

**DA VERDADE À VERDADEIRA QUESTÃO:
A NECESSIDADE DE COMPUNÇÃO DA EUROPA SOCIAL DEFICITÁRIA**

Patrícia da Silva Coutinho

2009

IGC - Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

XI Curso de Pós-graduação em Direitos Humanos

2009

Nota à 1ª Revisão

(Texto revisto em Fevereiro de 2012)

O texto que ora se publica foi escrito em meados de 2009, dando corpo à tese final apresentada no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos, ministrado pelo Centro de Direitos Humanos do Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Face ao tempo e ao excurso dos acontecimentos entretanto ocorridos na Europa e, em especial na União Europeia, e que distanciam o período da elaboração da data da publicação, a sua leitura deverá fazer-se com uma dupla atenção: por um lado, a importância da consideração dos Direitos Sociais, Económicos e Culturais que se confirma cada vez mais certa e premente no contexto actual europeu; por outro lado, os avanços que, desde 2009, se conheceram em matéria dos mesmos direitos, com a adopção do Tratado de Lisboa e a resolução da questão da natureza vinculativa da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do mecanismo de aproximação da União Europeia enquanto parte da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Volvendo em análise os últimos anos do percurso europeu, os importantes compromissos obtidos no plano jurídico-político foram acompanhados pela agudização da crise económica e financeira e, na sua decorrência, pelo declínio do positivismo outrora empenhado no funcionamento da economia de mercado comum e pelo definhamento do modelo social europeu.

Na procura de soluções para a Europa actual, a única certeza que se impõe transporta a actualidade do tema de que se ocupa o exercício que agora se publica: a necessidade da consideração e da efectivação dos direitos Económicos, Sociais e Culturais no contexto de uma Europa social deficitária.

“Bem estreito é o fio da navalha! Entre dois perigos me equilíbrio: de um lado ameaça-me a ávida boca do excesso, do outro a amargura da avaréza que de si mesma se alimenta. E teimo na recusa de optar entre a orgia e a ascése, ainda que com isso me sujeite ao suplício em brasa dos desejos. Não sou livre nos meus actos, por isso tudo me pode ser desculpado. Mas este conhecimento não me basta. O que procuro para a vida não é uma desculpa, mas exactamente o seu contrário: é o perdão que busco. Descubro, afinal, que se não levar em conta a minha liberdade, todo o consolo é enganador, mera imagem reflectida do desespero. De facto, assim que o desespero me diz – “perde a esperança, o dia não passa de um momento de trevas entre duas noites”, há uma falsa voz que me grita – “tem confiança, a noite não é mais do que um momento de trevas entre dois dias. A humanidade, porém, não é de palavras que precisa; anseia por um consolo que ilumine. E mesmo aquele que deseje tornar-se mau – agir como se todos os actos fossem defensáveis – deve ter ao menos a bondade de notar quando o consegue.

É impossível saber quando cairá o crepúsculo, impossível enumerar todos os casos em que o consolo se fará necessário. A vida não é um problema que possa resolver-se dividindo a luz pela escuridão ou os dias pelas noites, mas sim uma viagem imprevisível entre lugares que não existem”.

STIG DAGERMAN, “A nossa necessidade de consolo é impossível de satisfazer”, do seu título original “Vart Behov av trost”, 1955.

LISTA DE ABREVIATURAS

AUE – Acto Único Europeu

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Comunidade Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

COE – Conselho da Europa

DESC – Direitos Económicos, Sociais e Culturais

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

EM – Estados-membros

PE – Parlamento Europeu

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TCEE – Tratado da Comunidade Económica Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	1
II. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO O FUNDAMENTO DA IDENTIDADE EUROPEIA..	4
III. A IMPORTÂNCIA HODIERNA DA CONSIDERAÇÃO DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS	15
IV. A TUTELA DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS	20
I. A LIBERDADE ECONÓMICA E A PROTECÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA UE: SOPESAR ESTA POR AQUELA?	20
II. O CONTEÚDO GARANTÍSTICO DOS DIREITOS ECONÓMICOS E SOCIAIS NOS TRATADOS	23
III. A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA: SIMBOLISMO DO IDEAL POLÍTICO DA UNIÃO E (OU) MECANISMO DE PROTECÇÃO E EFECTIVAÇÃO DOS DIREITOS (SOCIAIS) FUNDAMENTAIS ?	28
V. A INIQUIDADE ADVINDA DA AUSÊNCIA DE UMA SOLUÇÃO MULTIDIMENSIONAL PARA A QUESTÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA EUROPA	32
VI. CONCLUSÃO.....	36

I. INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos a par com a Democracia e o Estado de Direito marcaram o ponto de viragem na consciência política de uma Europa dividida e usurpada pela inquietação das violações e atrocidades verificadas na primeira parte do Século XX.

Após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948, tida como o primeiro catálogo e diploma normativo básico e mínimo para a “*comunidade internacional tida no seu conjunto*” (MADARIAGA), a afirmação do princípio dos direitos humanos e da garantia dos direitos fundamentais no espaço europeu internacional coube primordialmente ao Conselho da Europa. O Conselho da Europa apoiou-se, para tal, na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, concluída em Roma a 4 de Novembro de 1950, que estabeleceu um conjunto de direitos que os Estados a que ela se vinculassem deveriam reconhecer a todas as pessoas dependentes da sua jurisdição, prevendo igualmente a criação de um tribunal permanente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) ao qual caberia, por sua vez, assegurar o respeito, por parte daqueles, dos compromissos assumidos.

O Conselho da Europa e a União Europeia, enquanto ‘espaço axiológico de confluência e partilha’, são assim produto da mesma ideia, do mesmo espírito e da mesma ambição e a maior prova disso é o patamar de convergência normativa obtido na enunciação dos direitos.

Todavia, relembro W. CHURCHILL, ‘*We need not waste our time in disputes about who originated this idea of United Europe*’, pelo que também aqui deixaremos de parte as descrições históricas ou contextuais que vão para além da necessidade que este exercício pressupõe.

Em conformidade, na primeira parte que dá a conhecer, o presente excuroso pretende evidenciar que o fundamento primeiro da identidade europeia são os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, assoberbada a necessidade irreprimível de garantir, após o seu reconhecimento e proclamação, a sua tutela efectiva. A análise do enquadramento histórico e axiológico da construção europeia assim o demonstra. Os princípios e os valores actuais da União Europeia são os mesmos que fundaram a sua construção: a liberdade, a democracia, o Estado de Direito, a tolerância, a solidariedade e o desenvolvimento através da cooperação pacífica são tão válidos hoje como quando o Tratado de Roma foi assinado.

Contudo, nos últimos 50 anos, a Europa e o mundo mudaram. A UE tem de promover e defender os seus valores face a um novo contexto de diversidade e mudança crescentes. A recente crise económico-financeira, o efeito da globalização, a liberalização e a procura de maior competitividade vieram denunciar a profunda ligação entre o desenvolvimento abrangente e equitativo e a promoção dos direitos económicos, sociais e culturais. Na verdade, os compromissos da UE face aos direitos sociais, ao diálogo social, à igualdade entre homens e mulheres, à solidariedade, às acções contra todas as formas de discriminação, às questões ambientais, ao multiculturalismo e ao desenvolvimento sustentável constituem, não só a causa como também o efeito das transformações sociais na Europa.

