

A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais em um Sistema Federativo Multinível – o princípio da lealdade como medida de eficácia

Horizontal effectiveness of fundamental rights in a federal system Multi-level-
the principle of loyalty as a measure of effectiveness

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa^{**}

RESUMO

A integração cada vez maior da sociedade mundial traz à tona problemas e situações que ultrapassam as fronteiras dos territórios estatais, mormente no que tange ao trato dos direitos humanos. Diante disso, o presente artigo se propõe a analisar a eficácia dos direitos fundamentais em um sistema federativo multinível, como é o caso da União Européia. Para tanto veremos dinâmica das relações de Direito Comunitário à luz do transconstitucionalismo de Marcelo Neves em um primeiro momento, posteriormente visualizaremos os problemas contemporâneos do constitucionalismo europeu, segundo a visão de Alessandra Silveira. Dentre os questionamentos levantados, encontra-se a efetivação dos direitos fundamentais em um sistema federativo multinível, cuja análise será feita no terceiro e último capítulo.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; União Européia.

ABSTRACT

The increasing integration of the world society brings up problems and situations that go beyond the borders of the State territories, especially with regard to the treatment of human rights. Given this, this article aims to analysis the effectiveness of fundamental rights in a federal system multilevel, as is the case with the European Union. To this end we will see dynamic relations in the light of Community law Marcelo Neves transconstitucionalism at first, then visualize the contemporary problems of European constitutionalism, according to Alessandra vision Silveira. Among the questions raised, is the execution of fundamental rights in a federal system, whose analysis will be made multilevel in the third and final chapter.

Keywords: Human Rights; Fundamental Rights; European Union.

INTRODUÇÃO

^{**} Professora da Universidade Federal da Paraíba. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba e Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba.

A globalização e o conseqüente aumento do intercâmbio bens, serviços e entre pessoas de países, culturas e costumes dos mais diversos traz consigo uma série de questionamentos do ponto de vista jurídico e social. Todos os dias, pessoas vivenciam circunstâncias transnacionais das mais diversas ordens. A integração cada vez maior da sociedade mundial traz à tona problemas e situações multiconectadas, que ultrapassam as fronteiras dos territórios estatais. Mais que isso, questões constitucionais de um ordenamento jurídico estatal podem interessar a outros ordenamentos jurídicos distintos, porém submetidos ao mesmo código binário (lícito/ilícito), como o sistema internacional de proteção aos direitos humanos ou um sistema supranacional, como o verificado na União Européia.

Diante disso, o presente artigo se propõe a analisar a eficácia dos direitos fundamentais em um sistema federativo multinível, como é o caso da União Européia. Para tanto veremos dinâmica das relações de Direito Comunitário à luz do transconstitucionalismo de Marcelo Neves em um primeiro momento, posteriormente visualizaremos os problemas contemporâneos do constitucionalismo europeu, segundo a visão de Alessandra Silveira. Dentre os questionamentos levantados, encontra-se a efetivação dos direitos fundamentais em um sistema federativo multinível, cuja análise será feita no terceiro e último capítulo.

1 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS - O SISTEMA EUROPEU

O artigo tem por objeto principal a análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sistema jurídico da União Européia. Contudo, dadas as peculiaridades que envolvem a questão, notadamente por se tratar de aplicabilidade de normas constitucionais em um “sistema multinível”, como bem define Alessandra Silveira (2010), essa análise não pode deixar de trilhar os caminhos dos conceitos e níveis de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas trazidos por Marcelo Neves (2009), o que passamos a fazer.

O autor supracitado afirma, em síntese, que com o crescente processo de integração da sociedade mundial, os problemas constitucionais não são mais passíveis apenas de uma única análise, aquela feita no interior de uma ordem jurídica estatal. A dinâmica dessa sociedade multifacetada nos apresenta hoje os desafios de um direito constitucional que

ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e interessa hodiernamente, de maneira simultânea, a outras ordens jurídicas, inclusive não estatais.

Diante disso, Neves introduz o conceito de transconstitucionalismo nos seguintes termos:

Em face dessa situação, introduzo o conceito de transconstitucionalismo. Não se trata, portanto, de um constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de solução (2009, p. XXI-XXII).

