

# SOMBRAS E LUZES NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA\*

OMBRES ET LUMIÈRES DE LA CONSTITUTIONNALISATION DE LA CHARTE  
DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN\*\*

*Recebido para publicação em julho de 2005*

**Resumo:** Neste artigo discute-se as questões subjacentes à elaboração histórica da Carta Constitucional da União Européia, tomadas em sua processualística, quer em seus aspectos contraditórios, quer evidenciando os aspectos positivos da mesma, com a finalidade de contribuir para o avanço do modelo constitucional que poderá conduzir ao aprofundamento das garantias dos direitos fundamentais e a conseqüente democratização das relações político-legais dos países signatários.

**Palavras-chave:** Constitucionalização. União Européia: Carta constitucional. Direitos Fundamentais.

**Abstract:** This essay discuss the underlying questions to historical report of Constitutional Europe Union letter, inside the conflicting appearance or the positive one goes on to the advance for Constitutional model that will be able to transmit the guarantees of fundamental rights and the following democratization of legal and political relationships of the signatory countries.

**Key words:** Constitutionalize. Europe Union: Constitutional letter. Fundamental Rights.

## 1. Proclamado, Evocado, Integrado

Estes são os três tempos do destino da Carta dos direitos fundamentais da União Européia, doravante ligada ao tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (1). Em quatro anos, o estatuto desse texto - emblema de uma União que se propõe a revelar, explicitamente, sua vinculação ao respeito dos direitos do homem - foi submetido a uma transformação espetacular.

Após a proclamação solene em Nice, em 7 de Dezembro de 2000, pelas três instituições soberanas no processo decisional (2), sucedeu rapidamente outra: o da legitimação política e a evocação judicial. As instituições nascidas da União não perderam a ocasião que lhes foi fornecida para justificar - tanto a proposta, quanto à adoção de inúmeros dos seus textos - ao conjunto da Carta (3). Foi igualmente esse

grupo de atores dos processos na Europa que se apoderaram, com uma rapidez notável, ora para preconizar o *status-quo* jurisprudencial (4) ora para denunciar (5) ou ainda, de maneira mais audaciosa, para promover uma reversão jurisprudencial (6), ou mesmo concretizá-la (7). Ainda que, por razões evidentes de política jurisprudencial, o Tribunal de Justiça (8) continue a ser subjugado face à Convenção européia dos direitos do homem (9) que brilha, com todo seu esplendor, pelo fulcro dos princípios gerais de direito (10), nada impede que o destino jurisdicional da Carta permaneça interessante e revelador da simbologia textual, como da novidade que ele traduz sobre vários pontos.

Embora certos autores defendessem que não seria necessário misturar o destino da Carta ao de uma eventual Constituição européia (11), agora o fato aí está: o mo-

\*Texto traduzido por Yara Maria Martins Nicolau Milan

\*\* Professora de Direito Público da Universidade Rouen. Diretora do Centro de Investigações e de Estudos sobre os direitos do homem e direito humanitário.

mento da integração ao cerne do tratado que estabeleceu uma Constituição para a Europa não é da competência, mas do desejo dos uns ou da obsessão dos outros (12). É um fato. A Carta foi alçada à fileira do direito constitucional da União: mencionada no artigo I-9 §113, é reproduzida na segunda parte do tratado, devendo-se ler de maneira combinada com o artigo I-9 §2 no qual está afirmado que “a União outorga à Convenção europeia a salvaguarda dos direitos do homem e as liberdades fundamentais” (14), sustentando, não mais um tabu, mas extinguindo uma quimera político-jurídica. Assim, a União de direitos - ao propor que cada Estado participe da Convenção - verá sua ordem jurídica submetida ao controle externo do Tribunal de Estrasburgo (15).

Alguns poderiam deplorar que o “único” estatuto constitucional da Carta, por possuir o espírito do sistema alemão, no qual os direitos fundamentais ocupam uma posição supraconstitucional (16) seja subtraído, expressamente, ao poder de revisão, de fato são colocados (outra-Rhin) acima de outras normas constitucionais (17). Nada impede que o caminho percorrido, particularmente importante, entre a proclamação solene obtida pela separação e a integração constitucional, seja aceito, em suma, facilmente. Sobretudo, poder-se-á contar com as instituições comunitárias que, sem estarem à espera do tempo da força vinculativa condicionada pela ratificação do tratado, poderão dar continuidade à verificação da conformidade de suas propostas e de suas decisões ao conteúdo da Carta.

Apesar da incontestada satisfação de se verificar que o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa esteja inscrito no modernismo constitucional que liga, desde 1789, as Constituições à garantia dos direitos (18), é necessário convir que

a cronologia da constitucionalização da Carta comporta, todavia, algumas partes sombrias. A história de sua integração leva o estigma de dois métodos sucessivos que compuseram a elaboração do tratado. Ao “método convencional”, que não era um método constituinte, sucedeu o “método intergovernamental”. O tratado é o fruto desta “mistura metodológica”, que combina um tratamento democrático, majoritariamente parlamentar e transparente, com um tratamento diplomático, secreto e tecnocrático. Ao avaliar-se, contudo, o impacto de um procedimento com o poder de intervenção em última jurisdição, é forçoso constatar que este procedimento intergovernamental teria sido a parte bela, face ao número vultuoso de dispositivos do tratado (19) inseridos no interior da Carta. Independentemente do que dizem os membros do grupo Vitorino - incluindo o mandato fixado pelo Secretariado da Convenção sobre o futuro da União (20) para refletir unicamente sobre o destino jurídico da Carta (21) - o alcance das adaptações não foi exclusivamente técnico. Os “Convencionais II” presididos por Valéry Giscard de Estaing melhoraram muito a clareza do texto dos “Convencionais I” conduzido por Novela Herzog. Em suma, uma legitimidade democrática sobrepujou o anterior. Em primeiro lugar, do ponto de vista da formulação de certos direitos, em relação ao direito comunitário, uma limpeza lógica e anódina ocorreu para melhor ligar a Carta ao seu contexto “constitucional”. Assim, foram substituídos, a partir daí, os termos antiquados do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia e/ou Tratado da União Europeia ou o da Constituição (22). Dentro da mesma lógica, a expressão direito comunitário foi substituída, a partir daí, pela de direito da União, em três passagens (23). Não se pode mais falar verdadeiramente de “limpeza” quando se

passa, sub-repticiamente, das adaptações técnicas às adições conseqüentes: trata-se aqui de uma mera e simples “revisão - adição”, técnica bem conhecida como revisão constitucional; a França está acostumada de fato a esse dispositivo. Há três passagens no texto nos quais elas aparecem: o Preâmbulo (24) o artigo II-111 (ex-artigo II-51) (Campo de aplicação) (25) e, sobretudo, o artigo II-112 (ex-artigo II-52) antigamente intitulado *Alcance dos direitos garantidos*, renomeado de *Alcance e interpretação dos direitos e dos princípios* (26), aos quais foi necessário acrescentar a minuta das famosas diretivas de interpretação, mais conhecidas pelo nome de “explicações” do Praesidium (27). O fato de os membros do Grupo Vitorino terem trabalhado em harmonia não impediu que certos representantes governamentais - de maneira bem clássica, apesar do tratamento convencional - fizessem primar seus interesses nacionais, custasse o que custasse, no interregno das negociações finais da elaboração do projeto do tratado. As últimas negociações deram lugar, assim, à adição de fórmulas contestáveis e contestadas. Mas o trabalho de modificação não se deteve, porque a lógica diplomática retomou, finalmente, suas prerrogativas. A CIG sucedeu à Convenção. Aos Estados e aos seus diplomatas não faltaram ocasiões para melhorarem o projeto do tratado que estabeleceu uma Constituição para a Europa, em 18 de Julho de 2003(28). Além da renumeração global do tratado - que importa logicamente em uma mudança da numeração das disposições da Carta (29) - novamente, duas de suas partes foram objeto de inserções significativas: o Preâmbulo (30) e o artigo II-112 no qual foi incluído um sétimo parágrafo, marcado por conseqüências (31).

Estas diversas inserções provêm, exclusivamente, de um único Estado que

sempre foi enaltecido pelos observadores do Conselho da Europa na Convenção que elaboraram a Carta. Trata-se daquele que, desde a sua adesão em 1973, não hesitou em distinguir-se a ponto de permanecer freqüentemente fora do sistema de integração (32). A Carta integrada encheu-se dos raios da racionalização britânica, de tal sorte que a transplantação constitucional cristalizou-se, frígida, congelada ao estado de direito dos direitos fundamentais. Por conseguinte, “o paradoxo constitucional” (33) com os quais alguns haviam se identificado não existe mais a curto e a médio prazo. Retomando os termos postos por Miguel Poaires Maduro, a Carta teria uma dupla vida constitucional no que refere ao fato de ser portadora de duas visões antagônicas. A primeira, como um instrumento constitucional a serviço da construção de uma identidade política europeia e a outra, uma simples consolidação do acervo jurisprudencial, em matéria de direitos fundamentais. Naquele momento, a contenção do dispositivo era imprescindível para que fosse assegurada, a qualquer custo, a “concordância convencional” como o único estatuto do texto de consolidação do acervo jurisprudencial reconhecido. Assim, a Carta dos direitos fundamentais integrada à Constituição europeia, viu, ao mesmo tempo, sua interpretação neutralizada (I) e sua invocabilidade enquadrada (II).

### 1.1. A Interpretação Neutralizada

As “explicações” do Praesidium, elaboradas sob o égide da primeira Convenção e melhoradas sob a direção da segunda, constitucionalizou-se habilmente graças aos esforços conjugados pelo Reino Unido e pelos observadores do Conselho da Europa (A). Os efeitos desse processo, que consistem em colocar as diretivas de interpretação no rol do direito constitucional da

União, já têm gerado algumas importantes conseqüências jurisdicionais (B).