No âmbito da conjuntura que se acaba de descrever, apesar da grande diversidade, visível tanto no interior como entre os Estados-membros, aponta-se para uma ‘europeização’ das matrizes constitucionais dos Estados-membros, donde resulta um mínimo denominador comum garantístico dos direitos sociais, o mesmo que constituiu a base e o ponto de partida da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, por sua vez, não ultrapassando esse limiar, ficou, contudo, aquém do ‘*acquis communautaire*’ e das tradições constitucionais dos Estados-membros mais maximalistas em matéria de direitos sociais, como é o caso de Portugal.

Em bom rigor, atenta a particular natureza dos direitos económicos, sociais e culturais, umas vezes verdadeiros direitos subjectivos, outras vezes autênticos ‘direitos a prestações’, a concretização das normas que os consagram não pode iludir a dependência de factores políticos e económicos de âmbito nacional e de âmbito supranacional. A sua realização, especialmente dos que envolvem a satisfação de necessidades pela via da solidariedade pública, não se poderá reduzir à dimensão de uma tarefa reguladora cometida ao regulador da UE. Insurge-se, antes, a exigência de uma resposta multidimensional para problemas integrados no plano das políticas, das entidades e dos mecanismos tendentes à sua efectivação, mormente no domínio de factores que ora aumentam o nível de bem-estar das sociedades, ora o reduzem (ou mesmo aniquilam) substancialmente. Pense-se, a título de exemplo, na natureza do trabalho, no crescimento e emprego, nos novos padrões de vida familiar, na pobreza, na exclusão social e desigualdade, nos obstáculos à saúde e à mobilidade social, na qualidade de vida, na diversidade cultural, no ambiente e nos obstáculos à integração e desenvolvimento sustentável.

Por sua vez, poder-se-á concluir que, não obstante a experiência da integração na Europa ser bem ilustrativa de uma concepção inicial da integração económica que isola a

questão dos direitos fundamentais como matéria de responsabilidade exclusiva dos Estados, foi a necessidade de garantir a sua legitimação que veio a determinar o imediato respeito dos direitos fundamentais através da sua tutela jurisdicional. O projecto europeu inspirou-se, para tal, desde logo nos catálogos nacionais sob a forma de constituição ou de tradições constitucionais comuns, e também, nos catálogos internacionais de vinculação dos próprios Estados-membros. A título de exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais é interpretada e aplicada desde os anos setenta pelos tribunais comunitários, e apesar de a UE não ser (ainda) sua parte contratante, está formado um *'espaço judicial de geometria triangular'* que materializa a ideia de um património comum em matéria de direitos fundamentais em cuja formação participam, a par do TEDH e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), também os tribunais nacionais.

Contudo, advém aqui uma particular dificuldade: a convergência alcançada ao nível da enunciação normativa dos direitos não tem correspondência no processo de interpretação e aplicação concreta do direito pelos tribunais. Pelo que, enquanto não for solucionada a questão da adesão da UE à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ficará em aberto a resposta à questão de saber se e em que medida poderá o TEDH julgar uma petição de um particular relativa a uma alegada violação de direitos garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais resultante de acto ou omissão do decisor comunitário, incluindo o próprio juiz comunitário.

Eis uma concreta debilidade, a par das muitas outras que este exercício se propõe aflorar, que concorre para uma certa e reconhecida falta de eficácia dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais e em particular dos direitos sociais fundamentais deslindada na multidimensionalidade do espaço europeu de direitos.

II. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO O FUNDAMENTO DA IDENTIDADE EUROPEIA

“No caminho da União Europeia estão os direitos fundamentais – não estão como um estorvo, nem são um desvio imposto ao rumo traçado. Os direitos fundamentais estão no caminho da União Europeia como o estiveram – e estão – no longo percurso do estado constitucional, no sentido em que são uma exigência estruturante de um modelo de legitimação e de exercício do poder político baseado na ideia nuclear do respeito da dignidade da pessoa humana, com as suas múltiplas implicações no plano jurídico, ético, económico e social¹.”

Em aparente dissonância com o ambiente humanista polarizador da Europa de meados do Século XX, a versão inicial do projecto de integração europeia, com a instituição das *Três Comunidades Europeias*², omitiu a previsão de um catálogo de direitos fundamentais e de mecanismos específicos para a sua tutela³.

Este particular dado histórico poderia precipitar-nos para uma ilação desprimorada, em tudo aparente. Na verdade, apesar do carácter arriegadamente económico que ressalta do *Tratado das Comunidades Europeias* (TCE), o intuito primeiro subjacente à sua criação foi o de edificar uma comunidade de direito, cuja centralidade é a necessidade irremediável de tutela dos direitos fundamentais.

Duas considerações essenciais conjugam o ponto de partida conducente à conclusão que se acaba de enunciar. Por um lado, é inegável a existência de uma geração inicial de direitos de fonte comunitária, expressamente previstos no Tratado de Roma, estruturantes à arquitectura do projecto de integração comunitária, como o *direito à não discriminação em razão da nacionalidade e do sexo* (artigo 12º CE, ex-artigo 6º TCEE), o *direito à igualdade de remuneração entre homens e mulheres* (artigo 141º CE, ex-artigo 119º TCEE) e *os direitos de livre circulação*. Por outro lado, a inabalável cumplicidade de valores e princípios que ditam a convergência que, *ab initio*, configurou a imbricação dos dois sistemas europeus nascidos do Congresso de Haia de 1948, o Conselho da Europa e

¹ Maria Luísa DUARTE, “União Europeia e Direitos Fundamentais – no Espaço da Internormatividade”, AAFDL, Lisboa, 2006, p.19.

² As três comunidades foram a Comunidade do Carvão e do Aço (Paris, 1951), a Comunidade da Energia Atómica e a Comunidade Económica Europeia (Tratados de Roma, 1957).

³ O Tratado de Roma da original CEE apenas proclama nos seus considerandos preambulares que os “*Estados-Membros estavam resolvidos a consolidar, pela união dos seus recursos, a defesa da paz e da liberdade*” chamando para si os “*outros povos da Europa que partilham os seus ideais*”.

as Comunidades Europeias, cujo móbil primeiro foi a garantia e a tutela efectivas dos direitos humanos e das liberdades fundamentais⁴.

Concentremo-nos, por ora⁵, na explanação do sentido e ordem de convergência que dita as relações das Comunidades Europeias com o Conselho da Europa, em favor de uma efectiva protecção dos direitos fundamentais no espaço europeu, o que nos permitirá concluir que os direitos fundamentais são, afinal, o fundamento da identidade europeia.