Entre os sistemas, como forma de integração, existem, segundo a tese levantada, racionalidades transversais parciais ou pontes de transição, cuja forma de expressão varia conforme o nível de integração. Razão transversal é a compreensão de que há diversas categorias racionais que ultrapassam diversos campos do saber, a exemplo dos conceitos de justiça e propriedade. A finalidade desse conceito é facilitar o diálogo entre os campos, ordens e categorias.

Considerando a sociedade mundial cada vez mais conectada, em um mesmo sistema funcional, qual seja, o direito, Neves afirma que há uma proliferação de “ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, ‘lícito/ilícito’, mas com diversos programas e critérios” (2009, p. 115). Continua dizendo que há “uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica)”. (2009, p.116)

Verifica-se, portanto, na sociedade mundial, uma diferenciação entre ordens jurídicas distintas. Tal diferenciação pode ser observada tanto entre ordens jurídicas estatais¹, como também entre níveis de integração entre a ordem jurídica interna dos Estados e demais sistemas globais, como a ordem jurídica regional, internacional, supranacional e transnacional.

Essa multiplicidade de ordens jurídicas dentro de um mesmo sistema funcional, o direito, não implica isolamento. Muito pelo contrário, a dinâmica das relações internacionais

¹Nossos vizinhos do Mercosul, por exemplo, subordinam ao mesmo sistema binário, lícito/ilícito, estruturas diferenciadas. Basta citar, a título de ilustração a regra de conexão utilizada para definir a sede jurídica em matéria de contratos. Enquanto o Brasil utiliza como elemento de conexão o local da celebração (art. 9º da LICC), segundo afirma Nádia Araújo, “Argentina, Uruguai e Paraguai adotam o critério da lei do lugar da execução, conforme os Tratados de Montevideu” (2011, p. 416).

impõe que haja comunicação entre elas, o que Neves denominou de relações de “*input/output* e de interpenetração” (2009, p. 116). Cita como exemplo o mecanismo de incorporação dos tratados internacionais mediante ratificação e, na relação entre ordens jurídicas estatais, os mecanismos de *re-entry* desenvolvidos pelo Direito Internacional Privado.

A comunicação entre ordens jurídicas, como dissemos, ocorre através de mecanismos denominados pelo autor de pontes de transição. Esses mecanismos não são recentes, mas as formas como eles se manifestam se inovam a cada momento, de modo que atualmente, seus modos de atuação, sejam formais ou informais, entre entes públicos ou privados, têm se multiplicado. Em grande parte, notadamente quando consideramos nosso objeto de estudo, as pontes são construídas diretamente a partir de seus centros de poder. Concordamos com Neves quando ele aponta esses centros como sendo os juízes e tribunais estatais (2009, p. 116).

Podemos visualizar aqui um fenômeno extremamente importante. O constitucionalismo tradicional, vinculado originariamente à coletividade estatal, surgiu para solucionar dois problemas: garantir o exercício dos direitos fundamentais e o controle político do Estado. Todavia, esses questionamentos eram voltados tradicionalmente para o ordenamento interno. Ocorre que os problemas constitucionais hoje ultrapassam fronteiras. Segundo Neves, “os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas” (2009, p. 121). É nesse contexto que se enquadra o transconstitucionalismo.

O mesmo problema de direitos fundamentais pode se apresentar perante vários níveis de relacionamento entre ordens jurídicas, níveis que já mencionamos anteriormente e dentre os quais se encontram, no contexto da União Européia, os conflitos entre a norma jurídica estatal e a norma supranacional.

Com efeito, no que tange ao constitucionalismo europeu, podemos observar uma situação bastante peculiar. Marcelo Neves afirma que:

Se restringirmos ao conceito de supranacionalidade para uma organização fundada em tratado que atribui, para seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal, de validade e força vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, podemos afirmar que a União Europeia constitui a única experiência de supranacionalismo (2009, p. 152)

Neves assevera que o tratado constitucional da União Europeia e suas eventuais transformações ainda dependem, obviamente, de ratificação por aqueles aos quais incidem,

mas uma vez ratificados, as normas e decisões deles decorrentes vinculam imediatamente todos os jurisdicionados (2009, p. 152). A dinâmica do mecanismo seria relativamente simples se não estivéssemos lidando com soberanias estatais, como no quadro que se desenha.