A relação entre a Carta e as “explicações” é doravante indestrutível. A obrigação de acatar o fato constitui uma forma confortável de análise para os que postulam a continuidade política entre a elaboração pretoriana dos direitos fundamentais e a elaboração da Carta; esta última aparece, então, unicamente como uma simples consolidação das aquisições. A. Constitucionalização das “Explicações”

O §7 do artigo II-112 impõe a utilização das “explicações” na interpretação dos direitos. Isto se deve à eficiente diplomacia britânica que não poupou seus esforços - a partir da elaboração da primeira Convenção - de modo que fosse atribuída uma importância significativa às “explicações” referentes a cada direito da Carta. “Por que?” interroga-se, então, imediatamente.

Para evitar ao máximo os riscos de divergências jurisprudenciais – uma vez que se reconhece que o universo europeu não é um exemplo (34) - erradicando o espectro de uma Europa dos direitos fundamentais duplicada, para *no final*, fazer de tal modo que o referente convencional continue, invariavelmente, a pulverizar o sistema comunitário dos direitos fundamentais (35), segundo a vontade pugnada por alguns membros e observadores da “Convenção I” (36). Nesse sentido, eles batalharam na “Convenção Herzog” para que uma referência à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo fosse inserida no contexto da Carta; irredutíveis sobre este ponto, arrancaram *in extremis* uma menção da jurisprudência, tanto no interior do Preâmbulo como nas “explicações”, mais especificamente os do artigo II-112 que identificavam todos os direitos nos quais a Convenção havia se inspirado diretamente. Por conseguinte, tudo foi feito adequadamente para minimizar os riscos de diver-

gências jurisprudenciais (37), valorizando as “explicações” e integrando uma cláusula de envio (§3, II-112). Tornou-se compreensível porque a prática contenciosa, por várias vezes, evidenciou que não se tratava apenas de uma simples eventualidade.

O §3 do artigo II-112 refere-se a esta cláusula de envio que engendrou os debates e as negociações mais acirradas no momento em que a Carta era elaborada sob a supervisão do presidente Herzog (38). O problema poderia ser resumido, sucintamente, no que segue: como assegurar a coerência material dos direitos consagrados pela Convenção EDH sem afetar a autonomia do direito da União? Os Britânicos e os representantes do Conselho da Europa defenderam incisivamente um sistema que evitaria, a todo custo, que o nível de proteção da Carta pudesse submergir àquelas asseguradas pela Convenção EDH (39). Para eles, esta última deveria permanecer como texto guia, o texto de referência para todos os direitos da Carta, emprestados diretamente na Convenção EDH, ou seja, menos de um terço de seus cinquenta e quatro artigos (40). Ao mesmo tempo, a autonomia do direito da União foi salvaguardada e, por conseguinte, a autonomia interpretativa do Tribunal de Luxemburgo. O artigo II-112 §3 *in fine* afirma, com efeito, sem ambigüidade que “esta disposição não colocou obstáculo naquilo que o direito da União atribui uma proteção mais vasta”.

Foi este o contexto no qual as “explicações” foram julgadas essenciais no ano 2000, uma vez que reuniam as referências à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo que não haviam sido inseridas diretamente no texto da Carta (41) contrariando os desejos do Lorde Goldsmith, representante pessoal do governo britânico na “Convenção Herzog” (42). Elas tomaram outro rumo quando o governador de

outr-Mancha, durante a elaboração do projeto do tratado pela “Convenção Valéry Giscard de Estaing”, impôs a inserção de uma frase no fim do Preâmbulo já mencionado (43). Enfim, elas tornaram-se incontornáveis depois que a CIG, sempre sob a pressão do Executivo de outr-Manche, procedeu a atualização da referida frase do Preâmbulo (44), sendo elaborada uma “Declaração concernente às explicações relativas à Carta dos direitos fundamentais anexada ao Tratado constitucional” e por último, *last but not least*, o §7 do artigo II-112 no tratado. Ora, o paradoxo encontra-se no fato de elas terem sido consideradas, ao mesmo tempo, como “desprovidas de valor jurídico” (nomeadamente Declaração n° 12) (45), mas *tomadas, devidamente, em consideração pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros* (§7, II-112).

Se fosse necessário analisar as “explicações” em sua ligação com aquilo que mais as aproximam da escala internacional, poder-se-ia arriscar a considerá-las como o reflexo do “contexto”, um elemento de interpretação nos termos de um tratado, cujo artigo 31 §2 da Convenção de Viena, de 23 de Maio de 1969, fornecia uma concepção extensiva (46). Ele compreende todo o conjunto do tratado, o preâmbulo, os anexos, assim como qualquer instrumento “que apresente relação com o tratado” aceito como tal pelo conjunto das partes, o que inclui os acordos interpretativos (47). Ora, as “explicações” são de uma vez por todas: um acordo interpretativo anexado ao tratado (com base na Declaração n° 12) e o próprio tratado (o preâmbulo da Carta, mas, sobretudo o §7 do artigo II-112 constitucionalizante das explicações).

No âmbito do direito internacional há uma margem de decisões conseqüentes que é deixada ao juiz que - com base num conjunto de fatores - é conduzida a

voltar-se para o texto, mas também para o contexto e/ou uma variedade de outros recursos interpretativos que o deixará à vontade para conciliar - aqui uma obrigação - o presente do indicativo do §7 do artigo II-112 não engana - os elementos postos a seu dispor, vendo, assim, sua autonomia seriamente cerceada. Porque se as “explicações” enquanto tais não apresentarem um valor jurídico, há que se levar em conta que elas conduzem o andamento de uma obrigação jurídica, tal como foi posta pela “Constituição”!

## 1.2. A Interpretação das “Explicações”

No contexto do processo anunciado de ratificação do tratado, assinado em 29 de outubro, o Conselho constitucional francês e o Tribunal Constitucional espanhol foram solicitados - um pelo Presidente da República francesa Jacques Chirac e o outro pelo Conselho de Ministros do Governo espanhol - no quadro do controle abstraído *a priori* dos tratados internacionais (49). As decisões de 19 de Novembro de 2004(50) e de 13 de Dezembro de 2004(51) demonstram à porfia a força e os efeitos de cada palavra em direito. Aquilo que os juristas dizem, cada adição, cada retirada, enfim cada modificação não é jamais anódina no contexto político da negociação de um tratado, ainda mais quando se trata de um texto tão importante como o tratado de Roma de 2004.

As duas decisões constitucionais confirmam primeiramente o que aqui se arriscou apresentar sob a forma de adágio: “a Carta, sem as ‘explicações’, não vale”. Apesar das diferenças processuais que cercam o recurso do juiz constitucional na França e na Espanha (52), as decisões constitucionais possuem, em comum, uma referência ao artigo I-6 (o direito da União) (53) e a algumas disposições da Carta, no-

tadamente os artigos II-111 (Campo de aplicação) e II-112 (Suporte e interpretação dos direitos e princípios). Aquilo que deve chegar, chega! Ao olhar da iniciativa sinuosamente orquestrada por uma multiplicidade de retornos às “explicações” na direção do tratado, os juízes não as puderam ignorar e integraram-nas no meio de seu raciocínio. Para dizer tudo, foi o Conselho constitucional francês que usou (e abusou?) (54) mais. Isto foi, aliás, bem guardado - considerando-se o nº 17 da sua decisão - a de mencionar a declaração nº 12, haja vista que a mesma afirmava serem as “explicações” desprovidas de efeito jurídico (55). Para justificar a gravidade de sua utilização, ele se retraiu - tal era efetivamente o desejo das autoridades britânicas - depois da minuta e do Preâmbulo e do doravante famoso §7 do artigo II-112. Um Preâmbulo, diga-se de passagem, cuja versão transcrita não é a definitiva (56). Finalmente, a jurisprudência convencional - onipresente no seio das explicações foi o que permitiu assegurar a declaração de conformidade entre a Constituição francesa e a Carta: foram três das suas disposições que avalizaram a constitucionalidade, graças a uma consideração expressa nas “explicações”.

Constatemos mais. Se o artigo II-70 (liberdade pensamento, consciência e religião) não emprega mal o artigo 1º da Constituição francesa (57) é unicamente porque “as explicações do *presidium*” determinam que o direito garanta este artigo (artigo II-70) no mesmo sentido e no mesmo alcance que elas garantem no artigo 9, da Convenção europeia, a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (58). Se o artigo II-107 (direito a um recurso efetivo e de aceder a um tribunal imparcial) passa a imagem da conformidade da Constituição - sendo mesmo que não se vê sua aplicabilidade condicionada

pela existência de uma contestação sobre direitos e obrigações de caráter civil ou uma acusação em matéria penal, ao instar o artigo 6 da Convenção - é simplesmente “porque ele resulta, no entanto, das explicações do *praesidium* cuja publicidade das audiências o sujeitou às restrições previstas por este artigo da Convenção” (59). Finalmente, se o artigo II-110 (direito de não ser julgado ou punido de modo penal, duas vezes por uma mesma infração) não coloca em questão os direitos e as liberdades constitucionalmente garantidas, é unicamente porque as “explicações” afirmam que este dispositivo “concerne exclusivamente ao direito penal e não aos procedimentos administrativos ou disciplinares” e mencionam “a noção de identidade das infrações e não a de identidade dos fatos”. De início, fica preservada “a possibilidade para os órgãos jurisdicionais franceses, no que se referem ao princípio de proporcionalidade das penas, de restringir os crimes e delitos que contradigam aos interesses fundamentais da nação, previstos no título primeiro do livro IV do código penal, tendo em conta os elementos constitutivos próprios a estas infrações e aos interesses específicos em causa” (cons. 20).

