para análise mais aprofundada e fundamentada, vide obras mencionadas.

privadas. Para tal fim, parte-se da ideia inicial de que existe incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, afastando-se, de pronto, a tese que a nega inteiramente.

Conforme leciona Canaris⁸³, geralmente se pode afirmar que a inquestionável incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos fundamenta-se na tese dos deveres de amparo dos direitos fundamentais pelo Estado. O Estado, por sua vez, tem a obrigação constitucional de proteger juridicamente os cidadãos nas relações particulares com outros indivíduos ou entidades privadas, o que pode ser indicado, nas palavras do autor, como a função dos direitos fundamentais como “imperativos de tutela”. Deste pensamento se pode inferir que a Constituição força o Estado a garantir um mínimo de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, o que pode ser denominado como um princípio de “proibição da insuficiência”⁸⁴.

3.5. A cláusula aberta da Constituição da República Portuguesa

Dispõem os artigos 8º, número 1, e 16º, números 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa,⁸⁵ ao abordarem, respectivamente, sobre as normas de Direito Internacional e a respeito do âmbito e o sentido dos direitos e deveres fundamentais:

“Art. 8º. nº 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

[...]

Art. 16º. nº 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

nº 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

83 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 58-60.

84 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 60.

85 Constituição da República Portuguesa, após VII Revisão Constitucional de 2005, Assembleia da República.

Interpretando-se de forma conjugada os dispositivos supra, temos de forma clara uma cláusula que torna que “abre” a Constituição portuguesa de 1976 à melhor tutela internacional dos direitos fundamentais. Dessa feita, o regime constitucional português termina por encontrar-se em perfeita sintonia com o Direito Internacional, no que diz respeito à matéria de proteção e garantia dos direitos humanos.

O fato do sistema das fontes materiais dos direitos fundamentais, no ordenamento jurídico constitucional europeu, se caracterizar como plural e aberto, somado à aplicação de tais direitos como princípios gerais de direito comunitário, traz soluções aos problemas resultantes da coexistência das normas. Nesse sentido, o Princípio da subsidiariedade auxilia e fundamenta a eleição da norma mais benéfica, independentemente de sua origem, a fim de garantir o mais adequado e elevado nível de proteção ao cidadão.

Conforme visto anteriormente, o Princípio da proteção mais elevada atuará como uma verdadeira limitação ao Princípio do primado, podendo aquele ser considerado como uma manifestação do Princípio da subsidiariedade.

3.6. Casos *Schmidberger* (C-112/00) e *Omega* (C-36/02)

Nessa parte do trabalho serão abordadas jurisprudências do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), no sentido de facilitar a identificação da norma mais favorável perante uma colisão de direitos, utilizando-se, para tanto, de dois casos que tiveram grande notoriedade acadêmica à sua época, devido as consequências jurídicas surgidas após a publicação de seus respectivos acórdãos.

De início, o acórdão *Schmidberger*⁸⁶ teve origem em um litígio pendente no Tribunal Regional Superior de *Innsbruck* que opunha uma associação ambientalista austríaca a uma empresa alemã de transportes rodoviários. A associação ambientalista em causa promoveu, com autorização das autoridades austríacas, uma manifestação numa importante autoestrada como forma de protesto contra a poluição que a utilização excessiva

86 Acórdão TJCE de 12 de junho de 2003, processo C-112/00, Col. 2003, p. 1-5659.

daquela via causava. Essa manifestação envolveu a interrupção total de circulação da via durante 30 (trinta) horas.

Em consequência, a empresa de transportes rodoviários sofreu prejuízos e veio processar o Governo austríaco por não ter aplicado as regras comunitárias relativas à livre circulação de mercadorias.

O TJCE, ao ser instado a manifestar-se, considerou no caso que a proteção dos direitos fundamentais - nomeadamente o direito dos manifestantes à liberdade de expressão e liberdade de reunião, consagrados na CEDH e na Constituição austríaca, foi suscetível no caso concreto de justificar a restrição às obrigações impostas pelo direito comunitário, mesmo quando esteja em causa uma liberdade fundamental prevista em Tratado.

Outra importante decisão do TJCE diz respeito ao julgamento do caso *Omega*.⁸⁷ No âmbito desta última, através do mecanismo de questões prejudiciais foi solicitado ao TJCE uma pronúncia relativa ao confronto entre as liberdades comunitárias de prestação de serviços e de circulação de mercadorias e o nível de proteção da dignidade da pessoa humana exigido pela Constituição de um Estado-membro.

Estava aqui em causa a análise da conformidade comunitária de um decreto das autoridades administrativas da cidade alemã de Colónia, que proibia a utilização pela empresa *Omega* de um jogo de simulação de homicídio.

Como fundamento desta proibição as autoridades utilizaram argumentos de ordem pública.

Objeto de recurso judicial a adequação deste decreto ao princípio constitucional de proteção da dignidade humana, mas o Tribunal Alemão solicitou uma pronúncia por parte do TJCE quanto à relevância dos valores fundamentais protegidos pela Constituição para o efeito de restringir o âmbito das regras comunitárias da livre prestação de serviços e da livre circulação de mercadorias.

Empós ter sido instado, o TJCE se pronunciou afirmando que o respeito pelos direitos fundamentais - incluindo o princípio da dignidade da pessoa humana - constitui um

87 Acórdão TJCE de 14 de outubro de 2004, processo C-36/02, Col. 2004, p. 1-9609.

interesse legítimo, suscetível de justificar em princípio uma restrição às obrigações impostas pelo direito comunitário.

Dessa forma, considera-se de máxima valia a inclusão de tais acórdãos neste trabalho, na medida em que os mesmos esclarecem sobre de que forma as normas constitucionais nacionais podem prevalecer a determinado confronto direto com as normas comunitárias, nos seus exatos e concretos termos, independentemente de um padrão de referência partilhado por todos ou pela maioria dos Estados-Membros.

4. Análise do Acórdão *Melloni* (C-399/11) à luz do artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A União Europeia é um dado real, que, mesmo diante de todas as dificuldades vividas, se traduz em um processo integracionista coerente e homogêneo.

Apesar do malogro do projeto de Tratado que visava estabelecer uma Constituição europeia, devastado nos referendos francês e holandês de 29 de maio e 1º de junho de 2005, respectivamente, e que por muitos fora interpretado como um verdadeiro desastre no processo de construção europeia, o novo projeto de Tratado, planejado no Conselho Europeu de 23 de junho de 2007 e assinado em Lisboa em 13 de dezembro do respectivo ano, colaborou no sentido de reanimar o sentimento integracionista europeu.

O Tratado de Lisboa, em vigor desde 1º de dezembro de 2009, aprovou, conforme já foi afirmado neste trabalho, o denominado “*acervo jurídico primário da União Europeia*”. Tal acervo é composto com o Tratado da União Europeia, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e o objeto de estudo deste trabalho – a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Vale salientar que os progressos e retrocessos obtidos com a edificação do plano europeu sempre foram acompanhados pela questão do reduzido nível de participação dos cidadãos à União, o que representa, para muitos, um reflexo do déficit democrático e da inexistência de órgãos verdadeiramente representativos. Além disso, o fato do processo de constitucionalismo europeu ter se desenvolvido sobre o alicerce da integração do mercado econômico é indicado como o motivo principal para o atrofamento da legitimidade do processo constitucional europeu, somado à hipotética inexistência de um grupo político à escala europeia e de um pacto sobre quem detém a competência das competências.

Porém, doutro lado, o valor da democracia há muito tempo fora afirmado na Comunidade. Antes mesmo de ser constatado explicitamente no corpo do TUE. Em 1973, por exemplo, o documento sobre a identidade europeia, aceito em Copenhague, enfatizou a

vontade de salvaguardar o Princípio da democracia representativa. Posteriormente, o documento titulado como Ato Único Europeu acolheu, em seu preâmbulo, o Princípio democrático. Princípio este que fora afirmado por diversas vezes pelo Tribunal de Justiça europeu.