Ademais, sempre se perguntará: que outro sentido poderia ter a criação de uma *união entre os povos da Europa*, senão aquela que é firmada numa verdadeira União de Direito, pautada pelo respeito dos direitos fundamentais? Ou, que outra justificação atribuir ao permanente esforço de reforma das estruturas da União sobre que versaram as sucessivas reformas dos tratados iniciais, enfatizado a partir do Tratado de Maastricht, senão a procura do estabelecimento de uma estrutura institucional política comprometida por uma verdadeira cidadania europeia? E, na verdade, como poderiam as CE demarcar-se daquela que é uma das grandes aspirações das sociedades modernas e componente fundamental do Estado de Direito? Vejamos.

O Congresso da Europa, convocado pelo Comité Internacional para a Europa Unida, realizado em Haia, de 7 a 10 de Maio de 1948, aprovou por aclamação uma ‘mensagem para os europeus’ que exortava: *“É necessária a formação de uma Europa unida na livre circulação de pessoas, ideias e bens, na adopção de uma Carta de Direitos Humanos, na constituição de um Tribunal de Justiça e na criação de uma Assembleia Europeia, onde estejam representadas as forças vivas de todas as nações”*.

A moção final do Congresso de Haia viria a assimilar o compromisso possível entre “unionistas” e “federalistas” e acabou por servir de referência à criação de organizações europeias de natureza e estrutura tão diversa como o foram, de um lado, o Conselho da Europa, e do outro lado, as Comunidades Europeias. Nas palavras de ROUGEMONT, *“tudo partiu do Congresso de Haia (...) as primeiras instituições europeias – parlamentares, jurídicas, culturais e técnicas”*.

⁴ A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos não deve ser levada às últimas consequências, já que a diferença não reside essencialmente na natureza e conteúdo dos direitos, mas sim na estrutura de protecção, garantida por mecanismos de ordem interna ou internacional. Tal distinção tem, contudo, o mérito de pôr em evidência que o sistema comunitário e europeu de protecção dos direitos fundamentais é um sistema interno de protecção.

⁵ No que se refere à primeira das considerações aludidas, remetemos o seu desenvolvimento para o ponto ii) do capítulo subsequente sobre *“O conteúdo garantístico dos direitos económicos e sociais nos Tratados”*.

Na verdade, seguindo o esclarecimento de Maria Luísa DUARTE⁶, o processo de integração europeia, desde a sua génese, pressupôs a existência de uma verdadeira *estrutura política de direito*, caracterizada pela preeminência do direito⁷ que, por sua vez, seria assegurada pelas vias jurisdicionais adequadas⁸.

O Conselho da Europa viria a ser criado pelo Tratado de Londres em 1949. Por sua vez, com a entrada em vigor da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, concretizou-se a ideia de um catálogo de direitos fundamentais, cuja relevância não se circunscreve ao foro interno do Conselho da Europa porque, na verdade, vincula os Estados, partes contratantes, em qualquer dimensão da sua actuação, mesmo aquela que se desenvolve no quadro das Comunidades Europeias. Com tal alcance, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estava destinada a desempenhar o papel de verdadeira carta europeia de direitos fundamentais.

Assim se comprova, com o enquadramento histórico que vai referido, que o silêncio dos tratados institutivos das Comunidades Europeias, no que à protecção dos direitos fundamentais se refere, se deveu mais a uma concepção de cooperação, que confia às constituições nacionais e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais a responsabilidade principal pela protecção dos direitos fundamentais, do que, propriamente, à arguida insensibilidade inicial do processo da integração europeia face aos direitos fundamentais.

Ademais, apesar de os tratados institutivos o não referirem expressamente, a prática política sempre foi consensual na imposição do respeito dos valores do Estado de Direito e da democracia representativa como um pressuposto de adesão às Comunidades Europeias. A propósito, poderá pensar-se no recente alargamento da UE, com a entrada dos países do centro e do leste europeu, para se perceber a cumplicidade entre as

⁶ Maria Luísa DUARTE, "A União Europeia e os Direitos Fundamentais – Métodos de Protecção", IN: "Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias", Coimbra, 2000, pp. 256.

⁷ O artigo 3º do Estatuto do Conselho da Europa determina que "*Todos os membros reconhecem o princípio do primado do direito (...)*".

⁸ Este princípio fundamental de ordenação do sistema comunitário vai inspirar a convicção, primeiro atribuída em 1970 a Walter Hallstein, ao tempo Presidente da Comissão, depois assumida pelo Tribunal de Justiça (V. Acórdão de 23 de Abril de 1986, Proc. 249/83, Os Verdes, Col. 1986, p. 1339), de que as Comunidades Europeias são uma Comunidade de Direito. Depois da criação da União Europeia, a doutrina utiliza com maior frequência e também com maior propriedade, a expressão União de Direito. A preferência, para além do simbolismo político que a inspira, dá voz a uma evolução normativa que regista, por um lado, a primeira manifestação de jurisdicinalização do III Pilar (artigo 35º UE), e explicita, por outro lado, a intersecção de trajectórias entre a União Europeia e a questão dos direitos fundamentais (v. g., artigo 6º UE, artigo 7º UE, Artigo 11º, nº1 UE, artigo 177º, nº2, CE).

Comunidades Europeias e o Conselho Europeu, funcionando este como uma espécie de antecâmara de acesso ao grupo mais restrito que é a UE.

Por sua vez, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais serviu também, desde o início, em maior ou menor medida, como fonte de evidenciação dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, firmada, sobretudo, nos desenvolvimentos jurisprudenciais do TJCE, tendo vindo a tornar-se, mesmo, uma constante na jurisprudência relacionada com litígios emergentes da alegada violação de direitos fundamentais⁹.

Na verdade, com a criação das Comunidades Europeias e a conseqüente transferência de um dado número de competências dos Estados-membros para a esfera de exercício dos órgãos das novas instituições por eles criadas, surgiu a necessidade de pensar a problemática da tutela dos direitos humanos face ao perigo de retrocesso na protecção já conseguida, a admitir-se que as ora criadas instituições comunitárias estariam livres na sua acção da vinculação aos mecanismos de protecção internacional a que os Estados-membros se haviam obrigado. O risco enunciado ganhava forma face à circunstância de os tratados institutivos, conformados por um carácter integracionista e económico, não fazerem qualquer referência à problemática da tutela dos direitos fundamentais que pudesse, de algum modo, contrabalançar os poderes e as competências recém adquiridos das instituições comunitárias, no quadro das quais poderia certamente propiciar-se a violação desses mesmos direitos no seio da ordem jurídica comunitária, em especial, dos direitos económicos, sociais e culturais.

Acresce, ainda, a relutância inicial do TJCE em pronunciar-se sobre tal problemática, pois era seu entendimento inicial apenas concorrer nas suas funções para *“garantir o respeito do Tratado e dos regulamentos de execução, não devendo regra geral pronunciar-se sobre as normas de direito interno”*. Rejeitava, assim, de um modo que viria a revelar-se inglório, a possibilidade de tomar em conta os direitos fundamentais garantidos pelas constituições dos Estados-membros, em prol do controlo da

⁹ V. Maria Luísa DUARTE, “A União Europeia e os Direitos Fundamentais - Métodos de Protecção”, ob. cit., pp. 270 e ss.

legalidade¹⁰. Maria Luísa DUARTE fala de um ‘agnosticismo valorativo’ para se referir ao TJCE nesta fase do seu conhecimento¹¹.