A prolixidade argumentativa do juiz constitucional espanhol a respeito das famosas “explicações” é menos brilhante. Retomar-se-á. Isto não importa, o resultado é idêntico; elas permitem ao juiz afastar as dúvidas levantadas pelo Conselho de Estado espanhol e tornar a pedir para seu governo as prerrogativas. Elas permanecem relativas à questão de saber se, no artigo 10 §2 da Constituição espanhola, na cláusula de interpretação dos direitos fundamentais (60), há uma contradição entre a *Magna Carta* e os artigos II-111 e II-112 do tratado. Mais precisamente, a incerteza governamental recai sobre a questão de saber se:

“A inevitável expansão dos critérios de interpretação da Carta para além dos contornos definidos pelo artigo II-111 é ou não compatível com o regime dos direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Em outras palavras, os critérios estabelecidos pelo tratado para os órgãos da União e para os Estados-Membros, quando aplicados ao Direito europeu, são ou não conciliáveis com os direitos fundamentais da Constituição e, nesta medida, se podem igualmente impor-se aos poderes públicos espanhóis quando agirem fora do direito da União, ou seja, em circunstâncias que não ofereçam nenhuma conexão com esta ordem jurídica” (61).

Para dirimir tais temores, o juiz estará firme e logicamente apoiado pela sua jurisprudência clássica relativa ao artigo 10 §2 (62). Nesse contexto, considera-se muito lógico que:

“O valor interpretativo que a Carta teria, em matéria de direitos fundamentais, não causaria na ordem jurídica espanhola mais dificuldades do que as já provocadas pela Convenção europeia de 1950 – e isto porque, tanto a jurisprudência constitucional (com base no artigo 10 §2) quanto o artigo II-112 (como mostram-no as ‘explicações’ que como canal interpretativo são incorporadas no tratado com base no §7 do mesmo artigo), instauraram um jogo de referências à Convenção europeia. Essas últimas terminaram por erigir a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo como o denominador comum a fim de estabelecer os elementos de interpretação compartilhados, considerando o seu conteúdo mínimo. Ainda mais quando o artigo I-9 §2 afirma, em termos imperativos, que a União adere à Convenção europeia para a proteção dos direitos do homem e liberdades fundamentais” (63).

Os dois juizes constitucionais foram assim transformados em instrumentos in-

terpretativos das “explicações” a ponto de obterem a declaração de conformidade para a Constituição. Dito de outra forma, foram as “explicações” que salvaram a Carta de uma declaração de incompatibilidade com as Constituições francesas e espanholas. É necessário, contudo, refletir por um momento sobre o método argumentativo dos dois juizes. À proximidade (incomum) francesa opõe-se, relativamente, a uma moderação espanhola. À valorização exorbitante de certas explicações feitas pelo juiz do Palácio Montpensier opõe-se à incisão rápida do juiz constitucional de Madrid. Sobretudo, este último não dissocia a análise das explicações (e dos seus envios à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo) da cláusula interpretativa espanhola. No lugar em que o raciocínio hexagonal parece fugir do sentido e do alcance das “explicações” elaboradas em um momento dado e, por conseguinte, datado - a ponto de cristalizar a jurisprudência e de a tornar uma “jurisprudência hybernatus” (64) - o raciocínio madrileno postula, implicitamente, a evolução, sob duplo sentido - enquanto as diretivas de interpretação da Carta, no que se referem ao artigo 10 §2 - são gerais e em nenhum caso específico e fixo. Convém lembrar que se trata de um mínimo, visto que se trata de jurisprudência! Felizmente, os intérpretes que por ventura não quisessem reconhecer o lugar das desmedidas “explicações” que serão superadas rapidamente, poderão - sem se colocarem contra a vontade dos Estados - para não dizer a vontade do Estado britânico, referirem-se ao importante inciso colocado no meio das “explicações” no artigo II-112: “a lista dos direitos que podem, no atual estágio e sem excluir a evolução do direito, da legislação e dos tratados, ser considerados como correspondente aos direitos CEDH...”. Esta precisão destaca ainda mais a incompreensível valorização francesa das “explica-

ções” e a sábia e mais genérica referência espanhola. Sobretudo, é necessário nunca se esquecer da minuta do artigo II-112 §3 que, em sua parte final, não põe obstáculo para que direito da União atribua uma proteção mais vasta. Pode-se, portanto, aventurar-se em considerar, pelo menos em teoria, que ao mesmo tempo a evolução jurisprudencial foi preservada assim como a autonomia do direito comunitário: os juizes não as podem esquecer.

Demonstrado este ponto importante - e que faz toda a diferença sobre o aspecto entre as duas decisões - é necessário convir que sem a presença e as considerações das “explicações”, a incompatibilidade conduzir-se-ia para o horizonte constitucional. Uma compreensão contrária seria previsível do ponto de vista jurídico? Previstas nos artigos 54 e 95 das Constituições francesa e espanhola, elas conduzem sua revisão, por um exame técnico. Em contrapartida, é claro que o choque político que uma declaração de incompatibilidade poderia gerar teria sido muito mais grave; porque a Carta possui, em face a todos os direitos, princípios e liberdades (artigo I-9 §1) valores que são os mesmos em toda União européia (artigo I-I(65). Identificar as contradições entre os seus valores e os dos Estados seria paradoxal, perturbador ou mesmo destrutivo para esse momento em que a Europa volta-se para a aproximação dos cidadãos, forjando sua identidade sobre o terreno dos valores compartilhados, uma vez que são comuns. Se as “explicações” têm a nefasta conseqüência de congelar a jurisprudência em matéria de proteção dos direitos fundamentais na escalada européia, não resta a menor dúvida que elas participam manifestamente da obliteração do choque frontal da incompatibilidade. Sem dúvida, esse era o preço a pagar, de modo que a curto prazo, a Carta chegasse a se tornar, de maneira

concreta e efetiva, o cadinho da identidade européia. Em outras palavras, poder-se-ia aventurar na consideração de que o trajeto para consolidação simples do acervo jurisprudência, em matéria comunitária é passagem obrigatória, de forma que a Carta se erija, mais tarde, como o baluarte do texto europeu de referência cidadã. A sua compatibilidade reconhecida com as Constituições nacionais - mesmo a preço de uma valorização excessiva e inábil das “explicações” - permanecerá como a condição *sine qua non* para uma futura valorização identitária.

## 2. Invocabilidade Enquadrada

O §5 do artigo II-112 está no meio de um compromisso realizado então na elaboração da Carta referente ao lugar dos direitos econômicos e sociais:

“As disposições da presente Carta contém princípios que podem consolidar-se por atos legislativos e executivos tomados pelas instituições e órgãos da União, e atos dos Estados-Membros quando consolidam o direito da União, no exercício das suas competências respectivas. A sua invocação na frente do juiz não é admitida senão para a interpretação e o controle da legalidade de tais atos”.

A distinção entre “direitos” e “princípios” que realçou mais o que estava implícito - apesar de uma referência furtiva no artigo II-111(66) - aparece claramente. O fato não seria tão preocupante se este esclarecimento (A), não tivesse de maneira correlata de participar de um imponente enquadramento jurisdicional (B).

### 2.1. O Esclarecimento dos “Princípios”

É necessário retornar às condições da integração dos direitos econômicos e sociais na Carta, a fim de possibilitar a avaliação de seu justo teor amparado pelo

§5. Desde o início dos trabalhos da Convenção, os direitos econômicos e sociais foram objeto de oposições importantes. Isto se explica por vários elementos. A ausência de um consenso europeu sobre as questões sociais, a inexistência de um texto fundador de referência na matéria - a Carta social europeia de 1961, revista em 1996 e a Carta comunitária dos direitos sociais não se conduziram pelo mesmo consenso que a Convenção europeia; por último, a diferença na apreensão conceitual da noção de “direito” social. Foi significativo o estado das tensões decorrentes do acordo proposto pelos representantes britânicos e dinamarqueses, que aceitaram o Capítulo IV unicamente com condição de que a Carta não obtivesse uma unção de positividade e abrangesse exclusivamente a *soft law*.

O hiato jurídico seria fácil de ser superado; se ninguém relacionasse os direitos sociais aos direitos “subjettivos”, diretamente invocáveis na frente do juiz; e se outros não o considerassem senão sob forma de programas, objetivos a atingir que o legislador deveria satisfazer-se em lavar. Na frente desse desacordo frontal, o Presidente Braibant trabalhou, sem descanso, afim de que fosse adotada uma distinção formal, operacional entre os “direitos” invocáveis e, por conseguinte, justificáveis e os “princípios” que fizessem apenas referência aos objetivos, contra os quais as autoridades comunitárias ou nacionais não deveriam ir. A “justicialidade normativa” havia nascido (67)! E inspirou-se na jurisprudência do Conselho constitucional como um anteparo seguro (68) sobre o qual a noção de “objetivo de valor constitucional” permitiria à Alta jurisdição reconhecer que, ao acioná-lo, toda pessoa poderia dispor de segurança (69). À época da elaboração da Carta, teria êxito uma adesão a um consenso em torno dessa idéia que encontrou um eco sutil, porque discreto, no

artigo II-111. O indicador, para identificar o princípio, foi apresentado então como sendo algo consistente para examinar as disposições que eram devolvidas ao direito comunitário, bem como às legislações e práticas nacionais (70).