Esse valor democrático determina, como se sabe, que todo o poder provenha do povo, pois este é o único titular e capaz de exercê-lo por si e para si. Os cidadãos devem, portanto, eleger os órgãos políticos, participar nas discussões políticas de sua sociedade, bem como devem dispor do poder para controlar seus governantes. Pois é exatamente esse Princípio democrático que serve como uma das bases fundamentais do Tratado de Lisboa.

A União Europeia, enquanto possuir uma existência constitucional, não poderá, pois, prescindir dos princípios democráticos que a guiam, tendo em vista que essa mesma democracia é um pressuposto primário dos atuais quadros constitucionais, nos quais se inclui a União. Não obstante, a União Europeia possui como uma de suas características o serviço de junção de direitos que reconhecem e protegem os direitos fundamentais, reforçada pela já referida Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, à qual o Tratado da União Europeia atribuiu o mesmo valor jurídico dos Tratados internacionais.

O reconhecimento do caráter vinculativo da Carta significou, pois, num importante e singular passo rumo à construção europeia, tendo em vista que este culminou com o destacamento da discussão em torno dos conflitos jurídico-constitucionais oriundos da antinomia entre os direitos nacionais e o sistema jurídico europeu. Desse modo, o recente Acórdão *Melloni*, que será devidamente estudado neste capítulo, serviu como um marco divisório para as discussões doutrinárias que tratam sobre o tema.

4.1. Introdução jurídica e fática

O Acórdão *Melloni*,⁸⁸ datado de 26 de fevereiro de 2013, foi emitido pelo Tribunal de Justiça europeu no âmbito do Processo de número C-399/11. O requerimento de uma

⁸⁸Acórdão TJCE de 26 de fevereiro de 2013, processo C-399/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=134203&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=90789>.

decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional Espanhol (TCE), protocolado no TJ, é datado de 28 de julho de 2011, tendo sido apresentadas as conclusões finais pelo Advogado-Geral Yves Bot em 02 de outubro de 2012.

Para fins elucidativos, deve ser reforçado que o presente acórdão, cujo objeto possui como centro a interpretação e eventual invalidação do artigo 4º-A, nº 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, alterada, por sua vez, pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI, mostra-se crucial para este trabalho, tendo em vista que a decisão tomada pelo TJ se debruça principalmente sobre a interpretação dada ao artigo 53º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Ao realizar o reenvio prejudicial, o Tribunal Constitucional Espanhol formulou três questões: em primeiro lugar, o TCE indagou se o artigo 4º-A, nº 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, em sua nova redação, editada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI, deveria ser interpretado no sentido de que fossem impedidas as autoridades judiciais nacionais, nas situações indicadas pelo dispositivo em comento, quais sejam, para que fosse submetida a execução de um determinado mandado de detenção europeu à condição da condenação em causa poder ser objeto de um novo julgamento ou de recurso, a fim de que fossem garantidos os direitos de defesa e da pessoa sobre a qual recaía o mandado.

Caso o TJ respondesse de forma afirmativa à primeira indagação, também foi perguntado, em segundo lugar, se o nº 1 do artigo 4º-A da Decisão-Quadro 2002/584/JAI era compatível com as exigências que resultariam no direito de ação efetiva e no direito a um processo equitativo, mencionados no artigo 47 da Carta, bem como dos direitos de defesa previstos no artigo 48, número 2, do respectivo diploma.

Por conseguinte, em caso de resposta afirmativa à segunda questão, o TCE indagou se o artigo 53º da Carta, utilizando-se de uma interpretativa sistemática, associado aos direitos previstos nos artigos 47 e 48, deveria permitir que determinado Estado-Membro submetesse a entrega de um indivíduo, que tivesse sido condenado sem ter estado presente durante o julgamento, à condição que essa mesma pessoa pudesse ser objeto de novo julgamento ou de recurso do Estado requerente, a fim de que fosse conferido, desse modo, ao indivíduo o direito a um nível de proteção mais elevado do que aquele proveniente do

direito da União, no sentido de que se evitasse uma interpretação que limitasse ou lesionasse determinado direito fundamental reconhecido pela Constituição espanhola.

Importa, neste momento, analisar o quadro jurídico que delimitava o caso.

Dispõem, respectivamente, os artigos 47, 48 e 52 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.^{89 90}

“Art. 47. Direito à ação e a um tribunal imparcial – Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça.

Art. 48. Presunção de inocência e direitos de defesa – 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.

2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

[...]

Art. 52. Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios – 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

89 *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, J.O.U.E., C 83/389 de 30 de março de 2010, p. 1-15.

90 Como já fora transcrito, neste trabalho, o inteiro teor do artigo 53 da CDFUE (p. 14), o mesmo não será novamente redigido a esta altura do trabalho. Todavia, deve ser ressaltado que o respectivo dispositivo também possui grande papel na demarcação jurídica do caso em análise.

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta que se regem por disposições constantes de Tratados são exercidos de acordo com as condições e limites por eles definidos.
3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.
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.
5. As disposições da presente Carta que contenham princípios podem ser aplicadas através de atos legislativos e executivos tomados pelas instituições, órgãos e organismos da União e por atos dos Estados-Membros quando estes apliquem o Direito da União, no exercício das respectivas competências. Só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interceptação desses atos e a fiscalização de sua legalidade.
6. As legislações e práticas nacionais devem ser plenamente tidas em conta tal como precisado na presente Carta.
7. Os órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros têm em devida conta as anotações destinadas a orientar a interpretação da presente Carta. ”

Dessa forma, destacam-se os artigos 47, por estabelecer o direito a um julgamento justo e equitativo, tal como os direitos ao aconselhamento, defesa e representação em juízo; 48, que determina e garante o direito de defesa do arguido.

Além disso, ressalta-se, ainda, o artigo 52 da Carta, tendo em vista que o mesmo alinha o sentido e o âmbito de aplicação dos direitos consagrados na Carta, que correspondem aos direitos garantidos na CEDH, sendo iguais aos conferidos por esta Convenção. Todavia, deve ser reforçado que este dispositivo não obsta que qualquer outro direito proveniente da União confira uma proteção mais ampla.

Por último, o artigo 53, devidamente analisado nesta dissertação, em capítulos anteriores, que proíbe interpretações no sentido da restrição ou lesão aos direitos

fundamentais reconhecidos, em seus respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais, assim como pelas Constituições dos Estados-Membros.

No que se refere ao direito derivado aplicável ao caso concreto, deve ser recordado que a Decisão-Quadro 2002/584/JAI⁹¹ do Conselho, datada de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, na sua versão original, determinava, em seu artigo 5º, que a possibilidade de sujeitar a execução do mandado, expedido na sequência de uma determinada decisão proferida na ausência do arguido, ao abastecimento mínimo de garantias de que seria admissível algum recurso ou um novo julgamento, bem como de que esse novo julgamento ocorreria na presença do arguido.

Todavia, a Decisão-Quadro acima teve seu texto alterado pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI⁹² do Conselho, datada de 26 de fevereiro de 2009, visando, nessa nova edição, reforçar os direitos processuais dos indivíduos, facilitando a cooperação judiciária em matéria penal e promovendo a imposição do Princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões publicadas na falta do arguido.

Deve ser reforçado, ainda, que nos considerandos da Decisão-Quadro de 2009 ficou estabelecido que o direito do arguido de estar presente em seu julgamento, incluído no direito ao processo equitativo previsto na CEDH, não é absoluto, tendo em vista que o mesmo pode ser renunciado por livre e espontânea vontade do arguido, de forma expressa ou implicitamente, desde que assim o faça de forma inequívoca.