O que queremos dizer com isso é que, no *modus operandi* do transconstitucionalismo no sistema supranacional, a partir das pontes de transição estabelecidas, que, na nossa leitura, essas pontes se revelam a partir da assinatura do tratado constitutivo, podemos visualizar órgãos supranacionais, normas e decisões derivadas aos quais os cidadãos, agentes estatais e demais atores que figuram no território europeu se obrigam de imediato. Todavia, como lidamos com Estados soberanos, a partir do momento em que o ente estatal discorde do que foi posto, ele pode denunciar o tratado, romper os laços e destruir as pontes estabelecidas.

As pontes são erguidas pelos tratados, mas precisam de constante manutenção para evitar fissuras e se manterem de pé. Diante de possíveis conflitos, há de existir algum mecanismo de coesão e fortaleza do sistema.

2 PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS NO CONSTITUCIONALISMO EUROPEU

Podemos dizer que a sociedade mundial está, hodiernamente, vinculada ao conceito de hipercomplexidade. A hipercomplexidade, segundo Krupp da Luz, está intimamente ligada ao conceito de globalização. Esta se caracteriza principalmente pela elevada dinamicidade de informações, tecnologias e afins, o que demanda rápida resposta epistemológica, que corresponda a sua temporalidade e sofisticação (2009, p. 50).

[...]Para a redução da hipercomplexidade da sociedade, é necessária a introdução de novos conceitos, como o de policomplexidade.

A policomplexidade é a introdução da pluralidade operativa dos sistemas sociais por meio do *re-entry* de códigos binários. É uma forma de operação a partir da contextura, isto é, de possibilidades que transcendem a binariedade comum entre o público e o privado; Estado/nação; fronteira/soberania etc. proporcionando o surgimento de formas imperativas que desempenham determinada função sistêmica na sociedade. A distinção hierárquica tradicional da legislação (política) e a aplicação (jurídica) cedem lugar a uma multiplicidade hierárquica de ordens jurídicas estruturalmente atreladas a outros sistemas sociais. (LUZ, 2009, p. 13)

O conceito de policomplexidade aplicado a um sistema federativomultinível como o da União Européia nos apresenta algumas peculiaridades e pontos sensíveis, ao ponto de Alessandra Silveira (2010) questionar acerca de possíveis crises no constitucionalismo europeu. É sobreisso que discorreremos neste capítulo.

2.1 O princípio da lealdade como razão de eficácia

Em seu texto “União Européia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo), Alessandra Silveira (2010, p. 11), faz uso da figura mitológica para demonstrar o quão limitada é uma visão unilateral. Em sua análise, por contar com apenas um olho, o gigante Polifemo não conseguia enxergar os lados de determinada situação. Essa carência cognitiva conduzia a uma incapacidade de perceber o outro, obedecer leis, reconhecer outro lado que não o dele, o que só é dado a pessoas que vêm com ambos os olhos. Estes sim são capazes de interagir com os demais, negociar e resolver juntos os problemas em comum.

Na história mitológica, apesar de imensamente maior e mais forte que os demais, Polifemo, com sua visão unilateral, não foi páreo para o trabalho comunitário de Ulisses e seus companheiros. Simbolicamente, temos a unilateralidade face a multilateralidade. Aquela representando uma visão limitada e fragilizada pelas barreiras a que se impõe; enquanto esta última se fortalece pelo conjunto. Segundo Silveira:

Tal simbologia nos conduz à problemática da organização jurídica em sistemas federativos/Multinível – como é o caso da União Européia –, cujo funcionamento se caracteriza em maior ou menor grau, pela complementaridade, interdependência e interação – e nunca pela unilateralidade redutora. (2010, p. 11)

Com efeito, nos dias atuais, o isolamento de um Estado face aos demais nenhuma vantagem lhe traria. Muito pelo contrário, ainda que gigante seja, o país se tornaria enfraquecido perante as constantes crises na ordem econômica internacional e diante dos blocos que se emergem. Em conjunto, cooperando uns com os outros, os entes estatais pode se unir em torno de objetivos comuns. A funcionalidade, complementaridade, interdependência e interação entre os países que compõem a União Européia pode ser representado pelo quadro de Damián Ortega logo abaixo:



Damián Ortega - "Cosmic Thing", 2002 - Disassembled 1989 Volkswagen Beetle, 265 x 276 x 296 inches
The Museum of Contemporary Art, Los Angeles

Figura 1

Unidos, constituem o automóvel, separados, continuam a existir como peças autônomas, mas não mais com a mesma força. As peças isoladas não são suficientes para desempenhar as funções que exercem juntas. Ao mesmo tempo, para o conjunto do carro operar com toda a sua potência, todas as peças devem estar bem ajustadas. Se uma quebra, o todo se prejudica. Por menor que seja sua participação no funcionamento do automóvel, as peças devem estar em sintonia. A manutenção também deve ser constante.