O §5 do artigo II-112 trouxe assim um pouco mais para o grande dia o consenso estabelecido por ocasião da elaboração da Carta. Fazendo expressamente referência aos “princípios”, a distinção dos direitos foi levada *claramente* a conhecimento de todos e estava suscetível de ser contestada. O Conselho constitucional, por outro lado, apoderou-se disto com um zelo e uma celeridade notáveis (71)! A referência pode ter inquietado alguns organismos, e de maneira essencial, à *Comissão Nacional Consultiva dos Direitos do Homem* que num parecer à assembléia plenária, de 18 de Setembro de 2003, alarmou-se com a transformação do artigo II-112. O parecer destacava, nomeadamente, a introdução de um elemento potestativo a serviço das instituições e órgãos da União e dos Estados na hora de adotarem atos legislativos e executivos de tomada de decisão sobre os princípios: “As disposições da presente Carta que contém princípios podem ser decididas em...”.

Portanto, era necessário alarmar-se excessivamente? Alguns não viam aí motivos para inquietudes (72) sendo que outros viam uma vontade de atingir substancialmente a Carta que havia sido determinada consensualmente por ocasião da estréia da Convenção (72). Uma interpretação sistemática do §5 do artigo II-112 - combinado com o artigo II-111 e com o artigo I-14 §2.b - reunida a uma interpretação teleológica - vontade de fornecer à União um “pedestal social” forte - não deveria incitar a atribuição de uma importância primordial a este elemento potestativo. O artigo II-111 faz, com efeito, referência aos prin-

cípios de maneira mais imperativa uma vez que menciona que a União e os Estados-Membros “observam os princípios e promovem sua aplicação”, enquanto o artigo I-14 §2.b apresentava a “política social” como uma competência partilhada, o que, seguramente, é mais significativo que uma competência de apoio. É verdade, contudo, que a Seção 2 do Capítulo III, do Título III, consagrada às “Políticas e ações internas da União” não está isenta de marcas múltiplas que destacam a dificuldade do estabelecimento de uma política social uniforme (*ad exemplum* artigo III-210 §5) (76). Tudo dependerá, indubitavelmente, das condições políticas – vontade dos Estados de avançar em matéria social - como das considerações técnicas - modalidades de adoção das leis europeias na matéria - que favorecerão ou, ao contrário, retardarão a instauração de uma política social europeia. Não é o jogo da primeira parte do §5 do artigo II-112 que dará o ritmo à matéria, mas os artigos III-209 a III-219 da Constituição, ajustados ao importantíssimo artigo I-3 §3 relativo aos objetivos da União que destaca os traços característicos do “modelo social europeu” (77).

## 2.2.O Enquadramento Jurisdicional dos “Princípios”

Se a questão da “justicialidade” dos direitos econômicos e sociais eram o centro das controvérsias no momento da elaboração da Carta, ela encontrou indubitavelmente o seu epílogo com a última frase do §5 do artigo II-112 apresentada como segue pela sua “explicação”: os princípios “adquirem por conseguinte uma importância peculiar para os tribunais somente quando estes atos são interpretados ou controlados. Não dão contudo lugar aos direitos imediatos a uma ação positiva separada das instituições da União ou das autorida-

des dos Estados-Membros”. Este inciso invoca, inicialmente, uma série de comentários sobre os critérios de identificação dos direitos sociais, para em seguida, determinar as consequências desta invocabilidade enquadrada nas “explicações”. Não se pode atribuir aos “Convencionais II” a apresentação de uma nomenclatura exaustiva dos “princípios”. No máximo pode-se ler nas explicações do §5 do artigo II-112 que: “a título de ilustração, citem entre os exemplos de princípios reconhecidos na Carta, os artigos 25 (II-85, direito das pessoas idosas), 26 (II-86, integração das pessoas deficientes) e de 37 (II-97, proteção ao meio-ambiente). Em certos casos, um artigo da Carta pode conter elementos relevantes de um direito e de um princípio: por exemplo, os artigos 23 (II-83, igualdade entre os homens e as mulheres), 33 (II-93, vida familiar e vida profissional) e 34 (II-94, segurança social e ajuda social)”. Estas determinações não são negligenciáveis, não havendo como separar as explicações individuais de cada uma das disposições, isto porque unicamente aquelas contidas nos artigos II-86 (Integração das pessoas deficientes) (78) II-94 §1 (Segurança social e ajuda social) (79) II-97 (Proteção ao meio-ambiente) (80), mencionam expressamente que se tratam de “princípios”.

Tratando-se das outras disposições não mencionadas na “explicação” do artigo II-112, o leitor – mais tarde o juiz – deve examinar a minuta de cada disposição flanqueada de sua “explicação” individual para determinar sua natureza. Assim, é evidente que os artigos II-95 (Proteção do santé) 4 (81) II-96 (Direito de acesso ao serviço de interesse econômico geral (82) e II-98 (Proteção dos consumidores) (83) sejam reconhecidos como consagrados princípios. Em contrapartida, nada se diz acerca dos artigos II-75 (Liberdade profissional e direito de trabalhar), II-87 (Direito

à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa), II-88 (Direito de negociação coletiva), II-89 (Direito de acesso ao serviço de colocação), II-90 (Proteção no caso de dispensa injustificada), II-91 (Condições de trabalho justas e equitativas) e II-92 (Proibição do trabalho das crianças e proteção dos jovens ao trabalho).

A variedade na apresentação das “explicações” é particularmente gritante e não ajuda o leitor a identificar com precisão os direitos sociais: isto porque ao lado das explicações gerais do artigo II-112 que não identificam senão alguns dos direitos sociais, acrescentam-se as explicações individuais de algumas disposições que os identificam precisamente, sem se mencionar aquelas que não se referem à questão. Se por um lado lamenta-se a inconseqüência metodológica dos Convencionais, por outro a imprecisão referente a certas disposições poderá, no momento seguinte, permitir ao juiz beneficiar-se desta superficialidade a fim de conceder-lhe uma margem de operação interpretativa, para aquilo que não é senão negligenciável. Por último o juiz, que será o senhor da determinação de direito (subjutivo, por conseguinte justificável) ou de “princípio” (programado, portanto não justificável) poderá tornar-se orientador da ação do legislador, particularmente comunitário. É interessante, sob esse ponto de vista, recordar o processo *Bectu* no qual o Advogado geral Antonio Tizzano transformou o direito à licença anual remunerada em direito fundamental (84). A conduta argumentativa, particularmente sutil (pontos 22 à 27) não se baseou em outra coisa senão no antigo artigo 31 §2 (novo artigo II-91, relativo às condições de trabalho justas e equitativas), no qual se pode constatar que a “explicação” não anulou a referência à sua natureza. A solução do Tribunal não se afastou muito da proposta do Advogado geral, mas ao contrário (85).

Resta, ainda, o fato de que o juiz comunitário não é o único em condições de interpretar a Carta e identificar os direitos sociais. O Conselho constitucional desde então tem identificado no considerando 15, de sua decisão de 19 de Novembro de 2004, aquilo que julga ser os “princípios” da Carta. A apresentação formal que ele adotou nesse caso deixa a desejar quanto ao seu caráter preciso, exigindo, portanto, o penhor de uma análise jurídica circunstanciada. Não menciona, com efeito, nenhum artigo específico da Carta e satisfaz-se em fornecer uma minuta que não se refere senão aos títulos dos artigos! A transcrição do considerando 15 é suficiente para demonstrá-lo:

“... que ao número tais princípios, figuram nomeadamente o ‘direito de acesso às prestações de segurança social e os serviços sociais’, o ‘direito de trabalhar’, o ‘direito das pessoas idosas em possuir uma vida digna e independente e a participar na vida social e cultural’ e o ‘princípio do desenvolvimento sustentável’ e o ‘nível elevado de proteção dos consumidores’”;

Após a investigação - que deve ser efetuada pelo leitor! - constata-se que são os artigos II-94 (Segurança social e ajuda social), II-75 (Liberdade profissional e direito de trabalhar), II-85 (Direito das pessoas idosas) e II-97 (Proteção dos deficientes) e II-98 (Proteção dos consumidores) que são visados. O que podemos deduzir desta nomenclatura incompleta (86) sob o ponto de vista do sistema das “explicações” da Carta? Duas destas disposições são identificadas como as que consagram os princípios pela explicação geral do artigo II-112 (Direito das pessoas idosas e proteção do ambiente), sendo que o mesmo faz menção à dupla natureza de direito e princípio para a disposição relativa à segurança social e à ajuda social; por último, a explicação individual do artigo II-75 (Li-

berdade profissional e direito de trabalhar) não revela sua natureza. Ocorre que o Conselho classificou com uma rapidez sem dúvida contestável, de qualquer forma como uma impropriedade, “o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais” nos princípios (enquanto que a explicação do artigo II-112 é mais ampla), sendo que esse tomou, deliberadamente, a posição de incluir nos princípios o direito mencionado no artigo II-75, enquanto que a sua explicação individual não determina precisamente sua natureza... Assim mesmo, tais disposições foram efetivamente o objeto de discussões particularmente acirradas no centro da Convenção Herzog, porque estigmatizavam extraordinariamente, a heterogeneidade social entre os diferentes Estados europeus; ainda que se possa apenas atribuir ao juiz constitucional francês erros manifestos, isto não impediu que sua liberdade interpretativa se desenvolvesse em proveito de uma visão audaciosa.

À pergunta da identificação dos princípios, sucede igualmente outra mais complexa acerca de sua justicialidade. Se há um ponto sobre o qual não se pode desenvolver controvérsia, é sobre a “justicialidade ativa” que se poderia ainda qualificar como “direta”. Dito de outra forma, os princípios não são “espadas” (87) e não podem ser invocados na frente do juiz a fim de reclamar uma ação positiva do legislador ou do executivo, forçando a adoção de medidas determinadas para concretizá-los (88). Toda questão reside no fato de saber se podem cobrir os ornamentos e os “escudos” e vencer a justicialidade mediata. Ninguém pensaria em considerar que eles podem constituir “obstáculo de adoção de certos atos das instituições da União ou dos Estados-Membros que poriam em questão o nível de realização já atingido” (89). Esta posição aparece justificada.