Não obstante, o certo é que o TJCE foi progressivamente obrigado a repensar na sua jurisprudência a sua particular posição face à protecção dos direitos humanos e liberdades fundamentais no espaço comunitário, perante a necessidade de desarmar as objecções emanadas de certos Estados-membros apetrechados por uma forte protecção constitucional dos direitos fundamentais, como era o caso da Alemanha e da Itália.

O acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*¹² vem confirmar a garantia da protecção dos direitos fundamentais nos poderes de cognição da jurisdição comunitária, que havia sido afirmada pela primeira vez no acórdão *Stauder*¹³. Pronuncia-se o TJCE, assim, expressamente, pela primeira vez, sobre a protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária: *“Convém, todavia, examinar se alguma garantia análoga inerente ao direito comunitário foi desconhecida: com efeito, o respeito dos direitos fundamentais é parte integrante dos princípios gerais de direito de que o tribunal assegura o respeito; que a salvaguarda destes direitos, inspirando-se nas tradições comuns aos Estados-membros deve ser assegurada no quadro, na estrutura e nos objectivos da Comunidade”*. Como refere Ana Maria Guerra MARTINS, *“esta jurisprudência é particularmente interessante não apenas pelo facto de deslocar a protecção dos direitos fundamentais para o nível do direito comunitário, mas também pela concepção que lhe está subjacente de compatibilização entre os ordenamentos constitucionais nacionais e o ordenamento comunitário”*¹⁴.

Mais tarde, no acórdão *Nold/Comissão*,¹⁵ o TJCE viria a alargar o quadro de referências protectoras dos direitos fundamentais, acrescentando, a par do recurso à tradição constitucional dos Estados-membros, o reconhecimento dos *“instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os Estados-membros*

¹⁰ V. Acórdão de 4 De Fevereiro de 1959, *Stork/Alta Autoridade*, Processo 1/58, Colectânea da Jurisprudência do Tribunal, 1954-1961, P. 293 e SS. Neste célebre acórdão, o TJCE, chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de disposições comunitárias com as disposições constitucionais alemãs, recusou-se a aferir da violação de princípios de direito constitucional alemão por parte da Alta Autoridade, relegando negligentemente a problemática da protecção dos direitos fundamentais para fora do âmbito do seu foro, não obstante ter reconhecido que os princípios de direito comuns aos Estados-membros constituíam uma fonte complementar do direito comunitário.

¹¹ V. Maria Luísa DUARTE, “A União Europeia e os Direitos Fundamentais - Métodos de Protecção”, ob. cit., pp. 11 e ss.

¹² Acórdão de 17 De Dezembro de 1970, Processo 11/70, Colectânea 1969-1970, pp. 625-657.

¹³ Acórdão de 12 de Novembro de 1969, Processo 29/69, Coletânea, 1969-1970, pp. 157-166.

¹⁴ Ana Maria Guerra MARTINS, “A Carta dos Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais”, In: *Direito e Justiça*, Tomo 2, Vol.15 (2001), p.193.

¹⁵ Acórdão de 14 de Maio de 1974, Processo 4/73, Colectânea, 1974, pp. 283-300.

cooperaram ou aderiram”, com particular referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e aos demais instrumentos de protecção internacional, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

De facto, se é verdade que os tratados institutivos negligenciaram o dever expresso de reconhecimento dos direitos fundamentais por razões de circunstancialismos históricos procurados na sintonia das forças surgidas do Congresso de Haia, não é menos relevante o papel desempenhado pelo TJCE na delineação da função de protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário, através da intersecção com as Constituições nacionais e com os princípios jus-internacionais.

A par e passo com as preocupações reflectidas a nível jurisprudencial, no plano político a reflexão sobre as perspectivas de uma evolução no domínio dos direitos fundamentais foi abraçada pelo Parlamento Europeu (PE) que, a partir dos anos setenta, centrado na actualidade da problemática, a vivificou, trazendo-a para o centro dos inúmeros e intensos debates parlamentares que sobre a matéria viriam a suceder¹⁶. Debatia-se já à altura a elaboração de um catálogo comunitário de direitos fundamentais

¹⁶ Relembre-se, a propósito, como singulares exemplos: a *Declaração sobre a Identidade Europeia* (Copenhaga, 14 de Dezembro de 1973) que faz, pela primeira vez, referência ao respeito pelos direitos fundamentais enquanto “*elemento fundamental da identidade europeia*”; o *Relatório da Comissão sobre a Protecção dos Direitos Fundamentais de 1976*; a *Declaração Comum do Parlamento, do Conselho e da Comissão de 5 de Abril de 1977* (Vide JOCE, 1997, C, 103, P.1) em que se sublinhou a importância primordial atribuída “*ao respeito dos direitos fundamentais tal como resultam das constituições dos Estados-membros, assim como da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”; a *Declaração sobre a Democracia*, onde se afirma que o respeito pela democracia e pelos direitos do homem faziam parte do acervo substancial comunitário; o *Memorando da Comissão em favor da adesão à CEDH*, entendida como um instrumento essencial para o reforço da imagem e da estrutura da Comunidade, não obstante, o projecto de adesão à CEDH ter sido à altura abandonado em virtude das dificuldades em negociar um protocolo de adesão que viria a operar profundas alterações na arquitectura da convenção, a par com a consideração das consequências que teria na ordem jurídica comunitária e suas instituições, em particular, no TJCE; a *Declaração solene de Estugarda sobre a União Europeia de 19 de Junho de 1983*, onde se exprime a vontade conjunta dos Estados-membros quanto à promoção da “*democracia baseada nos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e nas leis dos Estados-membros, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Carta Social Europeia, designadamente, a liberdade, a igualdade e a justiça social*” ou a *Declaração Contra o Racismo e a Xenofobia* dos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, de 11 de Junho de 1986, que se inscreveu na mesma linha. No mesmo sentido, se congregaram os esforços de adaptação dos Tratados à preocupação com a protecção dos direitos fundamentais. O *Projecto de Tratado sobre a União Europeia*, apelidado de “*Projecto Spinelli*”, aprovado pelo Parlamento Europeu em 1984, fazia referência aos direitos fundamentais ao afirmar que “*a União protege a dignidade da pessoa humana e reconhece a todas as pessoas as liberdades e os direitos fundamentais tal como resultam dos princípios comuns das constituições dos Estados-membros e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*”. No seu artigo 4º, parágrafo 4, previa-se a possibilidade de sanções em caso de violação grave e persistente dos direitos fundamentais por um Estado-membro. As sanções podiam ser aplicadas pelo Conselho e previam a suspensão dos direitos resultantes da aplicação da totalidade ou de uma parte das disposições do tratado ou a suspensão da participação do Estados-membros nos órgãos em que estava representado. O artigo 43º previa a competência do TJCE para a protecção dos direitos fundamentais na União. A adesão à CEDH e a ratificação da Carta Social Europeia e dos dois pactos internacionais relativos aos Direitos Humanos foram também consideradas.

para completar e aperfeiçoar os direitos definidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, harmonizando as suas especificidades, em particular económicas e comunitárias, advindas da necessidade de reconhecer direitos especiais aos cidadãos dos Estados-membros. Por outro lado, falava-se já na adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de molde a confirmar a submissão das Comunidades Europeias aos direitos e liberdades clássicos garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Por sua vez, o Acto Único Europeu (AUE), assinado em 17 de Fevereiro de 1986 na conferência de Luxemburgo, é inovador na proclamação preambular confirmatória do intuito de promover a democracia “*com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção da Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social*”.