Fazendo um paralelo com a União Européia, os países reunidos em cooperação têm uma funcionalidade que sozinhos não conseguiriam alcançar. Existem isoladamente como Estados soberanos, mas optaram por atuar em sintonia, de maneira interdependente e, aparentemente, harmônica, porque se fortalecem pelo conjunto.

Devemos ressaltar, mais uma vez, que lidamos com Estados dos soberanos, de modo que a união não deve ser imposta, mas consentida. É certo que as vezes o consentimento é construído em meio a crises e necessidades, mas, de qualquer modo, sempre há a possibilidade de recusa, ainda que com potenciais consequências nefastas, notadamente para a economia do país.

Nesse sentido, concordamos com Alessandra Silveira quando ela diz que:

O ideal de consenso que inspira os sistemas federativos/Multinível implica reconhecimento mútuo, aprendizagem recíproca e concertação contínua, sempre resultante da existência de um acordo de vontades, ou de uma comunidade de interesses voltada à prossecução dos mais variados objetivos. E o êxito/estabilidade depende do modo como as esferas de poder interagem na prossecução daqueles objetivos (2010, p. 12)

Expliquemos. O sistema federativo/multinível da União Européia externamente pode ser representado pela figura 01, cujos comentários já fizemos. Internamente, se revela como a figura 02, com vários centros de poder sem que haja sobreposição hierárquica entre eles. Esses centros não estão isolados, comunicam-se através de pontes de transição, que na nossa leitura são os tratados constitutivos, erguidas a partir do consenso. Assim como no bloco europeu, os centros de poder na figura estão inseridos dentro de uma mesma estrutura, que dispõe de órgãos supranacionais, cujas decisões e diretivas vinculam automaticamente aqueles que os aceitaram perante o tratado constitutivo.

Ao questionarmos o que os mantém unidos, Silveira (2010) responde com propriedade que existiria um “compromisso constitucional de cooperação”, do qual emerge o princípio da lealdade. Através dessas ferramentas, o coletivo europeu se sobrepõe aos particularismos estatais, ao que vamos chamar de princípio do primado.

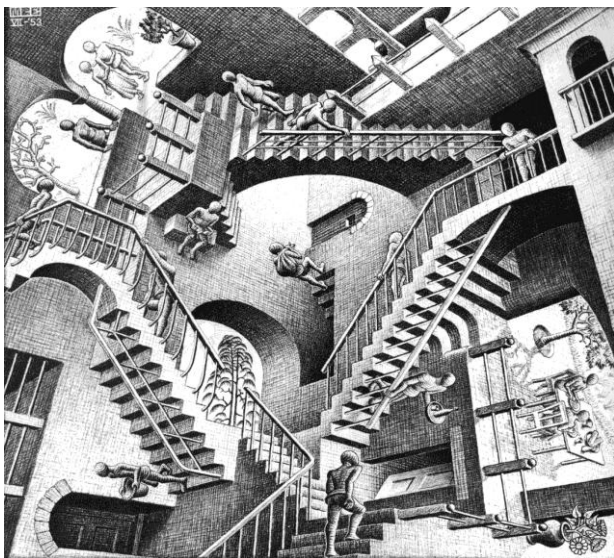


Figura1The Magic of M. C. Escher.

Pois bem, em linhas gerais, o sistema europeu é composto por Estados que se submetem a normas e órgãos supranacionais em virtude dos princípios do primado e da lealdade. Como tais países não deixam de existir como unidades autônomas, coexistem, em um mesmo espaço, normas nacionais e supranacionais. O princípio do primado não invalida aquelas, apenas determina que estas últimas devem ser aplicadas preferencialmente, ao que os demais entes correspondem, em virtude do princípio da lealdade.