Assim, é evidente que a invocabilidade dos “princípios” é mínima no sentido

que eles nada podem fazer contra a passividade das instituições (comunitárias e/ou nacionais) que se recusarem a tomar as medidas (legislativas ou executivas) colocadas em prática (90). O “princípio” não pode ser um estímulo constrangedor. Poder invocar os “princípios” frente ao juiz implica então, logicamente, na necessidade de esperar uma intervenção comunitária e/ou nacional para que os atos adotados possam ser quer “interpretados” quer “controlados”. Portanto, esta invocabilidade mínima não está isenta de jurisdição, graças à invocabilidade indireta da qual é portadora. Uma vez que um princípio é posto pelo direito comunitário e/ou o direito nacional, parece lógico que deva poder ser salvaguardado. Como uma cláusula de *stand still*, a invocabilidade indireta não permite uma regressão ao nível de proteção já atingido no plano comunitário e/ou cidadão. Assim, a violação de um princípio já promovido por um ato de direito derivado, poderia ser censurado em relação às exigências deste mesmo princípio. Vê-se aqui o jogo sutil que se instaura entre um ato de execução de um princípio e um ato de violação manifesta de um princípio. O bom senso assim como a jurisprudência apresentada à guisa de exemplo nas explicações do §5 do artigo II-1123 compreendem a idéia de que muitos dos atos de execução *stricto sensu*, são igualmente atos que estariam direta ou indiretamente ligados a um princípio e que deveriam poder ser contestados graças à invocabilidade do princípio cuja eficácia é posta em perigo. Permanece, por conseguinte, uma brecha na interpretação da invocabilidade mínima dos princípios que o juiz poderia habilmente apreender para não tornar meramente formal ou ainda teórico e ilusório - para retomar um *dictum* famoso do Tribunal de Estrasburgo - a consagração do pedestal social da Carta.

O significado e o alcance dos direitos e princípios que a Carta consagra foram

aferrrolhados pelo Reino Unido. A Carta integrada deixará lugar à Carta interpretada, de maneira bem discutível nomeadamente pelo Conselho constitucional francês. Eis aqui a apreensão jurídica da questão. Não se pode, contudo, considerar que, de um ponto de vista político, a integração da Carta ao cerne do tratado fundador talvez, enquanto tal, mobilizador para os cidadãos que descobrem (por último) os direitos, princípios e liberdades que a “União de direitos” erige para melhor respeitá-lo *ad intra* e promovê-lo *ad extra*. Por outro lado, nada se dirá, entretanto, que passado certo lapso de tempo, a influência da espontaneidade ou, para dizê-lo diferentemente, o cunho do construtivismo não retomará as suas marcas.

## NOTAS

1 *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, assinado em Roma, em 29 de outubro de 2004, J.O. n° C 310 do 16 de dezembro de 2004. Usa-se, às vezes *Constituição europeia*, às vezes *Tratado constitucional*. Não é necessário ver na utilização diferenciada dessas expressões, nenhuma intenção particular; trata-se de uma facilidade de ordem estilística.

2 *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, proclamada em Nice em 7 de dezembro de 2000, J. O. n° C 364 do 18 de dezembro de 2000. Na prática, a Carta tomou a forma clássica de uma *Declaração comum*, assinada pela Comissão, o Parlamento Europeu e o Conselho, diferentemente de um *acordo inter-institucional*. O trabalho da Convenção que elaborou a Carta sob a direção de Roman HERZOG foi destacado bem por M. BERNARD e ALVAREZ DE EULATE, S. SALINAS ALCEGA em *Algunas reflexiones sobre la Convención para la elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, Cuadernos de la Cátedra Jean Monnet*, 2003, n° 1, p. 64.

3 A Comissão identificou muito rapidamente a existência de um *controle de compatibilidade* das propostas de atos de direito derivados da

Carta, veja a decisão da Comissão de 13 de março de 2001, SEC (2000) 380/3, sendo que Conselho fez rapidamente a menção de certos atos adotados (exemplo regulamento comunitário n° 1049/2001 de 20 de março de 2001 sobre o acesso do público aos documentos). Quanto ao Parlamento Europeu, este decidiu erigir a Carta *em lei de Assembléia*, veja a declaração de Nicole FONTAINE, *Documents d'actualité internationale*, 15 de janeiro de 2001, n° 2, p. 64.

4 Conclusões de Pascale FOMBEUR sobre o acórdão da CE, 28 de fevereiro de 2001, *Casnovas*. A Carta serviu aqui de instrumento interpretativo ao Comissário do governo para confirmar uma análise jurisprudencial interna posta pelo Conselho constitucional, em matéria de *direito ao emprego*, que não serviu a uma finalidade imposta ao legislador (Cons. const., 28 de maio de 1983, n° 83-156 DC).

5 Opinião parcialmente dissidente dos juízes BRATZA, FUHRMANN e TULKENS no processo *Fretté c. France* de 26 de fevereiro de 2002. A Carta é analisada - mais especificamente no antigo artigo 21, novo artigo II-81 sobre a *não-discriminação* - como materialização da existência de um *consenso europeu relativo à proibição de qualquer discriminação fundada sobre 'orientação sexual'*.

6 Há que se mencionar a famosa tentativa do Advogado Geral JACOBS nas suas conclusões de 21 de março de 2002 devolvidas no processo sobre a *União de Pequenos Agricultores*, seguido um tempo pelo Tribunal de primeira instância (TPI, *Jégo-Quéré*, 3 de maio de 2002, aff. T 177/01), de reformar o acesso dos particulares ao pretório comunitário.

7 CEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 11 de julho de 2002. Permitimo-nos aqui retornar à nossa análise, L. BURGORGUE-LARSEN, *La 'force de l'évocation' ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 77-104.

8 A mesma cautela está presente na jurisprudência administrativa francesa. O Conselho de Estado, num acórdão de 5 de janeiro de 2005, *Deprez*, afirmou - enquanto o requerente havia invocado em caso extremo a Carta dos direitos fundamentais: Considerando no entanto,

que, contrariamente ao que apóia o pedido n.º 257534, a Carta dos direitos fundamentais da União Européia, proclamada pelo Conselho Europeu em 7 de dezembro de 2000 e incluída num ato inter institucional publicado em 18 de dezembro de 2000 é desprovida, no estado atual do direito, de força jurídica que a una a um tratado, uma vez que se introduz na ordem jurídica interna e não figura no número de atos do direito comunitário, derivados e suscetíveis de serem invocados diante de órgãos jurisdicionais nacionais. O inciso, ainda anódino, no estado atual do direito deixa antever um futuro promissor para o texto, aventurando-se na ratificação do tratado que estabelece uma Constituição para a Europa que entrará em vigor, sem obstáculos, no horizonte 2006.

9 A Convenção européia continua a brilhar com todo seu fulgor conservando seu estatuto essencial de parâmetro de referência que ajuda o Tribunal de Justiça a identificar e a interpretar os direitos fundamentais comunitários, veja CJCE, 23 de outubro de 2003, *Margareta Scherndl*, aff. C-40/02, ponto 40; CJCE, 23 de setembro de 2003, *Akrich*, pontos 59 e 60, aff. C-109/01; CJCE, 20 de maio de 2003, *Rundfunk*, aff. jtes C-465, C-138/01 e C-130/01. Para um exemplo ainda mais característico veja CJCE, 15 de outubro de 2002, *Limburgse*, pontos 169 e 170 ou a aplicabilidade direta do artigo 6 da Convenção é reconhecido. O acórdão *KB* de 7 de janeiro de 2004 demonstra contudo que a Carta estende efeitos indiretos mas alguns na ordem jurídica comunitária através do prisma da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo que se encontra livre para evocar e utilizar a Carta como o entende (CEDH, 11 de julho de 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*).

10 Neste contexto, o Tribunal de Justiça não hesitou em aceitar que, em circunstâncias precisas, a liberdade fundamental de circulação das mercadorias passava a dar um passo à frente na liberdade de expressão e no direito de associação, CJCE, 12 de junho de 2003, *Schimdbberger*, aff. C-112/00, veja nomeadamente o ponto 77. Reportar-se-á com vantagem à crônica jurisprudencial de J. CAVALLINI, *Chronique des quatre libertés*, R.M.C.U.E., n.º 473, dezembro de 2003, p. 683. Por conseguinte, os comentá-

rios orientados para o acórdão *Schimdbberger*, C. Veja a *Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux: à la recherche d'un équilibre*, R.T.D.H., 2004, pp. 435-459; N. STOFFEL VALLOTTON, *Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales* (artigos 10 e 11 do CEDH). A propósito ver a sentença do TJCE no assunto *Schimdbberger*. República de Austria de 12 de junho de 2003, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 18, maio-agosto 2004, pp. 483-506.

11 E não dos menores. Mencionar-se-á nomeadamente o juiz Marc FISCHBACH, *Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux*, R.U.D.H., 2000, p. 7. Guy Braibant, ator privilegiado na elaboração da Carta como representante pessoal da França na *Convenção Herzog*, pode exprimir uma idéia da mesma ordem, Veja. *Conclusions*, R.U.D.H., 15 de setembro de 2000, p. 68.

12 Para análises críticas - que se distinguem contudo pela sua abordagem metodológica e sua lisura na análise jurídica - adiar-se-á à crítica caricatural (que ignora os eixos fundamentais do sistema comunitário), portador de uma visão ideológica impressa na eurofobia de G. LEBRETON, *Critique de la Charte des droits fondamentaux*, *Dalloz*, 2003, pp. 2319-2321; quer à de F. MAYER, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, R. T. D. eur., abril-junho de 2003, pp. 175-196 ou ainda de B. LEBAUT-FERRARESE, M. KARPENSCHIF, *La 'constitutionalisation' de la Charte: un acte fondamental pour l'Union européenne*, *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe* (C. PHILIP, P. SOLDATOS, dir.), Bruxelas, Bruylant, 2004, pp. 125-161, quem distinguem-se todos os por um conhecimento exaustivo do sistema comunitário, nomeadamente do tratamento em matéria de direitos fundamentais e que, a esse respeito, são capazes de desenvolver críticas relevantes sobre a Carta e sua constitucionalização.