Além disso, a Decisão-Quadro de 2009 enfatizou uma vasta diversidade de decisões, prejudiciais à cooperação judiciária, e determinou que as definições das garantias suficientes exigidas se encontravam na discricionariedade dos Estados-Membros, o que culminou com o desencadeamento da necessidade de previsão, de forma clara, dos motivos

91Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros - Declarações de alguns Estados-Membros aquando da aprovação da decisão-quadro. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32002F0584>.

92Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, que altera as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI, e que reforça os direitos processuais das pessoas e promove a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32009F0299>.

comuns para o não-conhecimento das decisões proferidas na sequência de um julgamento em que o arguido não se tenha feito presente.

Restou entendido, nos considerandos da Decisão-Quadro acima, que se a pessoa, tendo tido conhecimento do julgamento agendado, tiver sido representada em juízo por defensor ao qual conferiu poderes específicos para tal fim, tendo sido devidamente assegurado a assistência jurídica prática e efetiva, a mesma optou deliberadamente por ser representada por um defensor, ao invés de ter comparecido pessoalmente ao julgamento.

Nesse sentido, a Decisão-Quadro 2009/299 suprimiu o artigo 5º previsto no texto original da Decisão-Quadro 2002/584, e introduziu o artigo 4º-A, estabelecendo precisamente às decisões proferidas na sequência de um julgamento onde o interessado não compareceu pessoalmente.

O item número 1 do artigo 4º-A⁹³ dispõe que o fato de o interessado não ter se apresentado ao julgamento que restou em sua condenação, deve ser considerado como motivo facultativo de não execução do mandado de detenção europeu, emitido com a finalidade de execução de uma pena ou de uma medida de segurança privativas de liberdade. Tal faculdade prevê, entretanto, quatro hipóteses excepcionais que privam a autoridade judiciária da possibilidade de recusar a execução do mandado de detenção europeu, desde que fique devidamente constatado que a pessoa acusada:

“[...] a) foi atempadamente i) notificada pessoalmente e desse modo informada da data e do local previstos para o julgamento que conduziu à decisão, ou recebeu efetivamente por outros meios uma informação oficial da data e do local previstos para o julgamento, de uma forma que deixou inequivocamente estabelecido que tinha conhecimento do julgamento previsto, e ii) informada de que essa decisão podia ser proferida mesmo não estando presente no julgamento;

b) tendo conhecimento do julgamento previsto, conferiu mandato a um defensor designado por si ou pelo Estado para a sua defesa em tribunal e foi efetivamente representada por esse defensor no julgamento;

c) depois de ter sido notificada da decisão e expressamente informada do direito a novo julgamento ou a recurso e a estar presente nesse julgamento ou recurso, que

⁹³Disponível para leitura no endereço eletrônico: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32009F0299>.

permite a reapreciação do mérito da causa, incluindo novas provas, e pode conduzir a uma decisão distinta da inicial: i) declarou expressamente que não contestava a decisão, ou ii) não requereu novo julgamento ou recurso dentro do prazo aplicável;

d) não foi notificada pessoalmente da decisão, mas: i) será notificada pessoalmente da decisão sem demora na sequência da entrega e será expressamente informada do direito que lhe assiste a novo julgamento ou a recurso e a estar presente nesse julgamento ou recurso, que permite a reapreciação do mérito da causa, incluindo novas provas, e pode conduzir a uma decisão distinta da inicial, e ii) será informada do prazo para solicitar um novo julgamento ou recurso, constante do mandado de detenção europeu pertinente.”

Feito esse breve alinhamento sobre o quadro jurídico que permeou o caso *Melloni*, é mister reforçar que o que estava em questão no processo em comento era a execução ou não de um determinado mandado de detenção europeu, emitido pelas autoridades italianas, para executar a condenação de uma pena de prisão aplicada em um julgamento que ocorreu sem a presença do acusado.

Com efeito, e sintetizando de forma objetiva a matéria de fato, em 1993 o *Tribunale di Ferrara*, na Itália, expediu dois mandados de detenção contra Stefano *Melloni*, vez que este seria julgado e ficou considerado que era de suma importância que o acusado estivesse presente em seu julgamento.

Em 1996, a Audiência Nacional de Espanha, tendo em visto que o acusado se encontrava neste país, decidiu pela efetiva extradição de *Melloni* para a Itália, a fim de que o mesmo fosse devidamente julgado pelos fatos constantes nos mandados. No entanto, fora concedida liberdade mediante o pagamento de fiança e, por motivos óbvios, *Melloni* quitou o montante necessário à sua soltura e fugiu, não chegando a ser entregue às autoridades italianas.

Após um ano, o *Tribunale di Ferrara*, ao declarar que *Melloni* ainda não havia comparecido para seu julgamento, determinou que notificações fossem enviadas aos advogados designados pelo arguido. Dessa forma, em meados de 2000, o respectivo tribunal, depois do julgamento ter ocorrido sem a presença do acusado, proferiu acórdão

condenando Stefano *Melloni* à pena privativa de liberdade calculada em 10 (dez) anos de prisão, devido aos crimes cometidos por falência fraudulenta. Esta mesma decisão foi posteriormente (ano de 2003) confirmada pela *Corte d'apello di Bologna*.

Em 2004, os causídicos que patrocinaram *Melloni* interpuseram um recurso na *Corte Suprema di Cassazione*, cujo pedido foi posteriormente negado. Nessa mesma época, a *Corte d'apello di Bologna* expediu mandado de detenção para *Melloni*, a fim de que o mesmo cumprisse a pena proferida pelo *Tribunale di Ferrara*.

Passados mais 04 (quatro) anos, *Melloni* foi, então, preso pela autoridade policial da Espanha e o mandado de detenção, datado de 2004, foi remetido à Audiência Nacional. Nesse tempo, *Melloni* opôs-se firmemente à sua extradição às autoridades italianas, tendo fundamentado sua posição, principalmente, em cima de dois argumentos: i) que, durante a fase de recurso, teria designado outro advogado, revogando o mandato conferido aos advogados que anteriormente o tinham representado, aos quais, muito embora, continuaram a ser encaminhadas as notificações; e ii) que a lei processual italiana não previa a possibilidade de se interpor recurso em condenação emitida na ausência do acusado e que a execução do mandado de detenção europeu deveria ser sujeita à condição da justiça italiana garantir a possibilidade de ser interposto recurso da decisão que o condenou.

Mesmo tendo levantado esses argumentos, a Audiência Nacional decidiu por entregar *Melloni* à justiça da Itália, tendo em vista que não foi comprovado que os causídicos por ele designados tivessem deixado de representa-lo a partir de 2001, e que todos os direitos de defesa foram devidamente obedecidos, vez que o acusado tomou conhecimento do inteiro teor do processo que seria instaurado e, voluntariamente, não compareceu à sessão de julgamento, tendo sido apresentados advogados a fim de representa-lo e defende-lo durante o ato.

Insatisfeito com o deslinde do caso, *Melloni* interpôs recurso perante o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE), alegando, em suma, que foi violado o núcleo do direito ao processo equitativo e o Princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que foi dispensada a condição da entrega do condenado estar dependente da possibilidade de recurso, com o fito de resguardar o direito à defesa. O TCE, por sua vez, recebeu o recurso interposto e determinou a suspensão da execução do despacho de entrega.

Diante do caso *Melloni*, o TCE adiantou que a grande questão residia no fato da Decisão-Quadro 2009/299 ter eliminado o artigo 5º, número 1, da Decisão-Quadro 2002/584 e, em seu lugar, ter inserido o artigo 4º-A, que impede a recusa na execução de determinado mandado de detenção europeu, expedido com o objetivo de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativa de liberdade, naqueles casos onde o indivíduo não esteve presente no julgamento que proferiu a decisão, quando o mesmo, tendo tomado conhecimento de forma prévia do ato previsto, conferiu mandato a um advogado para defende-lo em tribunal e foi efetivamente representado por esse defensor.