O Parlamento Europeu viria a adoptar, mais tarde, em 12 de Abril de 1989, a *Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais*¹⁷, que surge como um instrumento global, reagrupando um conjunto de direitos que compreendem e ultrapassam os direitos individuais clássicos, nomeadamente, os direitos económicos e sociais e um novo tipo de direitos, ditos de ‘terceira geração’, como o direito à protecção do ambiente e os direitos dos consumidores, cuja observância deveria ser acatada tanto pelas instituições comunitárias, como pelos Estados Membros. Na perspectiva do Parlamento Europeu, a adopção da *Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais* e a vontade nela implícita de a ver consagrada a nível constitucional, não se opunha em nada ao sistema de protecção garantido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, nem à jurisprudência do TJCE. Pelo contrário, o Parlamento Europeu considerava estas três fontes como uma simbiose de normas de referência que estavam destinadas à conjugação, ao enriquecimento recíproco e à completude, que, assim, viriam contribuir para a clara melhoria do nível de protecção dos direitos e liberdades no espaço europeu.

No mesmo ano, o Conselho Europeu viria a adoptar, a 8 e 9 de Dezembro, em Estrasburgo, a *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores* que, malgrado o seu carácter essencialmente programatório, se situa na perspectiva de

¹⁷ Vide JOCE, C, 120, de 16 de Maio de 1989, PP. 51-57.

desenvolvimento da comunidade de direito garantística dos direitos sociais fundamentais.

Com a aprovação do *Tratado da União Europeia*, em Maastricht, a 7 de Fevereiro de 1992, passam os tratados a reconhecer expressamente, no seu texto, a vinculação das Comunidades Europeias à protecção dos direitos humanos¹⁸. O Tratado de Maastricht veio também definir como um dos objectivos da UE “*o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-membros, mediante a instituição de uma cidadania da União*”. Por sua vez não resolve, antes deixando em aberto, a indecisão relativa quer à adopção de um catálogo vinculativo de direitos fundamentais, quer à ideia de submeter as comunidades ao controlo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ¹⁹.

Com o *Tratado de Amesterdão*, assinado a 2 de Outubro de 1997, que viria a entrar em vigor a 1 de Maio de 1999, pouco se alterou no que respeita à protecção dos direitos fundamentais na UE, conservando-se o número 2 do Artigo 6º (anterior artigo F)²⁰. Pouco depois da sua entrada em vigor, o Conselho Europeu de Colónia, reunido nos dias 3 e 4 de Junho de 1999, anunciava a convocação de uma nova conferência intergovernamental para resolver as questões deixadas em aberto por aquele Tratado, cabendo decidir, nomeadamente, acerca do estabelecimento de “*uma carta de direitos fundamentais a fim de sublinhar, de maneira visível para todos os cidadãos da União, a sua importância excepcional e o seu alcance*”. Para o efeito, foi criado, pelo Conselho Europeu de Tampere, em Outubro de 1999, um órgão ad hoc incumbido de apresentar um projecto de Carta e que, sob o impulso do Parlamento Europeu, se auto-intitulou de ‘Convenção’. A ‘Convenção’ aprovou o projecto da Carta em 2 de outubro de 2000, que mereceu o acordo unânime do Conselho Europeu de Bearritz, em 14 de Outubro de 2000, sendo aprovado pelo Parlamento Europeu em 14 de Novembro, e pela Comissão, em 6 de Dezembro, e assinado em 7 de Dezembro de 2000, em Nice, pelos Presidentes do

¹⁸ Nos termos do número 2 do artigo F “*A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário*”.

¹⁹ Sobre este último ponto, o PE apresentaria, na *Resolução de 18 de Janeiro de 1994* (JOCE, C, 44, P.32), nova pronúncia favorável à adesão à CEDH, no seguimento da qual, o Conselho, desta feita, submeteria ao TJCE, em 26 de Abril de 1994, um pedido de parecer sobre a compatibilidade de tal adesão com o Tratado que instituiu a União Europeia.

²⁰ Destaca-se a redacção do nº1 do artigo 49º que estatui o acatamento do princípio do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais como condição de adesão de outros estados europeus à UE e o artigo 46º, nos termos do qual o TJCE passa a exercer o controlo do nº2 do artigo 6º, no que respeita à acção das instituições, na medida em que ele seja competente nos termos dos tratados que instituem as comunidades europeias e nos termos do tratado da união.

Conselho, do Parlamento Europeu e da Comissão, que no mesmo momento proclamaram solenemente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Não obstante o avanço que significou, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deixou por definir o seu futuro quanto ao estatuto jurídico-constitucional da UE²¹. Em virtude disso, os Estados-membros decidiram, reunidos no Conselho Europeu de Laeken, em Dezembro de 2001, convocar uma ‘convenção’ para “*debater os problemas essenciais colocados pelo futuro desenvolvimento da União e analisar as diferentes soluções possíveis*”.

A convenção de Laeken²², apesar de mandatada apenas com o objectivo de ‘a prazo’ se chegar à aprovação na União de um ‘texto constitucional’, decidiu submeter aos Estados-membros um projecto de Constituição para a Europa. Seguindo a observação de Maria Luísa DUARTE²³, a imprudência semântica acabaria por ajudar a traçar o destino infausto do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa²⁴.

Face à não obtenção do consenso necessário para a aprovação do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, viria, após um período de reflexão e na sequência do acordo obtido na Conferência Intergovernamental de 18 de Outubro de 2007, a ser assinado o Tratado de Lisboa em 13 de Dezembro de 2007, que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, um dia após ter sido novamente proclamada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 12 de Dezembro de 2007.

Em suma, desinibida na sua essência a partir dos anos 90, a especial importância da discussão em volta dos direitos fundamentais com o sentido de garantir e reforçar a sua tutela jurídica no espaço comunitário, vem, afinal, denunciar a relação intrínseca entre o processo de construção europeia e o modelo do Estado de Direito, desde logo, visível, na forma e nos instrumentos jurídicos por este privilegiados, e, por sua vez, inscritos na matriz directiva da UE.

²¹ A Declaração nº 23 anexa ao Tratado de Nice, relativa ao futuro da União, preconizava a continuação do processo de aperfeiçoamento dos tratados institutivos pela via da revisão.

²² A convenção foi dirigida por Valéry Giscard d’Estaing.

²³ Maria Luísa DUARTE, “*União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*”, ob. cit., p. 175.