13 Leia-se assim: *A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos direitos fundamentais que constitui a parte II*.

14 O projeto de tratado (artigo 7 §2) estava assim redigido: A União *empenha-se* em aderir à CEDH.

15 Ver os argumentos de partidários da adesão apresentados por Florence BENOIT-ROHMER, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, R.U.D.H., 15 de setembro de 2000, pp. 57-61.

16 C.GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 55-57.

17 Nesta perspectiva, raciocina-se a partir desse esquema constitucional interno que o Tribunal de Justiça não concederá, em princípio, expressamente o direito de verificar a conformidade das disposições das partes I e III do tratado constitucional com as da Carta como o faz E. BRIBOSIA, *La future Constitution: point culminant de la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, La Grande Europe, P. MAGNETTE (dir.), Bruxelas, Edições da Universidade livre de Bruxelas, 2004, pp. 202-221, spec. 207.

18 Artigo 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição.”

19 L.Burgorgue-Larsen, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe au carrefour des ambivalences, L'intégration européenne au XXI<sup>e</sup> siècle, En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 39-71.

20 Chamar-se-á igualmente a seguir a *Convenção Valéry Giscard d'Estaing* ou *Convenção II*.

21 Conv. 116/02, WG II I, **Nota do Secretariado** ao Grupo de Trabalho *Integração da Carta / adesão à CEDH*, p. 6. Seus trabalhos foram muito mais simples e menos agitados que os de outros grupos, como aqueles sobre a personalidade jurídica da União (Grupo III) ou sobre as competências complementares (Grupo V). Rapidamente, desenhou-se um consenso sobre a necessidade de conceder à Carta uma força jurídica vinculativa – elevando-a a uma fileira constitucional. No relatório final do grupo de trabalho, as opções foram reduzidas a três, apontando o dedo para a mais idônea para a maioria do grupo: a inserção no tratado. Para

uma análise circunstanciada dos trabalhos dos Convencionais relativos à Carta, ver V. MICHEL, *L'évocation conventionnelle, La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.) Bruxelas, Bruylant, 2005 (parecer na coleção do Credho).

22 Conta-se a esse respeito sete substituições deste tipo, aos artigos II-18, tornado no II-78, direito de asilo; II-21 §2, tornado II-81 §2, não discriminação; II-36, tornado II-96, acesso ao serviço de interesse econômico geral; II-41 §4, tornado II-101 §4, direito à uma boa administração; II-45 §2, tornado II-105 §2, liberdade de circulação e de estada; II-51 §2, tornado II-111 §2 âmbito de aplicação e por último II-52 §2, tornado II-112 §2, alcance e interpretação dos direitos e princípios.

23 Artigo II-16, tornado II-76, Liberdade de empresa; II-27, tornado II-87, direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa; II-28, tornado II-88, direito de negociação e de ações coletivas.

24 A adição inserida no Preâmbulo dá seguimento às pressões do governo de outre-Manche. Pode-se ler (antes da última frase do texto) que: “Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e os Estados-Membros levando-se em consideração as explicações estabelecidas sob autoridade do *Praesidium* da Convenção que elaborou a Carta.”

25 Os *Convencionais II* acrescentaram dois incisos aos §1º e 2 do artigo II-111 (ex-artigo 51) identificados em itálico: “§ 1º. As disposições da presente Carta dirigem-se às instituições, órgãos e organismos da União em respeito ao princípio de subsidiariedade, assim como aos Estados-Membros unicamente quando referem-se ao direito da União. Conseqüentemente, respeitam os direitos, observam os princípios e promovem a aplicação, em conformidade com as suas competências respectivas *e no respeito dos limites das competências da União como lhe são conferidas nas outras partes da Constituição*. § 2. *A presente Carta não estende o âmbito de aplicação do direito da União para além das competências da União, nem cria nenhuma competência, nem nenhuma tarefa novas para a União e não altera as competências*

e tarefas definidas nas outras partes da Constituição”. Sobre as relações complexas entre competências e direitos fundamentais, adiar-se-á às propostas de O. de SCHUTTER, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the open method of coordination”, *The Jean Monnet Program, NYU School of Law*, 2004, 42 p. e às análises de J.-P. JACQUÉ, *Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne, Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelas, Bruylant, 2004, pp. 1007-1028.

26 Os *Convencionais II* acrescentaram três parágrafos nos §§ 4, 5 e 6 do artigo II-112 (ex-artigo II-52). Lêem-se assim: “§4. Na medida em que a presente Carta reconhece os direitos fundamentais como resultado das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, estes direitos devem ser interpretados em harmonia com as referidas tradições. §5. As disposições da presente Carta que contêm princípios podem ser acionadas por atos legislativos e executivos indicados pelas instituições e órgãos da União, e por atos dos Estados-Membros quando se referem ao direito da União, no exercício das suas competências respectivas. A sua invocação na frente do juiz é admitida apenas para a interpretação e o controle da legalidade de tais atos. §6. As legislações e práticas nacionais devem ser levadas plenamente em conta como aparecem referidas na presente Carta”.

27 Uma leitura atenta das explicações destaca a sua *atualização* pela adição de referências recentes (isto é, que apareceram entre dezembro de 2000 e julho de 2003), relativas tanto à jurisprudência quanto à legislação comunitária.

28 O Projeto do tratado estabelecendo uma Constituição para a Europa e adotado por consenso pela Convenção europeia em 13 de junho e 10 de julho de 2003 foi entregue ao Presidente do Conselho europeu em Roma em 18 de julho de 2003.

29 Os artigos da Carta proclamada e numerados de 1 à 54 receberam nova numeração para se consignar a sua integração na IIª parte do tratado. Os artigos da Carta integrada passaram a ser os artigos II-61 à II-114.

30 A adição é indicada em itálico: “Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos ju-

risdicionais da União e dos Estados-Membros levando-se em consideração as explicações estabelecidas sob a autoridade do *Praesidium* da Convenção que elaborou a Carta e a atualizou sob a autoridade do *Praesidium* da Convenção europeia”.

31 §7 do artigo II-112: *As explicações elaboradas para guiar a interpretação da Carta dos direitos fundamentais são levadas devidamente em consideração pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros.*

32 Sobre a integração diferenciada que, na sua forma construtiva, toma o andamento das *cooperações reforçadas* e, na sua forma negativa, a de disposições de *opting out*, ver nossa análise, *Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out, Mélanges en hommage à Guy Isaac, Cinquante ans de droit communautaire*, Tomo I, Toulouse, Presses de l’Université des Sciences sociales, 2004, pp. 121-136 ou ainda, A. PRAT, *La différenciation, réponse au grand nombre d’Etats membres?, L’intégration européenne au XXI<sup>e</sup> siècle, op. cit.*, pp. 73-97.

33 M. POIARES MADURO, *The double constitutional life of the Charter of fundamental Rights, Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional* (Journées d’études des 7 et 8 novembre 2002), N. FERNÁNDEZ SOLA (dir.), Zaragoza, Dykinson, 2004, p. 287.

34 Reportar-se à *Chronique de jurisprudence européenne comparée* surgida desde o ano 2000 com o *Rd. pub.* para seguir a história das interações orgânicas e materiais entre as diferentes ordens jurídicas da escala europeia.

35 De acordo com a prática que consistiu em - a partir do acórdão do CJCE de 28 de outubro de 1975, *Rutili*, aff. 36/75 - erigir a Convenção europeia dos direitos do homem numa referência dotada de um *significado específico*.

36 Carta, 4139/00 e Carta, 4178/00.

37 R. ALONSO GARCÍA, *The General provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Law Journal*, Vol. 8, Issue 4, dezembro 2002, pp. 497-507.

38 O representante pessoal da França na primeira Convenção pôde mesmo escrever que *No espírito dos compromissos que tem dominado a elaboração da Carta, artigo 52 § 3, flanqueado*

de sua 'explicação', está sem dúvida o preço a pagar para conduzir um consenso sobre o conjunto do texto, G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 266.

39 Ver a minuta do artigo II-113 e o comentário de L. AZOULAI, em L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, Volume 2, Bruxelas, Bruylant, 2005.

40 J. Dutheil de la Rochère, *La France et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, A.F.R.I., 2001, pp. 478-492.

41P. DRZEMCZEWSKI, *The Council of Europe's position with respect to the EU Charter of Fundamental Rights*, *Human Rights Law Journal*, 31 de outubro de 2001, pp. 14-31, spéc. pp. 24-26.

42 T. Goldsmith, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, *Common Market Law Review*, 2001 (38), p. 1201.

43 Lê-se assim: *Neste contexto, a carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-membros levando devidamente em consideração as explicações estabelecidas sob a autoridade do Praesidium da Convenção que elaborou a Carta.*

44 Lá está inserido o inciso ... e atualizados sob a responsabilidade do praesidium da Convenção europeia.

45 Conv. 354/02, p. 10 e frase introdutória da *Declaração concernentes às explicações relativas à Carta dos direitos fundamentais* anexada no tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, CIG 87/04 ADD 2 REV 2, p. 15. Leia esta frase assim: "As explicações que figuram a seguir têm sido estabelecidas inicialmente sob a responsabilidade do praesidium da Convenção que elaborou a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Foram atualizadas sob a responsabilidade do praesidium da Convenção Europeia, tendo em conta as adaptações trazidas ao texto da Carta pela referida Convenção (nomeadamente artigo II-111 e II-112) e a evolução do direito da União. Embora estas explicações não tenham em si valor jurídico, constituem um instrumento de interpretação precioso destinado a esclarecer as disposições da Carta" (Caracteres itálicos acrescentados).