Ora, na lide que iniciou a discussão acerca da fiscalização de constitucionalidade em apreço, restou devidamente comprovado que *Melloni* mandatou advogados para assisti-lo durante todo o processo que correu na justiça italiana, tendo sido estes devidamente notificados pelo *Tribunale di Ferrara* a respeito da realização do julgamento. Restou ainda igualmente comprovado que *Melloni* foi efetivamente defendido pelos causídicos indicados tanto na primeira instância, como nas instâncias superiores.

Vista a matéria do caso em análise, adentremos, pois, na apreciação feita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ao ser instado a manifestar-se no caso, através das questões prejudiciais que foram anteriormente expostas.

Em suma, o TJUE haveria de apurar se a Decisão-Quadro 2002/584 se opunha ou não a que os órgãos jurisdicionais da Espanha subordinassem a entrega de Stefano *Melloni* à possibilidade da condenação sofrida ser revista.

Em resposta à primeira indagação feita pelo TCE, o TJUE se pronunciou definindo que o artigo 4º-A, número 1, da Decisão-Quadro 2002/584 deve ser analisado no sentido de que “*se opõe a que a autoridade judiciária de execução, nos casos indicados nessa disposição, subordine a execução de um mandado de detenção europeu emitido para fins da execução de uma pena à condição de a condenação proferida na ausência do arguido no julgamento poder ser revista no Estado-Membro de emissão.*”⁹⁴

94Ponto 46 do acórdão do TJCE, de 26 de fevereiro de 2013, processo C-399/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=134203&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=90789>.

Quanto à segunda questão levantada, o TJUE foi sucinto e objetivo ao decidir que o artigo 4º-A, número 1, da Decisão-Quadro 2002/584 é compatível com as exigências oriundas dos artigos 47 e 48, número 2, da Carta.⁹⁵

Com a terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio indagou se o artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que permite ao Estado-Membro de execução subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente em seu julgamento à condição da condenação poder ser revista no Estado-Membro emissor, com o fito de evitar, desse modo, uma violação aos direitos fundamentais do processo equitativo e de defesa garantidos pela Constituição espanhola.⁹⁶

Em resposta à pergunta supra, o TJ anotou que o TCE, inicialmente, preconizou a interpretação do artigo 53 da Carta segunda a qual o dispositivo autoriza, em geral, determinado Estado-Membro a aplicar o sistema de proteção dos direitos fundamentais previsto pela sua Constituição, quando este é mais elevado e garantidor do que aquele que decorre da CDFUE, e entrar em oposição, se for o caso, à aplicação de disposições de direito da União. Tal método interpretativo permite, em especial, que certo Estado-Membro subordine a execução de um mandado de detenção europeu emitido, que tem por objeto executar uma decisão prolatada durante a ausência do arguido ao julgamento, às condições que tenham por objeto impossibilitar uma interpretação que limite os direitos fundamentais previstos pela sua Constituição ou que os lesionem, ainda que a aplicação de tais condições não seja permitida pelo artigo 4º-A, número 1, da Decisão-Quadro 2002/584.⁹⁷

O TJUE foi taxativo: tal interpretação do artigo 53 da CDFUE não poderia proceder.⁹⁸ Restando por afastar, dessa forma, o Princípio do nível mais elevado de proteção.

O TJ prosseguiu seu posicionamento no acórdão, afirmando que tal interpretação do artigo 53 da Carta violaria o Princípio do primado do direito da União, na medida em que permite a um Estado-Membro obstar à aplicação de atos de direito da União

95Ponto 54 do acórdão do TJCE, de 26 de fevereiro de 2013, processo C-399/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=134203&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=90789>.

96Ponto 55 do acórdão em discussão.

97Ponto 56 do acórdão em discussão.

98Ponto 57 do acórdão em discussão.

plenamente conformes à CDFUE, se não considerarem os direitos fundamentais previstos pela Constituição desse Estado.⁹⁹

Continuou ainda o TJ, assentando que, por força do Princípio do primado do direito da União, que é um dos fundamentos essenciais da ordem jurídica da União, a invocação, por determinado Estado-Membro, de disposições de direito nacional, ainda que de origem constitucional, não pode limitar ou afetar o efeito e a aplicação do direito da União no território deste Estado.¹⁰⁰

No caso concreto ficou decidido, ainda, que não é faculdade dos Estados-Membros recusar a execução de um mandado de detenção europeu, nos casos em que o interessado for abrangido por um dos quatro casos previstos no artigo 4º-A, número 1, da Decisão-Quadro 2002/584.¹⁰¹

O TJ recordou, além disso, que a adoção da Decisão-Quadro 2009/299, que modificou o texto original da Decisão-Quadro 2002/584, teve como principal objetivo remediar as dificuldades do reconhecimento mútuo nas decisões expedidas na ausência da pessoa em causa de seu julgamento, que culminaram com a existência, nos Estados-Membros, de contrastes na proteção dos direitos fundamentais. Para tal fim, a decisão-quadro procedeu a uma harmonização das condições de execução de um mandado de detenção europeu em caso de sentença condenatória durante a ausência do acusado.¹⁰²

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça entendeu que permitir que certo Estado-Membro possa invocar o artigo 53 da CDFUE para subordinar a entrega de um indivíduo condenado sem ter estado presente em sua sessão de julgamento à condição, não prevista pela Decisão-Quadro 2009/299, da condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar que seja violado o direito ao processo equitativo e os direitos de defesa garantidos pela Constituição do Estado exequente, culminaria com a violação dos princípios da confiança e do reconhecimento mútuo reforçados pela decisão-quadro, comprometendo, dessa feita, a eficácia da referida norma.¹⁰³

99Ponto 58 do acórdão em discussão.

100Ponto 59 do acórdão em discussão.

101Ponto 61 do acórdão em discussão.

102Ponto 62 do acórdão em discussão.

103Ponto 63 do acórdão em discussão.

Portanto, em resposta à terceira questão, o Tribunal de Justiça da União Europeia respondeu de forma rigorosamente negativa.

4.2. Análise crítica das consequências

O Tratado da União Europeia, ao atribuir força jurídica vinculativa dos Tratados à Carta, concretizou formal e materialmente o rol de direitos fundamentais constantes nesta.

Não há como afastar a discussão de que, por um lado, a atribuição vinculativa à Carta consolidou importante passo decisivo para a União, todavia, d'outro modo, tal vinculação favoreceu o surgimento de conflitos normativos e jurídicos dentro do espaço comunitário europeu.

Ressalte-se que uma possível antinomia entre as normas constitucionais originárias dos Estados-membros e as da própria União deverá encontrar resolução na inteligência do artigo 53 da CDFUE, que tem sido interpretado de forma distinta pela doutrina, conforme devidamente discutido neste trabalho.

Alguns estudiosos defendem que o núcleo do artigo 53 da Carta diz respeito ao Princípio do nível mais elevado de proteção. Para esta corrente, no caso de divergência entre normas constitucionais europeias e nacionais, deverá prevalecer aquela que conferir ao cidadão o nível de proteção mais elevado. Este princípio, assim, deverá ser aplicado somente naqueles casos onde ocorra conflito entre normas comunitárias e normas nacionais de direitos fundamentais, simultaneamente provocadas no caso concreto.

Para, além disso, existem autores que se posicionam no sentido de que o artigo 53 da Carta em nada acrescenta ao sistema europeu de proteção dos direitos fundamentais, sob pena de, se assim não o for compreendido, ser criada uma insuportável contradição ao Princípio do primado do direito europeu.

O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia foi o primeiro a consolidar o entendimento pelo princípio do primado do direito da União, reiterando sua jurisprudência neste sentido há 60 (sessenta) anos. Hoje em dia, mais do que uma jurisprudência sedimentada, o Princípio do primado do direito da União acima dos direitos dos Estados-

Membros é uma solidificação do valor do Estado de Direito previsto no artigo 2º do TUE, que reflete o aprofundamento do constitucionalismo europeu. Deve ser recordado, também, que o Tratado de Lisboa optou por não constar formalmente o Princípio do primado no articulado dos tratados, o que não impede, obviamente, que este princípio seja reconhecido como estruturante da União Europeia.