Segundo Alessandra Silveira, “o exercício das competências num sistema federativo/Multinível como o da União Européia é conformado pelo princípio da lealdade (art.

4º, nº 3 do TUE)” (2010, p. 21). Percebemos, com isso, que o sistema da EU não está livre de dissonâncias, mas estas deverão ser compostas pelos princípios do primado e da lealdade.

Dito isso, passemos a analisar o papel dos direitos fundamentais no processo de integração europeu.

3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO CONSTITUCIONALISMO EUROPEU

A definição do que seriam direitos humanos é melhor colocada quando o fazemos por meio de uma análise histórica de sua conceituação. Contudo, para não nos desviarmos em demasiado do objetivo proposto no presente texto, nos utilizaremos da definição ministrada por André Ramos, como “um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade” (2002, p. 11).

A noção, ou melhor, o reconhecimento da dignidade humana – dignidade, do grego *dignitas* (aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima) – é uma conquista histórica da nossa época.

De uma maneira geral, as sociedades não ocidentais não são igualitárias ou horizontais; são, ao contrário, hierárquicas ou verticais. Nelas, o que pode parecer aberrante aos nossos olhos, a própria divisão social do trabalho, atribui graus diferenciados de dignidade, pureza ou sacralidade aos indivíduos. No mais, tais sociedades costumam reservar o adjetivo ‘humano’ apenas para seus membros e qualificam os grupos rivais de animais, subumanos ou bárbaros. (Rabenrhost, 2001)

Apenas com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de dezembro de 1948², que foi, finalmente, reconhecido que todos os homens são dignos de uma mesma consideração e respeito. Para Sarlet, segundo a Declaração da ONU, o elemento central da dignidade continua a ser regido pela matriz kantiana³, com foco na autonomia e no direito de

² De registrar que também tivemos a Declaração Interamericana de Direitos Humanos, de abril de 1948, que conferia semelhante esfera de proteção.

³ Immanuel Kant foi quem melhor estabeleceu o vínculo entre autonomia e dignidade humana. Para ele, mais que a ausência de impedimentos externos, liberdade é agir conforme suas próprias escolhas. Assim, é livre apenas quem tem razão. Kant diz que tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que possui um preço tem um valor relativo, ou seja, pode ser comparado ou substituído por algo equivalente. Mas só tem dignidade aquilo que é insubstituível e incomparável, aquilo que se encontra acima de qualquer preço. Apenas o homem, enquanto ser autônomo e racional possui dignidade.

Os homens possuem uma mesma essência livre e racional, uma idêntica humanidade. É no reconhecimento dessa idêntica humanidade que residiria o respeito mútuo que todos devem ter para com os seus semelhantes. A visão cristã de dignidade humana se justificava em razão de todos possuírem a mesma natureza divina. Já

autodeterminação (2001, p. 26). A idéia de dignidade é um dos pensamentos mais discutidos dentro da filosofia. Não pretendemos aqui esgotar as manifestações e debates acerca do tema, mas tão somente firmar a dignidade humana como alvo de proteção dos direitos humanos.

Cientes do escopo principal de proteção, mister se faz analisar os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, para então verificar a eficácia dos mesmos no sistema constitucional europeu.

3.1 Direitos Humanos

O conceito de direitos humanos ainda é muito discutido dentro da própria doutrina. Há autores que afirmam que são aqueles inerentes ao ser humano, no entanto, todos os direitos pertencem ao homem ou às suas emanações. Outra definição seria que os direitos humanos são aqueles dos quais o homem não pode ser privado do gozo, porém, recai numa seara formalística. Mais além, numa esfera subjetiva, poder-se-ia dizer que são direitos fundamentais da pessoa humana sem os quais o homem enquanto indivíduo não poderia existir ou ter uma existência plena.

Em uma perspectiva terminológica podemos verificar que o texto constitucional utiliza diversas expressões para se referir aos direitos humanos, como: “direitos e garantias fundamentais”, “direitos e liberdades fundamentais”, “direitos fundamentais da pessoa humana”, “direitos da pessoa humana”, “direitos e garantias individuais” e “direitos humanos”. Devido a essa inflação de termos acabamos por ter uma maior dificuldade na definição do que vem a ser direitos humanos.