²⁴ O anterior esforço de reforma da União através da substituição dos Tratados por uma Constituição foi aprovado por uma vasta maioria dos representantes eleitos dos cidadãos europeus no Parlamento Europeu e ratificado por 2/3 dos Estados-membros, embora rejeitado por dois (França e Países Baixos), e, após um período de reflexão que deixou clara a impossibilidade de obter a necessária aprovação por parte da totalidade dos Estados-membros, esta abordagem foi abandonada a favor da alteração dos Tratados anteriormente existentes.

Certo se nos afigura, por isso, que o funcionamento desta comunidade de estados de direito como uma União Europeia dependerá sempre da efectiva realização de vectores fundamentais como a democratização, o reconhecimento dos direitos e a instituição de mecanismos eficazes de garantia jurídica desses mesmos direitos.

A Comunidade Europeia é, hoje, uma comunidade de direito na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições escapam ao controlo de conformidade dos seus actos com o tratado, e que este estabelece um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinados a confiar ao TJCE a fiscalização da legalidade dos actos das instituições. A propósito, no que se refere aos direitos fundamentais, a alínea e) do artigo 46º UE salvaguarda o princípio da tutela jurisdicional, ao prever a fiscalização da actuação das instituições comunitárias.

A evolução hodierna da construção comunitária faz-se pela convergência cada vez maior dos diferentes sistemas jurídicos dos Estados-membros, enquanto meio facilitador de aperfeiçoamento da UE e do nível de integração das soberanias nacionais, que vem, a final, resultar na modelação de um patamar uniforme de exigências de tutela, de reconhecimento e de aplicação concreta dos direitos.

Maria Luísa DUARTE refere-se ao *“espaço jurídico, aberto e plural da União Europeia que congrega, sem destruir, os sistemas jurídicos dos respectivos Estados-membros, (em que) o imperativo da protecção dos direitos fundamentais tece relações de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias normas e de vários poderes de decisão aplicativa, incluindo o sistema judicial instituído pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁵”*.

Na verdade, a UE assume em conjunto com o Conselho da Europa a responsabilidade pela estrutura regional de protecção dos direitos fundamentais, fruto da internacionalização e proclamação dos direitos humanos conhecida na segunda metade do século XX, reiterada na assumpção de catálogos de direitos e na criação de estruturas de controlo, quer no plano universal, quer no plano regional.

As opções futuras em matéria de direitos fundamentais no espectro político-normativo em que se desenvolverá a UE _ enquanto expressão directa de um agregado primordial de valores a partir do qual se edifica o estatuto jurídico do indivíduo e a respectiva posição face ao poder político _ em especial a relativa ao valor normativo da

²⁵ Maria Luísa DUARTE, *“União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade”*, ob. cit., pág. 220 e ss.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁶, bem como à adesão da UE à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (questões actualmente situadas na sombra do destino do Tratado de Lisboa²⁷), terão uma repercussão apreciável sobre o processo em curso de refundação e legitimação do sistema da UE, enquanto verdadeira união de direito²⁸.

As considerações preambulares do Relatório do Parlamento Europeu sobre o Tratado de Lisboa²⁹, afirmam que *“Nos últimos 50 anos, o desenvolvimento da UE foi fundamental para o estabelecimento de um espaço de paz e estabilidade num continente anteriormente devastado pela guerra, para a consolidação da democracia, da liberdade e dos direitos dos cidadãos, para o reforço da prosperidade, da solidariedade e do bem-estar, através da criação do maior mercado único do mundo com regras comuns aplicáveis às normas sociais, ambientais e de protecção do consumidor, e concorrência leal e com uma união económica e monetária, para permitir uma cooperação entre Estados-membros com vista à resolução conjunta de questões que transcendem as fronteiras nacionais e para dotar a Europa de uma voz mais forte nos assuntos internacionais”, o que vem, a final, lembrar-nos a validade da premissa inicial: os direitos humanos e as liberdades individuais são claramente o fundamento da identidade europeia.*

²⁶ Sem retirar a importância que a Carta sempre terá, em especial pela visibilidade e centralidade que garantiu à questão dos direitos fundamentais, bem como pela arrumação que faz dos direitos em função da sua conexão valorativa, contornando, deste modo as insolúveis querelas dogmáticas sobre as categorias de direitos, importa conceder que o seu texto acaba por ser relativamente neutro quando nele procuramos o instrumento de mudança e de aperfeiçoamento do actual sistema comunitário de garantia dos direitos fundamentais. Joseph H. H. WEILER declara, a propósito: *“A união não necessita de mais direitos nas suas listas nem de mais listas de direitos”*. Jorge MIRANDA entende, no mesmo sentido que *“A Carta não trará nenhum valor acrescentado em direitos, liberdades e garantias clássicas, nem no plano constitucional interno, nem no plano jurídico-internacional”*.

²⁷ Sem dúvida que o *Tratado de Lisboa*, inicialmente apelidado de ‘tratado refundador’ constituía a última grande esperança, na medida em que trazia promessas de melhorias substanciais dos actuais tratados, implicando, desde logo, uma maior responsabilidade democrática para a União, um aperfeiçoamento da eficácia do funcionamento das suas Instituições, um reforço do processo decisório, e mais que tudo, uma maior ênfase das políticas e dos direitos dos cidadãos face à União – v.g., novas disposições de aplicação geral relativas à promoção de um elevado nível de emprego, a garantia de adequada protecção social, o combate à exclusão social, a um elevado nível de educação, formação e saúde, a eliminação de todos os tipos de discriminação, a promoção da igualdade entre mulheres e homens, e ainda novas disposições que reforçam a promoção do desenvolvimento sustentável e a protecção do ambiente, incluindo a luta contra as alterações climáticas, o respeito dos serviços de interesse geral, a coesão económica e social e a coesão territorial, são reafirmados como objectivos da União.

²⁸ Neste conspecto, sempre valerá a pena enunciar o desejo de que as condicionantes políticas tão características, porque polarizadoras, do modelo de discussão da UE não se sobreponham, sem mais e de modo atabalhoado, à necessária e efectiva tutela dos direitos fundamentais das pessoas.

²⁹ V. Relatório do PE sobre o Tratado de Lisboa, 2007/2286 (INI).

III. A IMPORTÂNCIA HODIERNA DA CONSIDERAÇÃO DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

*“O problema actual dos direitos sociais ou direitos a prestações em sentido estrito está em não levarmos a sério o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente (...) Os direitos económicos, sociais e culturais, na sua qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais de uma comunidade jurídica bem ordenada”.*³⁰

As preocupações globais enunciadas pelas *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Bruxelas*, de 14 de Dezembro de 2007, na pressuposição do quadro institucional estável e duradouro proporcionado pelo Tratado de Lisboa, afastadas que estavam ainda as dúvidas que este veio recorgitar mais recentemente, a abrir espaço para a consideração pela União dos *“desafios concretos que se avizinham”*, nomeadamente, *as alterações climáticas, a globalização, o reforço e modernização do modelo europeu de sucesso económico e de responsabilidade social, o reforço da competitividade da UE, o Estado de Direito, o desenvolvimento sustentável, a estabilidade mundial, as migrações, a energia e a protecção do clima, assim como a luta contra a insegurança mundial, a criminalidade internacional e o terrorismo*, foram rapidamente ultrapassadas pela emergência da mais grave crise económico-financeira mundial desde os anos 30 do século passado e deram lugar a outras preocupações, pela premência da sua gravidade: restabelecer e manter um sistema financeiro estável e fiável, apoiar a economia real, adoptando para o efeito, planos de relançamento da economia europeia, e mantendo viva a preocupação de assegurar a renovação da economia para além dos contornos actuais da crise.