Deve-se assumir, dessa feita, que o primado do direito da União sobre as normas dos Estados-Membros (constitucionais ou não) é vital para garantia e aplicação homogênea e efetiva daquele direito.

No ensinamento de Nuno Piçarra¹⁰⁴, “o direito da UE prima sobre o direito nacional não por lhe ser superior, mas porque é materialmente competente para regular o caso concreto”.

Atento em fazer do Princípio do primado um verdadeiro mecanismo de garantia da unidade essencial do direito comunitário no conjunto formado pelos sistemas jurídicos nacionais, o TJUE decidiu por não encarar, em um primeiro momento, a possibilidade da existência de eventuais limites àquele princípio, designando-lhe valor absoluto.

Porém, rapidamente se verificou incompatibilidades entre as normas constitucionais de direito nacional e de direito comunitário, principalmente no que tange os direitos fundamentais, cujo respeito unifica um princípio geral do direito e um limite essencial ao Princípio do primado. Desse modo, o que dá legitimidade ao primado do direito da União é a sua possível compatibilidade com os princípios fundamentais, especialmente com os direitos fundamentais.

O Princípio do primado do direito da União, estabelecido, dessa forma, pelo TJUE, em ajustada articulação para com os tribunais nacionais, determina, pois:

“A garantia da efetiva sujeição das normas da União, destinadas a prevalecer nas ordens jurídicas dos Estados-Membros, a parâmetros de validade essencialmente coincidentes com os que integram o ‘núcleo duro’ das Constituições nacionais, a começar pelos direitos fundamentais”.¹⁰⁵

104PIÇARRA, Nuno. *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – aspectos centrais*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 17.

Deve ser entendido que no acórdão *Melloni*, que se debruça sobre o conteúdo do artigo 53 da CDFUE, o Tribunal decidiu aplicar o direito mais adequado ao caso concreto, independentemente do oferecimento, ou não, do nível mais elevado de proteção. Conforme o próprio Tribunal salienta e reforça em sua decisão, era crucial manter o respeito ao Princípio da proporcionalidade, que se traduziu na aplicação do direito ao caso concreto, isto é, que conferiu a proteção adequada.

Certo é que, ao julgar o caso *Melloni*, o TJUE não pôs completamente de lado a possibilidade de existirem normas nacionais mais benéficas aos direitos fundamentais dos indivíduos. E assim o fez de forma astuta, tendo em vista que, ao julgar, não retirou o efeito útil do artigo 53 da Carta. Contudo, reiterou, como sempre fez, o Princípio do primado do direito da União Europeia, distanciando, neste caso específico, a aplicação do Princípio do nível mais elevado de proteção.

4.3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu pós caso *Melloni*

Muito se discutiu sobre a forma como o TJUE decidiu o caso *Melloni*. Alguns doutrinadores¹⁰⁶ foram enfáticos ao afirmar que o Tribunal terminou por ignorar as sugestões feitas pelo Tribunal Constitucional espanhol, encerrando, dessa feita, o pretendido diálogo judicial, o que supostamente afasta a interpretação no sentido de que os Estados-membros podem aplicar níveis de proteção dos direitos fundamentais superiores àqueles fixados na CDFUE, reduzindo o significado do artigo 53 à “insignificância”.

Assim, noutras palavras, tal corrente doutrinária entende que o Tribunal fixou seu posicionamento no sentido de que o nível de proteção garantido pelos Estados-membros não pode sobressair ao princípio do primado, da unidade e da efetividade do direito da União, isto é, que o nível de proteção europeu é o máximo a ser posto em prática pelos Estados-membros se supuser que o nível nacional – eventualmente mais elevado que o

105 PIÇARRA, Nuno. *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – aspectos centrais*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 13.

106 BESSELINK, Leonard F. M. *The parameters of constitutional conflict after Melloni*. *European Law Review*. Vol. 39, n. 3, 2014, p. 3.

européu – infrinja tais princípios da União (BESSELINK, 2014, p. 3). Ou seja, poderá haver casos em que o nível de proteção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados-membros seja mais elevado do que aquele previsto pela CDFUE – ou do que aquele interpretado pelo TJUE – mas, mesmo assim, os Estados-membros deverão pôr de lado sua própria proteção mais elevada para garantir um nível inferior de proteção dos direitos fundamentais, rebaixando, portanto, a potencial proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Tal ideia foi reforçada com o advento do próprio acórdão *Melloni*, quando o TJUE decidiu que determinado Estado-membro, ao invocar espontaneamente a aplicação do art. 53º, da CDFUE, para tutela do nível mais elevado de proteção do direito fundamental subjetivo com base no direito constitucional pátrio “levaria, ao pôr em causa a uniformidade do padrão de proteção dos direitos fundamentais definidos por esta decisão-quadro, a violar os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que esta pretende reforçar e, assim, a comprometer a eficácia da referida decisão-quadro”.

Nesse sentido, Besselink¹⁰⁷ acrescenta que o próprio acórdão terminou por violar alguns dos valores mais caros à própria União Europeia. Tais valores, de acordo com o doutrinador, encontram-se previstos no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, sendo que o primeiro deles – que em realidade sintetiza todos os seguintes – é o respeito à dignidade dos cidadãos. Em contínuo, de acordo com Besselink, a dignidade somente pode ser concretizada se forem respeitados e protegidos os direitos fundamentais. Ocorre que, para o autor, não há nenhuma indicação de que o princípio do primado do direito da União ou o da confiança mútua sejam fundamentais a ponto de estarem presentes nos Tratados. Assim, conclui Besselink, mesmo que se considere que uma das pré-condições para o exercício do primado corresponda ao respeito aos direitos fundamentais, é de suma importância que o TJUE adote certa postura voltada ao diálogo judicial com o objetivo de alcançar a maior proteção possível dos direitos fundamentais dos cidadãos em certo caso concreto.

Porém, em que pese toda a vasta e competente posição acima descrita, o julgado *Melloni* não criou espaço para interpretação tão radical quando da aplicação do princípio do

107 BESSELINK, Leonard F. M. *The parameters of constitutional conflict after Melloni*. European Law Review. p. 24.

primado, da unidade e da efetividade do direito da União em detrimento do princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais subjetivos em determinado caso.

Em outras palavras, o que se defende ser a interpretação mais abalizada e aproximada aos interesses jurídicos relativos ao caso em questão, é a de que o Tribunal de Justiça da União Europeia, quando do acórdão *Melloni*, relativizou, pontualmente, a aplicação do art. 53.º (princípio do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Nessa linha, o próprio TJUE já havia decidido¹⁰⁸ no sentido de que, no âmbito de aplicação do direito da União, o princípio do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais não possui o absoluto poder de outorgar a um Estado-Membro a capacidade de obstar à aplicação de atos jurídicos europeus plenamente conformes com a CDFUE, por não respeitarem os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado. Entendimento este plenamente compreensível, vez que, conforme restou decidido no caso *COSTA c. ENEL*, a efetividade do direito da União não pode variar de um Estado-Membro para outro em função do seu direito interno (especificamente referente ao direito constitucional) pois tal constante imutável terminaria por abalar o próprio fundamento jurídico da Comunidade.

Contudo, no estudo e análise do julgado *Melloni*, levando em conta suas consequências jurídicas comunitárias, em momento algum houve ferimento mortal ou redução à insignificância da aplicação do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais, mas, unicamente, o abrandamento de sua aplicação diante de determinado caso em específico.

Ora, os fundamentos do direito da integração jamais poderão existir no sentido de usurpar a identidade constitucional de um Estado-Membro. É certo que a União Europeia está obrigada a respeitar a identidade nacional dos Estados-Membros, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles¹⁰⁹. Para, além disso, quando um Estado-membro identifica, por exemplo, que determinada disposição normativa da União afeta sua identidade jurídica nacional, poderá impugná-la junto ao Tribunal de Justiça com fundamento no referido art. 4.º, n.º 2, TUE.