46 Convenção de Viena sobre o direito de tratados de 23 de maio de 1969, artigo 31 - Regra geral de interpretação: "§1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé de acordo com o sentido comum atribuído aos termos do tratado no seu contexto em face ao seu objeto e o seu objetivo. §2. Para fins de interpretação de um tratado, o contexto compreende, para além do texto, o preâmbulo e anexos incluídos:

a) *Qualquer acordo que tenha alguma relação com o tratado e que intervier sobre as Partes por ocasião da conclusão do tratado;* b) *Qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias Partes por ocasião da conclusão do tratado e aceito pelas outras Partes enquanto instrumento que tenha relação com o tratado".*

47 P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002 (7<sup>o</sup> éd.), p. 261.

48 É importante sublinhar aqui que se poderia assimilar as explicações aos trabalhos preparatórios da Carta, cujo artigo 32 da Convenção de Viena estabelece que *constituem meios complementares de interpretação*. É o que faz, por exemplo, Javier ROLDÁN BARBERO em *La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n<sup>o</sup> 16, setembro-dezembro de 2003, pp. 943-991, spec. p. 964. Ora, convém considerar, nesta perspectiva analítica, que se trata, apenas, de uma *síntese de trabalhos preparatórios*. As explicações têm sido o objeto de numerosas discussões e compromissos que, como tal, não são visíveis em uma única leitura. Não se pode, portanto, assimilá-las *em extenso* aos trabalhos preparatórios da Carta, porque se constituiria, particularmente, apenas em uma redução.

49 No âmbito do artigo 54, da Constituição francesa (4 de outubro de 1958) para o Conselho Constitucional e no âmbito do artigo 95 § 2 da Constituição espanhola (27 de dezembro de 1978) para o Tribunal Constitucional.

50 Cons., 19 novembro de 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, n<sup>o</sup> 2004-505 DC.

51 Declaração n<sup>o</sup> 1/2004 de 13 de dezembro, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (DTC 1/2004). Na Espanha,

o Tribunal Constitucional apenas pronunciou-se duas vezes no âmbito do aprofundamento da integração europeia. Em 1992, por ocasião do procedimento de autorização da ratificação do Tratado sobre a União Europeia (Declaração nº 1/1992 de 1º julho, *Tratado sobre la Unión Europea* (DTC 1/1992) e, em 2004, para o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

52 Na França, o recurso não é limitado só a uma parte do tratado internacional sujeito ao controle de conformidade. É na integralidade do instrumento internacional que se processa o crivo do exame do juiz constitucional. É necessário, contudo, assinalar na presente fase, um inciso inovador no oitavo considerando da decisão nº 2005-505 DC: "... que todavia são subcontratadas ao controle de conformidade com Constituição das estipulações do tratado que retomam o compromisso anteriormente subscritos pela França". Na Espanha, tal não é a prática. Tem-se respeito à última declaração de 13 dezembro de 2004 (que foi devolvida após o parecer consultivo do Conselho de Estado espanhol de 21 de outubro de 2004) -, três foram as disposições do tratado examinadas pelo Tribunal: os artigos I-6, II-111 e II-112. Além disso, o Conselho de Ministros, no seu recurso, pediu ao Tribunal que se pronunciasse sobre a questão de saber se o artigo 93 da Constituição espanhola seria suficiente para integrar, na ordem jurídica espanhola, o tratado constitucional ou se seria necessário, ao contrário, proceder à uma revisão da Constituição.

53 Artigo I-6: "A Constituição e o direito adotados pelas instituições da União, no exercício das competências que lhes são atribuídas, primam o direito dos Estados-Membros". Este deve ser lido de maneira conjugada com a declaração nº 1 que considera que as disposições do artigo I-6 "refletem a jurisprudência existente no Tribunal de Justiça". Deve-se esta precisão, uma vez mais, ao governo britânico que quis, por tal referência à jurisprudência do CJCE, evitar que a primazia não fosse aplicada aos IIº e IIIº pilares – do quais se sabe, em aparência pelo menos, incompatíveis com a nova arquitetura da União Europeia. Ver a intervenção de Jean-Paul JACQUÉ à Mesa Redonda em 29 de janeiro de

2005 organizada pelos promotores do *Anuário de direito europeu* em 29 de janeiro de 2005 na Universidade Paris II Panthéon Assas (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. BLUMANN, H. GAUDIN, F. PICOD) e P. CASSIA, *L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes, Europe*, dezembro de 2004, pp. 6-9, spec. p. 6.

54 O professor Frédéric SUDRE, por ocasião da Mesa Redonda de 29 de janeiro de 2005 criticou com veemência o fato de o Conselho atribuir um *peso exorbitante* às explicações.

55 Cons. const., 19 de novembro de 2004, cons. 17.: Considerando, em terceiro lugar, que nos termos do seu preâmbulo, 'a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros levando-se, devidamente, em consideração as explicações sob a autoridade do *Praesidium* da Convenção que elaborou a Carta'; que o parágrafo 7 do artigo II-112 do tratado dispõe que: 'as explicações elaboradas para guiar a interpretação da Carta dos direitos fundamentais são levadas devidamente em consideração pelo órgão jurisdicional da União e dos Estados-Membros'".

56 Efetivamente, a passagem citada corresponde ao texto do *projeto* do tratado tal como foi estabelecido sob a presidência Valéry Giscard d'Estaing! E deve-se omitir a menção no fim da frase acrescida a pedido dos Britânicos por ocasião da CIG: "... e atualizados sob a responsabilidade do *praesidium* da Convenção europeia".

57 Leia-se assim: "A França é uma república indivisível, laica, democrática e social. Ela assegura a igualdade frente à lei de todos os cidadãos sem distinção de origem, de raça ou religião. Respeita todas as crenças".

58 Cons. const., 19 novembro 2004, cons. 18. Prossegue-se assim: "que ele encontra-se sujeito às mesmas restrições, preservando nomeadamente à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e a moral pública, assim como à proteção dos direitos e liberdades; que o artigo 9, da Convenção, constantemente foi aplicado pelo Tribunal europeu dos direitos do homem e, por último pela sua decisão acima referida, em harmonia com a tradição constitucional de cada Estado-Membro; que o Tribunal assim levou em conta o valor do princípio de laicidade

reconhecido por pelas várias tradições constitucionais nacionais e que deixa aos Estados uma larga margem de apreciação para definir as medidas mais adequadas, considerando-se suas tradições nacionais, a fim de conciliar a liberdade de culto com o princípio de laicidade”. A respeito desta *decisão acima referida*, duas observações impõem-se. Em primeiro lugar, o acórdão do Tribunal europeu mencionado pelo Conselho constitucional está nos *vistos* da decisão e não nas suas *normas de referências*. Não obstante esta precisão que tem sua importância sob o ponto de vista da técnica de controle de constitucionalidade, é necessário aqui constatar que o Conselho terminou por embarcar sobre o seu modo de interpretação do texto constitucional francês. Muito tempo afastada *do bloco de constitucionalidade* no qual a Declaração de 1789 brilha com todo fulgor, ela jamais quis efetivar sua influência na Convenção europeia dos direitos do homem e na jurisprudência do Tribunal, ainda que sua jurisprudência trouxesse materialmente vestígios. Neste contexto, a menção de um acórdão do Tribunal de Estrasburgo nos *vistos* e a sua *discussão* em meio a sua decisão é uma *pequena revolução* no universo constitucional francês. É contudo prejudicial que esta mudança de perspectiva tenha se constituído sobre uma diligência bastante irreverente... porque o acórdão *Leyla Sahin c. Turquia*, de 29 de junho de 2004, mencionado nos *vistos*, tornou-se objeto de um envio à frente da Grande Câmara de dezessete juízes, envio conhecido do Conselho constitucional! O princípio de precaução jurídico teria querido escolher outro acórdão - emblemático na concepção da laicidade que o Tribunal propõe-se a veicular - um acórdão definitivo e não um acórdão fantasma que, porque é reenviado à Grande Câmara, não existe juridicamente... e pode perfeitamente não ser firmado!

59 Cons. const., 19 de novembro de 2004, cons. 19. Prossegue-se assim: “que assim, o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa e o público durante a totalidade ou uma parte do processo no interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada que as partes do processo exigem, ou na medida julgada estrita-

mente necessário pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a natureza da publicidade viesse a prejudicar os interesses da justiça”.

60 Leia-se assim: “as normas relativas aos direitos fundamentais e as liberdades que reconhecem a Constituição serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos tratados e acordos internacionais relativos às mesmas matérias ratificados pela Espanha”. A Espanha é, com Portugal e a Romênia, um Estado que na Europa organiza a interpretação pelos juízes constitucionais, normas constitucionais face ao direito internacional dos direitos do homem no espaço que a Convenção europeia ganhou um lugar singular. Ver L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 2003, pp. 57-75, lição nº 3 *Le juge constitutionnel applique-t-il la Convention européenne des droits de l’homme?*; do mesmo modo, *L’autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l’homme*, *Revue Belge de Droit constitutionnel* 2001-1, pp. 31-64. Para descobrir a riqueza e os matizes da jurisprudência espanhola em matéria comunitária, reportar-se-á com proveito ao trabalho de R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, 339 p.

61 Fundamento jurídico nº 6: “La duda, por tanto, es si la inevitable extensión de los criterios de interpretación de la Carta va más allá de los contornos definidos por el artículo II-111 es o no compatible con el régimen de derechos y libertades garantizados por la Constitución. En otras palabras, si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento”. A tradução feita aqui (para o espanhol) é nossa e não tem nenhum caráter oficial.