Parte da doutrina procura diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais. “Direitos humanos” seriam os direitos estabelecidos nos tratados internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão “direitos fundamentais” seriam os direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional.

Nas palavras de Comparato, os direitos fundamentais são “os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades as quais se atribui o poder político de editar normas,

Kant fundamenta a dignidade humana na autonomia do sujeito, na capacidade que a humanidade tem de se auto-governar de forma consciente e deliberada.

tanto no interior dos Estados, quando no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais” (2001, p. 46).

No entanto, essa distinção não tem muita importância porque dentro da temática de direitos humanos há uma grande aproximação entre o direito internacional e o direito interno.

3.2 Direitos Fundamentais

Quando se propõe analisar a relação e extensão dos direitos fundamentais perante as relações privadas, é de suma importância entender previamente o termo “direitos fundamentais”.

Produto de uma lenta e difícil evolução histórica, os direitos fundamentais são resultado da consagração de grandes conquistas sociais que, a partir da superação de inúmeras e graves diferenças entre os sujeitos de direitos, como diz Eduardo Cambi(2010, p. 30), passaram a representar a pedra angular de praticamente toda a ordem jurídica atual, especialmente do ocidente. Essas conquistas transformaram o mundo e a sociedade, influenciando de forma cabal o modo como os Estados são construídos e organizados.

Podemos afirmar que essas liberdades públicas, surgiram da necessidade de defesa dos indivíduos perante os abusos que o Estado poderia cometer, assim podemos inferir que esses direitos são construídos a partir dos frutos do idealismo da soberania popular.

Ao buscarmos, entretanto, um conceito de direito fundamental podemos encontrar diversos, devido à tamanha complexidade do tema, como já dito. Alguns autores podem dar a eles conceitos didáticos e positivo-dogmáticos ou, então, dando aos direitos fundamentais conceitos mais analíticos. Eduardo Cambi, por exemplo, traduz direito fundamental como “‘princípios’ que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos.” (2010, p. 31)

Como citamos anteriormente, os direitos fundamentais possuem diferentes terminologias, podendo ser chamados de liberdades públicas, direitos naturais, direitos humanos fundamentais, etc. Tamanha gama de expressões se deve justamente a complexidade e abrangência de seu significado. De certo modo a própria ideia de direitos fundamentais, como termo, é ainda assim limitadora e não traduz completamente todo o campo abrangido por tais fundamentos.

Apesar da dificuldade em determinar uma expressão exata que seja suficiente para abarcar todas as concepções sobre esses direitos é possível encontrar positivado em diversas áreas do direito, em especial no Direito Civil, normas e princípios declaradamente reconhecidos como direitos fundamentais, o que pode servir como fundamento à eficácia horizontal dos direitos humanos – diante das relações privadas.

Assim, tratando especificamente dos direitos fundamentais como meio de defesa e instrumentalização dos Direitos poderemos caracterizá-los como dotados de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, exigibilidade, irrenunciabilidade e universalidade, podem, também, ser cumulativos.

É importante dizer que os direitos fundamentais são, em sua grande maioria, relativos, pois não podem ser exercidos em absoluto e sem restrições, em resumo, eles possuem limites. Entretanto há quem diga, como PONTES DE MIRANDA (p. 181), que há direitos fundamentais relativos e absolutos, onde os primeiros seriam assim considerados (relativos) devido a necessidade do seu conteúdo e incidência serem condicionados a previsão de lei, enquanto que direitos absolutos seriam os derivados diretamente da norma constitucional.

3.3 Direitos Fundamentais no Sistema Constitucional Europeu – estudo do caso Mayr

Ao analisarmos os direitos fundamentais no processo de integração europeu, não podemos deixar de observar quão semelhantes eram os questionamentos acerca da força vinculante da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (CDFUE) com aqueles que permearam a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ocorre que o artigo 51, nº 2 daquele instrumento rezava que “a Carta não cria novas competências para a União Européia nem as modifica” (Silveira, 2010, p.28). A CDFUE proclamava uma série de direitos fundamentais, como vida, integridade, entre outros, mas o fato de não interferir nas competências da UE trazia dúvidas quanto a sua força vinculante. O Tratado de Lisboa, ao atribuir, nas palavras de Silveira, “força juridicamente vinculativa” (2010, p. 28) à Carta, pacificou a questão.