108 Acórdão *COSTA c. ENEL* - TJCE, 15/07/1964, Proc. 6/64, Col. 1964.

109 Art. 4.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE).

Por seu turno, o Tribunal Constitucional Italiano¹¹⁰, no acórdão *Taricco*, acertadamente, dispôs à luz de um princípio supremo da ordem jurídico-constitucional de um Estado-membro – no caso, o princípio da legalidade dos delitos e das penas, cuja desconsideração seria suscetível de vulnerar a identidade constitucional da República Italiana¹¹¹.

No julgado, o Tribunal Constitucional Italiano considera que, a obrigação estabelecida pelo Tribunal de Justiça Europeu no acórdão *Taricco*, compele aos juízes penais italianos aplicar às infrações cometidas anteriormente à publicação daquele acórdão (e que ainda não tenham prescrito) prazos de prescrição mais largos do que os que estavam inicialmente previstos no dia em que as mesmas foram cometidas, na medida em que considera que a Constituição Italiana garante um nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais em causa (do que aquele que seria reconhecido pelo direito da União nessa matéria), o Tribunal Constitucional Italiano sustenta que os arts. 4.º, n.º 3, TUE (identidade constitucional) e 53.º CDFUE (nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais) permitem aos tribunais italianos opor-se à execução da obrigação estabelecida pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Taricco*.

Desse modo, desenvolveu-se um embate jurídico entre as cortes italiana e europeia, vez que se o Tribunal de Justiça da União Europeia manter a interpretação da norma Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em detrimento da norma nacional, o próprio Tribunal Constitucional Italiano declarará que a lei nacional que ratifica e executa o Tratado de Lisboa é contrária aos princípios supremos do ordenamento constitucional italiano, dispensando os tribunais nacionais da obrigação de acatar a decisão do Tribunal de Justiça no acórdão *Taricco*.

Alguns estudiosos consideraram tal posicionamento nacional como um verdadeiro *ultimato*¹¹² à jurisprudência tribunalícia europeia.

110 UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*, de 8 de setembro de 2015, Processo C-105/14, EU:C:2015:555.

111 O facto em comento diz respeito ao sistema jurídico italiano e à jurisprudência constitucional, vez que o regime de prescrição das infrações penais reveste natureza substantiva – e não processual – sendo-lhe, por conseguinte, aplicável o princípio da legalidade em matéria penal consagrado no art. 25.º, n.º 2, da Constituição Italiana.

112 RUGGERI, Antonio. *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)*. Consulta Online, fasc. 1, 2017, p. 81-88. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/studi/ruggeri66.pdf>>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

Contudo, vale ressaltar que nesta discussão jurídica entre a aplicação do princípio do primado, de um lado, e o princípio do nível mais elevado de proteção, d'outro lado, de forma alguma põe em risco o contínuo projeto de integração europeia. Ora, a reivindicação da própria visão constitucional da tutela de direitos fundamentais não se contrapõe a esta integração, pelo contrário, tal debate reforça toda a sua essência democrática evolucionária¹¹³, tendo em vista que o próprio sistema de tutela dos direitos fundamentais da União Europeia pode ser considerado como um verdadeiro fruto das pressões exercidas pelos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros sobre a (inicial) inércia do Tribunal de Justiça da União Europeia nesta matéria.

Em que pese o Tribunal nacional italiano, no caso *Taricco*, ter fundamentado seu decisório de forma diferente do Tribunal Constitucional espanhol no caso *Melloni*, não há sustentação para a argumentação de que ambos são juridicamente distintos. É certo que em *Melloni*, conforme abordado em capítulo específico desta dissertação¹¹⁴, a resolução jurídica proposta pelo Tribunal Constitucional espanhol punha em cheque o regime jurídico do mandado de detenção europeu, mais especificamente as exceções existentes à obrigação de entrega do arguido no caso de um julgamento à revelia.

Tal regime jurídico resulta da sintonia das legislações internas com base no reconhecimento mútuo das decisões judiciais entre os Estados-membros. Porém, o Tribunal de Justiça não podia permitir que o Estado Espanhol acrescentasse outros motivos que incorressem na negativa quando da entrega com fundamento na leitura doméstica diversa das garantias constitucionais relativas a um julgamento realizado noutro Estado-membro.

Ademais, em análise específica do caso *Taricco* em comparação ao caso *Melloni*, é compreensível que o Tribunal Constitucional italiano pretenda afastar-se da jurisprudência *Melloni* pois, neste acórdão, o Tribunal de Justiça delimitou os limites do princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais (art. 53.º CDFUE). Logo, dessa forma, o Tribunal de reenvio não teria matéria prequestionada específica para ampliar a margem de discussão jurídica, no sentido de reverter o decisório. Por isso o Tribunal Constitucional italiano, sabidamente, lançou mão do argumento da identidade constitucional dos Estados-

113 SOTIS, Carlo. *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia - Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, p. 1-17. Disponível em: http://www.penalecontemporaneo.it/upload/SOTIS_2017a.pdf. Acesso em: 22 de ago. 2017.

114 Vide item 4.1.

Membros, ainda não suficientemente concretizado pelo Tribunal de Justiça – e, por isso, mais apelativo ou promissor. Ocorre que as naturezas jurídicas do nível mais elevado de proteção e da identidade constitucional são distintas, tendo em vista que tutelam bens jurídicos distintos e servem a objetivos distintos.

Dois são os pontos mais essenciais da argumentação realizada pelo Tribunal Constitucional italiano em seu despacho de reenvio¹¹⁵:

i) “(...) a regra deduzida do artigo 325.º TFUE [no acórdão *Taricco*] só é aplicável se for compatível com a identidade constitucional do Estado-Membro e que cabe às autoridades competentes desse Estado proceder a essa avaliação”. Nesse sentido, entende a Corte italiana que o princípio da legalidade consagrado em sua Constituição nacional é “expressão de um princípio supremo da ordem jurídica, positivado para salvaguardar os direitos invioláveis do indivíduo”. Assim, o Tribunal italiano reforça a ideia de que o acórdão *Taricco* não respeita a identidade constitucional da República Italiana, protegida ao abrigo do art. 4.º, n.º 2, TUE;

ii) Em contínuo, o Tribunal Italiano fundamentou seu argumento no próprio princípio do nível mais elevado de proteção aos direitos fundamentais, consagrado no art. 53.º CDFUE. Nesse íterim, alega que a caracterização da legislação relativa aos prazos de prescrição das infrações penais como lei penal substantiva “acarreta um nível de proteção superior ao concedido aos acusados pelo artigo 49.º da Carta de Nice [CDFUE] e pelo artigo 7.º da CEDH e deve, portanto, ser considerado salvaguardado pelo próprio direito da UE, nos 26 termos do artigo 53.º da Carta, lida à luz das respetivas anotações”.

Ora, acertadamente, o Tribunal nacional italiano levantou toda a supradescrita tese no sentido de garantir a consideração e efetivação do princípio do nível mais elevado de proteção que um Estado-Membro procura tutelar para certo direito fundamental no âmbito de aplicação do direito da União, valendo-se, para tanto, da própria identidade constitucional – e que, por sua própria natureza, pode ser assimilável pela ordem jurídica

115 ITALIA. Corte Costituzionale. Despacho n.º 24/2017. Disponível em: www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf, parágrafo 7. Acesso em: 22 de ago. 2017.

européia e extensível, via direito da União, aos restantes Estados-Membros, em que pese a própria identidade constitucional e o princípio do nível mais elevado de proteção não se confundirem. Como explica o Advogado-Geral Yves Bot¹¹⁶ em suas conclusões finais:

“Importa não confundir o que releva de uma concepção exigente da proteção de um direito fundamental com uma ofensa à identidade nacional ou, mais precisamente, a identidade constitucional de um Estado-membro. Neste caso, trata-se certamente de um direito fundamental protegido pela Constituição italiana cuja importância não se pode subestimar, mas tal não significa, no entanto, que seja de equacionar a aplicação do artigo 4.º, n.º 2, TUE”.