Estas preocupações surgem inevitavelmente acompanhadas pela imponente do lado humano da crise e da vastidão dos seus efeitos, matéria na qual, mais do que nunca, a reacção da UE constitui um teste à sua própria capacidade de resistência.

A evidência histórica de uma crise enredada em tais façanhas reclama uma resposta multidimensional concertada na actividade da UE e dos Estados-membros,

³⁰ J. J. Gomes CANOTILHO, “Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na Problemática Actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais” (1996), in: “Estudos Sobre Direitos Fundamentais”, Pag.98.

polarizada nas diferentes áreas que reclamam uma protecção adequada e uma tutela efectiva. Pense-se, por exemplo, na inequívoca interdependência que factores como o desemprego, a desigualdade de oportunidades, a pobreza e a exclusão social, encerram em si. As medidas que reclamam individualizadamente exigirão uma certa e inequívoca multidimensionalidade, atendendo à interconexão dos efeitos que aqueles propiciam.

A relevância da dimensão comunitária desnudada, assim, à medida que a crise se desenvolve e aloja no regaço dos concretos indivíduos que dão corpo à cidadania europeia, actores activos e concorrentes no mercado único, mas também cidadãos da União, vem denunciar a importância da consideração hodierna dos direitos económicos, sociais e culturais, e afirmar a exigência abrupta de soluções concertadas que congreguem nos seus propósitos denominadores mínimos comuns de protecção de um (ainda insípido) Estado Social Europeu. Neste sentido, não se podendo obnubilar a existência de diferenças evidentes a nível da situação socio-económica dos diferentes Estados-membros, enfatizada com o mais recente alargamento aos países do leste da Europa, no sentido em que cada um deles dispõe de um conjunto amplo de instrumentos para fazer face às suas circunstâncias específicas, terá de reconhecer-se que tais instrumentos serão tanto mais eficazes quanto forem utilizados num quadro comunitário claro, desde logo se atendermos à inevitabilidade das implicações transfronteiriças que qualquer medida interna acaba por ter no espaço de outros Estados-membros partilhado na orgânica do mercado único³¹.

A verdade é que nunca os direitos económicos, sociais e culturais haviam sido 'levados tão a sério' como no excuro do último ano, agudizada a urgência da sua consideração pela pressão sem precedentes na Europa em resultado da crise económica mundial, com os inevitáveis desafios que veio trazer ao nível da coordenação e da necessidade de reforço da solidariedade entre os 27 Estados-membros.

Cumpre perceber donde surgiu esta premência e a necessidade actual da consideração dos direitos económicos, sociais e culturais, mediatizada pelo reconhecimento de verdadeiros direitos fundamentais que não se poderão dissociar da

³¹ Pense-se, por exemplo, na simbiose irrefractável entre as migrações, o crescimento e o emprego, na pressuposição de que as primeiras podem ter um impacto significativo no potencial de crescimento e no aumento do emprego, nos mercados de trabalho, na capacidade de adaptação, na produtividade, na competitividade e nas finanças públicas. Ora, uma política de imigração eficaz terá de ser encarada à luz da eventual escassez de competências e das exigências do mercado de trabalho, a par da preocupação de promover a efectiva integração. Eis uma matéria em que, não obstante o apêgo de competências demonstrado pelos Estados-membros, exige uma resposta política concertada com as exigências do espaço do mercado único comunitário.

sua natureza de 'direitos a prestações', reclamando, mais do que nunca, efectivas políticas que conciliem os objectivos e princípios com actividades no terreno, através de empenho e acções concretas, espelhadas numa responsabilidade partilhada e de participação, a traduzir, a final, o fim último que transportam: o valor da dignidade da pessoa humana.

A motivação da inquietação gerada em volta dos direitos económicos, sociais e culturais, advirá, em suma, de uma conjuntura actual propiciada pela confluência de múltiplos factores na Europa, anteriores e até independentes da crise económico-financeira, que se poderá retratar assim, absorvendo as conclusões de LIDDLE e LERAIS³²: *“As sociedades europeias enfrentam desafios sociais de grande envergadura. A economia do conhecimento pode parecer ameaçadora para os que têm poucas habilitações e poucas aspirações educativas. O desemprego e a inactividade prejudicam ainda a vida de muitos, assim como os problemas por resolver de pobreza generalizada. As desvantagens geracionais podem estar a enraizar-se e a mobilidade social torna-se mais problemática. As consequências sociais da sensação de fracasso pessoal nas nossas sociedades desiguais pode estar a causar novo stress e problemas em termos de disfuncionalidade da família, criminalidade e comportamento anti-social, doenças mentais e novas doenças da abundância. Os laços de solidariedade subjacentes ao modelo social europeu podem estar a desgastar-se, nomeadamente em resultado de uma dependência do Estado social e das questões relativas à integração de comunidades minoritárias nas nossas sociedades³³”.*

Neste ensejo, a gravidade da actual situação económico-social da Europa actual não admite contemplanções. É certo que muitas têm sido, nos últimos meses, as declarações de intenção tendentes à promoção do emprego e à inclusão social, enquanto parte integrante das estratégias encetadas pela UE de combate à crise. Acolhem-se, com entusiasmo, neste sentido, a par das já referenciadas, iniciativas como a *Agenda Social Renovada*, adoptada em 2 Julho de 2008 pela Comissão, empenhada num conjunto de políticas comunitárias para, em parceria com os Estados-membros, apoiar a realização

³² V. Roger LIDDLE e Frédéric LERAIS, *“A Realidade Social da Europa”*, Documento de Consulta do Gabinete de Conselheiros de Política Europeia (BEPA).

³³ Apesar do desconforto enunciado, os mesmos autores entendem que *“Há muitos motivos para ser optimista. A satisfação com a vida e a felicidade são mais elevadas na Europa do que em qualquer outra região do mundo. A esperança de vida aumentou e pode aumentar ainda muito mais, bem como a possibilidade de viver uma vida mais saudável e mais longa. O emprego proporcionado pela economia do conhecimento tem maior potencial de realização pessoal. As oportunidades educativas estão em expansão. As mulheres são mais independentes e controlam a própria vida. A diversidade pode constituir uma grande fonte de forças criativas. A gestão correcta da imigração pode ajudar a satisfazer as necessidades económicas e sociais da Europa. Os europeus podem contar com um mundo pleno de oportunidades novas. A função dos políticos dos nossos Estados-Membros e da UE é garantir o maior acesso possível a elas.”*

de acções em sete domínios prioritários: as crianças e os jovens, “a Europa de amanhã”; investimento nas pessoas, “mais e melhores empregos, novas competências”; mobilidade; vidas mais longas e saudáveis, combate à pobreza e exclusão social; combate à discriminação e promoção da igualdade entre homens e mulheres; oportunidades, acesso e solidariedade na cena mundial³⁴. Na mesma altura, foi avançado pela Comissão Europeia o ano de 2010 como o *Ano Europeu do Combate à Pobreza e à Exclusão Social*³⁵.