A partir de então, não podemos negar que, conforme afirma Alessandra Silveira, “os direitos fundamentais influenciam a distribuição de competências e potencializam o controle

exercido pelo tribunal supremo da federação” (2010, p. 29). No mesmo norte, Gilmar Mendes dispõe que os direitos fundamentais passaram por um processo de europeização em dois planos, sendo o primeiro deles o reconhecimento da proteção exercida pelo TJUE (2010, p.246).

Assim, os particulares podem recorrer ao Tribunal Europeu e invocar juridicamente disposições da CDFUE diante de violação a direito fundamental. Notemos que, como dito no capítulo inaugural desse artigo, os órgãos supranacionais não funcionam a partir do sistema de sobreposição hierárquica, mas, diante da coexistência de sistemas diferenciados e normas de diversas fontes, sem que umas deixem de ser válidas em função das outras. Diante dessa característica bastante peculiar, os princípios do primado e da lealdade conduzem ao entendimento que, diante de um impasse, deve ser dada prevalência ao dispositivo europeu. O princípio da lealdade se revela também que as normas internas de cada país devem ser aplicadas e interpretadas à luz das disposições europeias.

Nesse ponto, o acórdão do caso Mayr é bem ilustrativo. A Sra. Mayr funcionária na empresa *Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, se submetia a um tratamento de reprodução humana assistida. No procedimento, após uma hiperestimulação hormonal, seus óvulos foram coletados e fecundados com os gametas do seu parceiro. A punção foi realizada no dia 08 de março de 2005, seguida de um período de afastamento até o dia 13 do mesmo mês para transferência dos embriões ao útero da paciente. Ocorre que no dia 10, ainda durante o afastamento, foi surpreendida com o comunicado de sua demissão.

Inconformada, a SraMayr procurou o Tribunal Austríaco reclamando que lhes fossem dadas as garantias de estabilidade a que têm direito as trabalhadoras grávidas ⁴. Em

⁴ “A – *Direito comunitário*

1. A Directiva 92/85

7. A questão prejudicial suscitada centra-se na Directiva 92/85/CEE e, em especial, no artigo 2.º, alínea a), à luz do qual se entende por «[t]rabalhadora grávida: toda a trabalhadora grávida que informe o empregador do seu estado, em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais».

8. Entre as garantias conferidas às trabalhadoras abrangidas pelo âmbito de aplicação da directiva consta uma proibição de despedimento a fim de assegurar «o exercício dos direitos de protecção da sua segurança e saúde». Segundo o artigo 10.º da directiva, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para proibir o referido despedimento entre o início da gravidez e o termo da licença de maternidade, salvo nos casos excepcionais não relacionados com o seu estado de gravidez admitidos pelas legislações e/ou práticas nacionais, na medida em que a autoridade competente tenha dado o seu acordo (n.º 1), acrescentando-se que, quando uma trabalhadora for despedida durante o referido período, o empregador deve justificar devidamente o despedimento por escrito (n.º 2).

2. A Directiva 76/207

9. Apesar de o órgão jurisdicional de reenvio não a referir expressamente, a Directiva 76/207/CEE (7) é também relevante. O artigo 2.º, n.º 1, tendo em conta o princípio da igualdade de tratamento, proíbe «qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação

primeira instância, obteve decisão favorável, pois a referida Corte entendeu que “a protecção da mulher consagrada no § 10 da MSchG tem início com a fecundação do óvulo e que, conseqüentemente, o mesmo deve acontecer com uma fertilização *in vitro*, dado que o objectivo da MSchG consiste em assegurar a subsistência económica d mãe” (trecho do acórdão). A empresa ré recorreu à instância superior, que revogou a decisão inicial sob o argumento de que a gestação não se inicia antes da implantação do embrião no útero da genetriz.

Obviamente inconformada com a reforma da decisão inicial, a SraMayr recorreu para o ObersterGerichtshof que, entendendo que a decisão envolvia interpretação de normas do direito comunitário europeu, o órgão austríaco encaminhou a seguinte questão prejuducual ao TJUE:

«Uma trabalhadora que se submete a uma fertilização *in vitro* deve ser considerada uma ‘trabalhadora grávida’ na acepção do artigo 2.º, alínea a), primeira parte, da Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes (décima directiva especial na acepção do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 89/391/CEE), quando, no momento em que o despedimento é proferido, os seus óvulos já foram fecundados com os espermatozóides do seu parceiro, e, por conseguinte, já existem embriões *in vitro*, que, no entanto, ainda não foram implantados no [seu] corpo [...]?»