62 E recordar que os tratados e acordos internacionais visados nesta disposição constitucional “constituem importantes critérios herme-

nêuticos do sentido e do alcance dos direitos e liberdades que a Constituição reconhece, de modo que convenha tomá-lo em consideração afim de ‘corroborar com o sentido e o alcance do direito fundamental específico que reconheceu a Constituição espanhola’ (STC 292/2000 de 30 de novembro, FJ nº 8 com uma referência, precisamente, à Carta Nice, igualmente STC 53/2002 de 27 de fevereiro, FJ nº 3 b)”. O juiz constitucional espanhol faz aqui referência à duas importantes decisões nas quais está expressamente mencionada a Carta dos direitos fundamentais da União Européia, nomeadamente para a primeira decisão, enquanto que ainda oficialmente não foi proclamada.. Ver. C. LÓPEZ-JURADO, A. SEGURA SERRANO, *La aplicación judicial del derecho comunitario en España durante 2002, Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 15, Mayo-Agosto 2003, p. 810.

63 Fundamento jurídico nº 6: “El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrinal constitucional (sobre la base de art. 10 §2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las ‘explicaciones’ que, como vía interpretativa, se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio Europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9 § 2 determina en términos imperativos que ‘la Unión se adherirá el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales’”.

64 A expressão é a do professor Joël RIDEAU nas suas conclusões pronunciadas por ocasião da Mesa Redonda de 29 de janeiro de 2005, e consagrada na decisão do Conselho constitucional de 19 de novembro de 2004.

65 Leia-se assim: “A União é fundada sobre os valores de respeito à dignidade humana, de liberdade, de democracia, de igualdade, do Estado de direito, *assim como de respeito dos di-*

*reitos do homem*, incluídas as pessoas que pertencem à minorias. *Estes valores são comuns aos Estados-Membros* numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, pela não discriminação, pela tolerância, pela justiça, pela solidariedade e pela igualdade entre as mulheres e os homens” (Acrescidos com caracteres itálicos).

66 Artigo II-111 – No âmbito da aplicação: “As disposições da presente Carta dirigem-se às instituições, órgãos e organismos da União no que diz respeito ao princípio de subsidiariedade, assim como, aos Estados-Membros unicamente quando acionam o direito da União. Consequentemente, respeitam os direitos, *observam os princípios e promovem a aplicação*, em conformidade com as suas competências respectivas e no respeito dos limites das competências da União como são-lhe conferidas nas outras partes da Convenção” (Acrescidos com caracteres itálicos).

67 G. BRAIBANT, *Conclusions, R.U.D.H.*, 15 setembro 2000, p. 68.

68 Cons. const., 19 de janeiro de 1995, *Loi relative à la diversité de l’habitat*, nº 94-359 DC, *Rec.*, p. 176, *R.J.C.*, p. 1-630; Cons. const., 29 de julho de 1998, *Loi d’orientation relative à la lutte contre les exclusions*, nº 98-403 DC, *Rec.*, p. 276, *J.O.*, 31 de julho de 1998, p. 11710, Ver. W. SABETE, *A la fin de ce siècle, les droits des pauvres sont-ils toujours de pauvres droits?*, *Dalloz*, 1999, p. 269. et E.-P. Guiselin, *L’accès à un logement décent et le droit de propriété: ni vainqueur ni vaincu, Les petites affiches*, (2000) 51, 13 mars 2000, p. 6.

69 *Contribution sur les droits sociaux*, Charte 4280/00, *Contrib.* 153, 2 de maio de 2000. Para apreender a noção em direito francês, Ver: A. Levade, *L’objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable, Mélanges en l’honneur de Pierre Pactet, L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs*, Paris, *Dalloz*, 2003, pp. 687-702.

70 F. Loncle, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union, Les documents d’information de l’Assemblée nationale*, nº 2616, 5 octobre 2000, 94 p, spec. p. 20.

71 Cons. const., 19 de novembro de 2004, cons. 15: “Considerando, em primeiro lugar, que em virtude do artigo II-111 do tratado e à exceção

dos artigos II-101 à II-104, os quais se referem apenas ‘às instituições, órgãos e organismos da União’, a Carta dirige-se aos Estados-Membros ‘quando utilizam o direito da União’ e unicamente neste caso; que ela não incide nas competências da União; que em virtude do parágrafo 5 do artigo II-112, comporta, ao contrário dos ‘direitos’ diretamente invocáveis aos órgãos jurisdicionais, ‘princípios’ que constituem objetivos que não podem ser invocados em oposição aos atos de alcance geral relativos à sua utilização”.

72 Como o representante espanhol na primeira Convenção A. RODRÍGUEZ BEREJO, *op. cit.*, pp. 11-36.

73 G. DE BURCA, *The drafting of the European Union Charter of Fundamental rights*, *European Law Journal*, 2001, pp. 126-138; J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *La place de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne dans la Constitution européenne*, *Constitution européenne, démocratie et droit de l’homme*, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, G. COHEN- JONATHAN (dir.), Bruxelas, Bruylant, 2003, p. 238.

74 F. ALDECOA LUZÁRRAGA, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Biblioteca nueva, Real Instituto Elcano, 2004, p. 69.

75 Artigo I- 14 - Os domínios de competência compartilhada: “§2. As competências compartilhadas entre a União e os Estados-Membros são aplicáveis principalmente aos seguintes domínios: .../...; b) A política social, para os aspectos definidos na parte III”.

76 Artigo III-210 §5: “As leis e as disposições legais europeias adotadas em virtude do presente artigo: a) não levam em consideração a faculdade reconhecida aos Estados-Membros de definir os princípios fundamentais de seu sistema de segurança social e não devem afetar sensivelmente o equilibra financeiro; b) não podem impedir a um Estado-Membro de manter ou estabelecer medidas de proteção mais estritamente compatíveis com a Constituição”.

77 É preciso lê-lo cuidadosamente. Artigo I-3 - Os objetivos da União: “... §3. A União abre-se para o desenvolvimento duradouro da Europa fundado sobre um crescimento econômico equilibrado e sobre a estabilidade dos preços, *uma economia social de mercado* altamente competitiva, *que busque* o pleno emprego e o *progresso social*, e *um nível elevado de proteção e melhoria da qualidade ambiental*. Promove o progresso científico e técnico. Combate a *exclusão social e as discriminações*, e *promove a justiça e a proteção sociais*, a igualdade entre as mulheres e os homens, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança” (Acrescidos com caracteres itálicos).

78 Explicações do artigo II-86: “O princípio contido neste artigo baseia-se no artigo 15 da Carta social europeia e inspira-se igualmente no ponto 26 da Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores” (Acrescidos com caracteres itálicos).

79 Explicações do §1 do artigo II-94: “O princípio enunciado no § 1 do artigo II-94 é fundado sobre os artigos 137 e 140 do Tratado CE, doravante substituídos pelos artigos III-210 e III-213 da Constituição, assim como sobre o artigo 12 da Carta social europeia e sobre o ponto 10 da Carta comunitária dos direitos dos trabalhadores” (Caracteres itálicos acrescentados).

80 Explicações do artigo II-97: “O princípio contido neste artigo foi fundado sobre os artigos 2, 6 e 174 do Tratado CE, que doravante são substituídos pelo artigo I-3 § 3 e os artigos III-119 e III-233 da Constituição. Inspira-se igualmente em certas disposições de constituições nacionais” (Caracteres itálicos acrescentados).

81 Explicações do artigo II-95: “Os princípios contidos neste artigo são fundados sobre o artigo 152 do Tratado CE substituído doravante pelo artigo III-278 da Constituição, assim como sobre os artigos 11 e 13 da Carta social europeia. A segunda frase do artigo reproduz o artigo III-278 § 1” (Caracteres itálicos acrescentados).

82 Explicações do artigo II-96: “Este artigo está plenamente conforme o artigo III-122 da Cons-

tuição e não cria direito novo. *Põe apenas o princípio do respeito pela União* do acesso ao serviço de interesse econômico geral como está previsto nas disposições nacionais, dado que estas disposições são compatíveis com o direito da União” (Caracteres itálicos acrescentados).

83 Explicações do artigo II-98: “O princípio contido neste artigo foi fundado sobre o artigo 153 do Tratado CE, doravante substituído pelo artigo III-235 da Constituição” (Caracteres itálicos acrescentados).

84 Conclusões de 18 de fevereiro de 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c. Secretary of State for Trade and Industry*, aff. C-173/99.

85 CJCE, 26 de junho de 2001, *BECTU*, aff. C-173/99, ponto 43. “Ele resulta de o que precede que o direito à licença anual paga de cada trabalhador deve ser considerado como um princípio do direito social comunitário que reveste uma importância específica, ao qual não saberia ser derogado e cujo a aposta imposta pelas autoridades nacionais competentes pode ser efetuada apenas nos limites expressamente enunciados pela diretiva 93/104 própria”.

86 O advérbio *nomeadamente* - cujo Conselho gasta e abusa ao longo de toda a sua decisão - é revelador.

87 O. de SCHUTTER, *Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux*, O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.). *Une Constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 113.

88 Conv. 28/03, 9 julho de 2003, p. 51 e explicação do parágrafo 5 do artigo II-112.

89 O. de Schutter, *op. cit.*, pp. 113-114.

90 A explicação do artigo II-94 §1º (Segurança social e ajuda social) demonstra-o magistralmente: “A referência à serviços sociais visa os casos nos quais de tais serviços foram instaurados para assegurar certas prestações, mas não implicam de modo algum que tais serviços devam ser criados quando não existe”.

91 TPICE, 11 de setembro de 2002, *Pfizer Animal Health s.a. c. Conseil de l'Union*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, ver pontos 114 e 125.