Em que pese o todo acima discorrido, para Gomes Canotilho e Vital Moreira¹¹⁷, “as normas dos tratados, bem como as normas emanadas pelas instituições europeias, prevalecem sobre as normas de direito interno, incluindo as normas da própria Constituição (pois a norma de direito constitucional europeu não distingue e a referida jurisprudência comunitária sempre se pronunciou nesse sentido)”.

Entretanto, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, na sábia interpretação de Maria Luísa Duarte¹¹⁸ sobre a decisão de constitucionalidade do Tratado de Lisboa, “os tribunais constitucionais não podem ficar privados da responsabilidade que a Constituição lhes confia em relação ao respeito dos limites pactícios da integração e à salvaguarda do núcleo inalienável da identidade constitucional”. Dessa feita, tendo em vista este entendimento, tal espaço de reserva constitucional não abarcaria unicamente as matérias formalmente previstas como limites expressos de revisão, na medida em que “o núcleo identitário da Constituição surge associado a um conjunto flexível e até variável de princípios e valores”¹¹⁹.

116 UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, M.A.S. e M.B., de 18 de julho de 2017, Processo C-42/17, EU:C:2017:564.

117 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. p. 265.

118 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 125.

119 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 127.

Conclusão

Durante a elaboração deste trabalho de conclusão do curso de Mestrado Científico em Direito Constitucional, procurou-se demonstrar brevemente as características fundamentais que definem a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tomada pelo seu extenso rol de direitos fundamentais, e o Princípio do nível mais elevado de proteção, inclusive explicando os principais fatores históricos que serviram de base para fundação e criação de ambos.

Procurou-se ainda ressaltar o surgimento de novos atores internacionais, tais como a internacionalização do processo de elaboração das decisões políticas. Permitindo a conclusão de que o conceito contemporâneo de soberania deve estar diretamente ligado à proteção cada vez maior e mais completa dos cidadãos, em amplo respeito aos seus direitos e diferenças.

Especialmente quanto à elaboração e promulgação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, analisou-se sua história de forma breve, desde a criação do Comité responsável pelo desenvolvimento de seu projeto, até sua entrada em vigor em 07 de dezembro de 2000, quando a mesma foi, então, aceita solenemente, sendo assinada e proclamada durante o Conselho Europeu de Nice.

Resta certo que a Carta não veio tornar-se visível um novo patrimônio de valores comuns em que se baseia a Europa, mas atribuir uma nova e importante roupagem aos direitos fundamentais já existentes que, pela solenidade necessária da forma, legitimidade democrática durante o processo de elaboração, valor da codificação e sistematização, bem como pelo simbolismo inerente a um catálogo que tem por objetivo manifestar os princípios e direitos, são essenciais em uma sociedade política.

Não se busca, com o presente trabalho, apreciar se o atual sistema jurisdicional europeu de proteção dos direitos, garantias e princípios fundamentais é correto, perfeito e justo ou não. O que se busca com este trabalho é dar mais um passo, dentro da vasta bibliografia especializada que aborda o tema, no sentido de analisar e criticar o atual papel

desempenhado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à interpretação dada às normas fundamentais do sistema de direitos humanos contido no acervo constitucional da Comunidade europeia, especificamente no que se refere à leitura e aplicação do artigo 53 da CDFUE.

É importante enfatizar que o casuísmo e a falta de segurança não servem como justificativa para a ausência daquilo que deve ser considerado como o mais profundo da natureza humana: a dignidade do homem e todos os valores fundamentais que dela decorrem.

Tanto a Comunidade Europeia quanto a humanidade em si, devem caminhar no sentido de um aprofundamento progressivo de um ordenamento jurídico independente, superior, que seja coeso e homogêneo em suas decisões, que não desrespeite, na medida do possível, a soberania dos Estados e que defenda, acima de tudo, a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, com o entendimento de que os direitos fundamentais devem funcionar como uma verdadeira política comunitária, ao reafirmá-los em dezembro de 2007, as entidades europeias com legitimidade política e competência institucional para tal fim deram um importante passo em caminho da proteção mais efetiva dos direitos fundamentais, liberando o TJUE de uma posição verdadeiramente constrangedora entre a eleição da aplicação da Carta ou da defesa da integração europeia.

Desse modo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deixou de desempenhar um papel que há muito vinha sendo utilizado – o de ser um documento meramente simbólico-constituente, e passou a consolidar os princípios teleológicos intrínsecos à União Europeia, traduzindo-os em direitos fundamentais.

Com sua força jurídico-vinculativa e sua obrigatoriedade de aplicação, a CDFUE deu um importante salto qualitativo, reforçando que não se trata apenas de um documento catalogador de direitos, mas, efetivamente, um mecanismo adequado que visa a garantia da proteção mais adequada em face da esfera dos órgãos e entidades públicos europeus.

A própria característica da universalidade presente na Carta demonstra que um de seus principais objetivos é, especificamente, o de divulgar aos cidadãos europeus a noção

mínima necessária para que estes possam reivindicar e garantir uma proteção mais efetiva e elevada de seus direitos.

Portanto, a Carta deve nortear tanto a União quanto aos Estados, assim como a relação destes com os cidadãos. Além disso, a mesma Carta deve entender que seus destinatários são todos os indivíduos abarcados pelo seu âmbito de incidência. Afinal, quando se busca a proteção dos direitos fundamentais, seja no âmbito nacional, seja comunitário, deve se manter em vista, principalmente, a manutenção da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o cidadão é, ao mesmo tempo, destinatário das garantias e dos deveres e, à medida que percebe respeitado seu próprio direito, deve sempre buscar o respeito dos direitos alheios.

No que se refere ao julgamento do caso *Melloni* pelo TJUE, deve ser reforçado que o Princípio do primado do direito da União, bem como os Princípios da unidade e da efetividade, foram, desse modo, renovados pelo Tribunal, que os definiu como princípios *topoi*, onde atuaram como verdadeiros limites, no caso concreto, ao âmbito de aplicação do artigo 53 da Carta.

Todavia, é mister enfatizar que a aplicação do Princípio do nível mais elevado de proteção, em determinados casos, deverá ser feita da forma mais adequada, independentemente de, nos Estados-Membros, o direito em causa ser protegido ou não de forma mais intensa.

Em específico no caso *Melloni*, a proteção mais adequada de determinado preceito fundamental no âmbito dos objetivos do direito da União se opôs, desse modo, à aplicação do nível mais elevado de proteção. Porém, sublinhe-se, que absolutamente nada impede que, durante o julgamento de um outro caso, a solução mais adequada seja precisamente a aplicação do Princípio do nível mais elevado de proteção.

Portanto, pontualmente no Acórdão *Melloni*, o Princípio de proteção mais elevada foi afastado. No entanto, conforme foi esclarecido, poderá tal princípio ser aplicado noutros casos, vez que esta jurisprudência serviu, exclusivamente, como um passo no sentido de se assegurar apenas a preferência, por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia em julgamentos de aplicação concorrente, pelas normas que impliquem numa garantia mais acentuada dos direitos fundamentais, sejam elas de origem comunitária ou nacional.

O artigo 53 da CDFUE é, antes de tudo, em vista de tudo que fora explanado nesta dissertação, um princípio interpretativo, que possui como principal destinatário o próprio Tribunal de Justiça. Nessa esteira, deve-se inferir que a interpretação adotada pelo TJ no caso *Melloni* permite a permanência e a coexistência de diversas formas de proteção, estabelecendo uma tutela multinível e plural aos direitos fundamentais. Dessa feita, ao se adotar o nível de proteção ajustado ao caso concreto estará, portanto, a conferir o nível mais elevado de proteção.