Ao final, o Tribunal europeu respondeu que a Sra. Mayer não poderia ser considerada uma trabalhadora grávida se, no momento da demissão, os embriões ainda não tivesse sido implantados, ao mesmo tempo, reconhece que haverá discriminação se o

matrimonial ou familiar», acrescentando o n.º 3 que as disposições da directiva não constituem obstáculo «à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade».

10. Por seu turno, o artigo 5.º, determina que o referido princípio da igualdade de tratamento no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, implica que sejam asseguradas aos homens e às mulheres as mesmas condições, sem discriminação em razão do sexo.

11. A Directiva 76/207 foi alterada pela Directiva 2002/73/CE (8) e foi depois revogada e substituída pela Directiva 2006/54/CE (9). No entanto, nenhum destes dois últimos diplomas é aplicável no presente caso, na medida em que o prazo para a transposição da Directiva 2002/73 e a entrada em vigor da Directiva 2006/54 são posteriores aos factos do processo principal.

B – *Legislação austríaca*

12. Nos termos do § 10 da Mutterschutzgesetz (lei austríaca da protecção da maternidade, a seguir «MSchG»), as trabalhadoras não podem ser legalmente despedidas durante a gravidez nem nos quatro meses seguintes ao parto, desde que o empregador tenha sido informado dessas circunstâncias antes do despedimento ou no prazo de cinco dias a contar do seu anúncio ou notificação.

13. Além disso, a Fortpflanzungsmedizingesetz (lei austríaca da reprodução assistida, a seguir «FMedG») define as «células viáveis» como os óvulos fecundados e as células desenvolvidas (§ 1, n.º 3), autorizando a sua conservação durante um período máximo de dez anos (§ 17, n.º 1).”(Acórdão Mayer)

desligamento da trabalhadora tivesse sido motivado pelo procedimento de reprodução assistida.

Registramos aqui, com a devida vênua, nosso posicionamento contrário a decisão supracitada. Entendemos que se a norma austríaca protege a trabalhadora desde a fecundação, sem discriminar de corpórea ou extracorpórea, aliada ao fato de a mesma já está afastada para implantação dos embriões, a proteção clamada deveria lhe ser concedida, conforme o fez o Tribunal de primeira instância. Foi dada uma interpretação restritiva à diretiva europeia, sem que houvesse determinação expressa para essa restrição. Porém, não podemos deixar de reconhecer como o caso demonstra a eficácia direta e imediata das normas europeias no trato com os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o conceito de transconstitucionalismo, o trato com os direitos fundamentais ultrapassam os limites das fronteiras estatais e respectivas Constituições nacionais, por meio de trocas e intercâmbios orientados pelas pontes de transição.

Discordamos do desfecho do caso citado no item antecedente. Todavia, independente da nossa interpretação, o acórdão retrata bem tudo o que foi dito até o momento no presente artigo, de modo que podemos chegar às seguintes conclusões: temos um sistema federativo/Multinível com centros de poder, juízes e tribunais, conforme dissemos no capítulo 01, que se comunicam entre si através de pontes de transição; ademais como expusemos no capítulo 02, coexistem normas diferentes dentro de um mesmo espaço, mas deve-se dar preferência ao direito comunitário em razão dos princípios do primado e da lealdade; por fim, como analisamos neste terceiro capítulo, as normas relativas a direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata e o TJUE tem competência para determinar sua aplicação e extensão. No mais, as normas internas devem ser lidas e interpretadas conforme o direito europeu.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUZ, Cícero Krupp da. *A Policomplexidade l Lex Mercatoria: Contingência, paradoxo e decisão*. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo, 2009.

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

MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: NEVES, Marcelo (coord). *Transnacionalidade do Direito – novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: QuartierLitin, 2010.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, André Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SILVEIRA, Alessandra. União Européia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope polifemo). In: SILVEIRA, Alessandra (coord). *Direito da União Européia e Transnacionalidade*. Coimbra: Quid Juris, 2010