Para, além disso, sabe-se que a dignidade da pessoa humana é uma característica inerente a cada ser humano, cujo respeito se equivale a uma das mais importantes conquistas na história da humanidade, sendo esta ideia de dignidade encontrada principalmente na proteção do homem enquanto sujeito, sendo proibido qualquer tipo de violação da condição humana pelo Estado ou por terceiros; e na proteção do indivíduo que não possa se autodeterminar, bem como àqueles que não tenham capacidade para acessar os bens e serviços essenciais para vida condigna.

Assim, devem os poderes públicos se abster de quaisquer tipos de condutas que aniquilem ou lesionem a condição humana, intervindo normativa ou juridicamente apenas para proteger o indivíduo em sua dignidade contra atos que a ofendam, razão pela qual é inadmissível a ideia de que determinada Corte simplesmente ignora ou afasta em absoluto a aplicação do princípio do nível mais elevado de proteção, vez que, a defesa e proteção da vida humana condigna requer, para além, mais do que a garantia ao mínimo existencial.

Se a união dos princípios da dignidade da pessoa humana e do nível mais elevado de proteção determinam mais que um mínimo para todo e qualquer indivíduo (um “médio de existência), tal padrão deve ser consubstanciado pelos Tribunais Europeus, em específico pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais, previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 53), surge e termina por reforçar o próprio direito ao mínimo existencial.

Como devidamente abordado no acórdão *Omega*, o Tribunal de Justiça Europeu terminou por reconhecer o princípio do nível mais elevado de proteção que a Constituição Alemã entendeu assegurar à dignidade humana, que deve prevalecer sobre o exercício de

liberdades econômicas, protegidas pelo direito da UE. Deste modo, o Tribunal terminou por acolher o nível de proteção mais elevado dentre os vários existentes para a solução do caso concreto sobre a dignidade humana.

A ordem jurídica europeia tem, por óbvio, o objetivo de proteger o respeito da dignidade humana como princípio geral de direito. Por isso, nada obsta a que a União adote como referência para esse efeito uma ideia mais abrangente daquele direito fundamental do que aquela que resultaria na aplicação direta e imediata do direito da União, na medida em que integra a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, por conseguinte, assimilando à ordem jurídica europeia o “padrão *Omega*” de proteção da dignidade humana, que pode ser invocado por qualquer cidadão europeu quando situações similares ocorrerem.

Conclui-se, por fim, que a primazia da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia só deverá ser aplicada no contexto das matérias da comunidade, afastando seu âmbito de aplicação às autoridades estaduais que se sujeitem exclusivamente ao direito nacional, onde as Leis Fundamentais exercem o papel principal.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALONSO GARCIA, R. *The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union*. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 507, dez. 2002.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed., Coimbra: Almedina, 2006.

BENDA, Ernst. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*. 2 ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2001.

BESSELINK, Leonard F. M. *Entrapped by the maximum standar: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, *Common Market Law Review*, 1998, 35, nº 3.

_____. *The parameters of constitutional conflict after Melloni*. *European Law Review*. vol. 39, n. 3, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Compreensão Jurídico-Política da Carta*, in AA. VV., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, *Ius Gentium Conimbrigae*, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.

_____.; **MOREIRA**, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*, v. 1, 4 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COMISSÃO EUROPÉIA. *Como Funciona a União Europeia – Guia das instituições da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DIREITO, Sérgio Saraiva. *A Carta dos Direitos Fundamentais e sua relevância para a proteção dos direitos fundamentais da União Europeia*. Enquadramento histórico-sistemático. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2002.

DUARTE, Maria Luísa. *Direito Internacional Público e a ordem jurídica global do século XXI*, Lisboa: AAFDL, 2016.

_____. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, Lisboa: AAFDL, 2013.

_____. *União Europeia - Estática e Dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, Lisboa: Almedina, 2011.

_____. *O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*. In: *Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Lisboa: AAFDL, 2004.

_____. *Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*, vol. I, tomo I, Lisboa: Lex, 2001.

_____. *A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário – pressupostos e limites. Estudos em homenagem ao Professor Lumbrales*. Coimbra Editora, 2000.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997.

- KELSEN**, Hans. *O problema da soberania e a teoria do direito internacional. Contribuição para uma doutrina pura do direito*. Milão: Giuffrè, 1989.
- KLOEPFER**, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LEÃO**, Anabela Costa. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional*. Revista da Faculdade de Direito do Porto, ano 3, 2006.
- LEWANDOWSKI**, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- LUMIA**, Giuseppe. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1964.
- MACKENZIE-STUART**, M. *Subsidiarity – a busted flush. Constitutional Adjudication in European, Community and National Law*. Butterworth, 1992.
- MAURER**, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MEDEIROS**, Rui. *A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*. In AA. VV., *Nos 25 anos da Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, AAFDL, 2001.
- MELLO**, Celso A. *A Soberania através da História*. Anuário de Direitos e Globalização. A Soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. I.
- MIRANDA**, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I, 6 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- NOVAIS**, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PIÇARRA**, Nuno. *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – aspectos centrais*, Coimbra: Almedina, 2011.
- QUADROS**, Fausto de. *Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Direito das Comunidades Europeias. Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Coimbra, Almedina, 1984.

RUGGERI, Antonio. *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)*. Consulta online, fasc. 1, 2017, Disponível em: <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri66.pdf>.

SANTOS, Nildo Nery dos. *Direito Comunitário 45 Anos*. In LEWANDOWSKI, Ricardo Enrique (Org.). *Direito Comunitário e Legislação Supranacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SCHWARZE, Jürgen. *Droit Administratif Européen*, Bruxelas: Bruylant, 1994, 2 vols.

SEELMAN, Kurt. *Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOTIS, Carlo. *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia - Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017. Disponível em: http://www.penalecontemporaneo.it/upload/SOTIS_2017a.pdf. Acesso em: 22 de ago. 2017.

VITORINO, Antônio. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, São João do Estoril: Principia, 2002.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, J.O.U.E., C 83/389 de 30 de março de 2010.

Tratado da União Europeia, J.O.U.E. C 326/19 de 26.10.2012, pág. 1-223.

Tratado de Lisboa, J.O.U.E. C 306/01 de 17.12.2007, pág. 1-271.

Constituição da República Portuguesa, após VII Revisão Constitucional de 2005, Assembleia da República.

ITALIA. Corte Costituzionale. Despacho n.º 24/2017. Disponível em: www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf, parágrafo 7. Acesso em: 22 de ago. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Acórdão TJCE, 21/01/1965, Proc. 108/63, Merlini, Rec. 1965.

_____. Acórdão TJCE, 30/05/1989, Proc. 242/87, Comissão c. Conselho, Col. 1989, p. 1425, nº 13.

_____. Acórdão **COSTA c. ENEL** - TJCE, 15/07/1964, Proc. 6/64, Col. 1964, p. 549.

_____. Acórdão **SCHMIDBERGER** - TJCE de 12.06.03, Proc. C-112/00, Col. 2003, pág. 1-5659.

_____. Acórdão **OMEGA** - TJCE de 14.10.04, Proc. C-36/02, Col. 2004, pág. 1-9609.

_____. Acórdão **MELLONI** – TJCE, de 26 de fevereiro de 2013, processo C-399/11, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=134203&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=90789>.

_____. Acórdão Taricco, de 8 de setembro de 2015, Processo C-105/14, EU:C:2015:555.

Decisão-quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros - Declarações de alguns Estados-Membros aquando da aprovação da decisão-quadro. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32002F0584>.

Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, que altera as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI, e que reforça os direitos processuais das pessoas e promove a aplicação do

princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32009F0299>.

COMUNICAÇÃO da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o princípio da subsidiariedade – Doc. SEC (92) 1990.

PARECER 1/91, de 14/12/1991, sobre o projeto de acordo relativo à criação do Espaço Económico Europeu, Col. 1991, p. I-6079, n°21.