O *Documento-Quadro Estratégico sobre as prioridades e orientações para as actividades do Ano Europeu de 2010*³⁶ é particularmente interessante e feliz na abordagem que faz da problemática da pobreza e da exclusão social, voraz nas categorias mais vulneráveis das sociedades europeias, associando-a aos desígnios da crise, em especial nas consequências que dita para o crescimento e para o emprego na UE, mas situando-a antes dela.

A Comissão e os Estados-membros responderam positivamente à necessidade de tomar medidas para fazer face à crise e para preparar as condições para a retoma³⁷. No Outono de 2008, a UE tomou as medidas necessárias para evitar o colapso dos mercados financeiros. Em Dezembro do mesmo ano, acordou num *Plano de Relançamento da Economia Europeia* (PREE), com vista a travar o ritmo da desaceleração e criar as condições que possibilitem a retoma³⁸. Por sua vez, a maioria dos Estados-membros introduziu medidas sociais e de apoio ao emprego, a fim de ajudar as pessoas e de atenuar os custos humanos da crise.

Neste ponto particular, entende-se, como já atrás enunciado, que, embora sejam os Estados-membros que se encontram na linha da frente da resposta a estes desafios, as

³⁴ V. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=548&langId=en>

³⁵ V. <http://2010againstopoverty.ec.europa.eu>

³⁶ Publicado no JOCE, edição L 298, em 07.11.2008.

³⁷ V. Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias dirigida ao Conselho Europeu da Primavera: “*Impulsionar a retoma europeia*”, Bruxelas, 4.3.2009 COM (2009) 114 final, Vol. 1.

³⁸ Segundo a Comissão Europeia, os Estados-Membros concentram as suas medidas em quatro grandes tipos de prioridades: 1) Medidas destinadas a manter os postos de trabalho existentes: subsídios de curto prazo, redução das contribuições para a segurança social, subvenções salariais e apoio às PME; 2) Medidas destinadas a assegurar uma rápida (re)integração no mercado de trabalho: formação profissional e apoio às camadas desfavorecidas da população, alterações das prestações por doença e por invalidez e novas regras de elegibilidade para os subsídios de desemprego; 3) Medidas destinadas ao apoio às camadas mais vulneráveis: aumentar o rendimento/salário mínimo, alargar a cobertura ou a duração dos subsídios de desemprego, aumentar os subsídios de habitação ou familiares, abatimentos ou isenções fiscais e medidas para fazer face ao endividamento excessivo ou à reapropriação; 4) Medidas destinadas a reforçar a protecção social e investir nas infra-estruturas sociais e de saúde: os investimentos na habitação, hospitais, cuidados primários, infra-estruturas de cuidados de longa duração e escolas e as medidas destinadas a ajudar os fundos de pensões a fazerem face às suas responsabilidades a longo prazo.

políticas europeias³⁹ conferem-lhe valor acrescentado, ajudando-os a conceber e a executar respostas eficazes ao desafio colocado pelo emprego e pela coesão social.

De facto, hoje, tão ou mais importante do que as preocupações ligadas à sustentabilidade financeira dos mercados, é a urgência da consideração do domínio social. Seguindo as considerações da *Comunicação da Comissão Europeia de 4 de Março de 2009, dirigida ao Conselho Europeu da Primavera, sob o mote “Impulsionar a retoma europeia”*, à medida que a economia mundial tem vindo a deteriorar-se, a quebra da procura e a perda de postos de trabalho estão a afectar as empresas, as famílias e as comunidades em toda a UE. A acompanhar a generalização do impacto a nível do emprego, agudiza-se a necessidade de concretizar políticas tendentes à limitação das muitas dificuldades sentidas pelas pessoas que diariamente enfrentam o desemprego. Torna-se evidente que será grande o sofrimento a curto prazo, em especial para os jovens, trabalhadores com contrato a prazo e trabalhadores migrantes.

Advém, portanto, da concreta factualidade que se demonstra a urgência da consideração dos direitos económicos, sociais e culturais, não só enquanto resposta necessária à crise globalizante que avança desmesuradamente pela Europa, mas sobretudo como reconhecimento do valor da inerente dignidade humana que convocam para a efectiva concretização do espaço europeu como *“espaço de reforço garantístico”* para determinados direitos que hoje, mais do que nunca, seriamente se impõem: *“direitos relacionados com problemas de inclusividade (imigrantes, refugiados e asilados), direitos conexados com a socialidade europeia (os direitos sociais), direitos relacionados com sustentabilidade ecológica (direito ao ambiente, direito à água), direitos relacionados com as diferenças étnicas e éticas (minorias), direitos ligados à digitalidade e a dados informáticos (serviços de informação europeus) e os direitos relacionados com a defesa dos consumidores*⁴⁰.

³⁹ A título de exemplo, veja-se o relançamento do *Fundo Europeu de Ajustamento à Globalização* mobilizado para o apoio dos trabalhadores afectados por reduções significativas de postos de trabalho, bem como as suas comunidades e o Fundo Social Europeu que disponibilizará 10,8 milhões de euros em subvenções para responder aos problemas da crise.

⁴⁰ J. J. Gomes CANOTILHO, “Compreensão Jurídico-Política da Carta”, in: *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Ius Gentium Coninbrigae, Coimbra, 2001, p. 15.

IV. A TUTELA DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

“Uma coisa é afirmar a existência de um direito, outra é determinar quais os modos ou formas de protecção desse direito⁴¹”.

i. A liberdade económica e a protecção dos direitos sociais na União Europeia: sopesar esta por aquela?

“As we have seen, market integration has challenged the regulatory powers of the states which are in many cases aimed at protecting or promoting social rights such as the rights to education, health, and social protection, fair working conditions, minimum income and, in broader sense, other “social” rights such as consumer and environmental protection⁴²”.

Na história da integração económica europeia, o desenvolvimento dos direitos sociais surge prisioneiro dos valores da liberdade económica e do mercado único e não como consequência de uma concepção política de protecção económica e social que qualquer cidadão europeu desejaria.

Ainda que enquadrada nos primeiros desígnios da época do Welfare State⁴³, o carácter económico vertido na construção comunitária inicial conduziu ao reconhecimento de pouco mais que liberdades de natureza económica, como a liberdade de circulação de mercadorias, de capitais, de pessoas e a liberdade de prestação de serviços. Os direitos reconhecidos foram certamente mais leais aos objectivos gerais e às competências comunitárias do que à protecção dos direitos individuais.

De facto, a integração europeia tem vindo a promover, no essencial, desde a sua origem, a liberdade económica, relegando os direitos e políticas sociais para um plano

⁴¹ J. J. Gomes CANOTILHO, “Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1988), in: “Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra, 2004, p.51.

⁴² Miguel Poiars MADURO, “We still have not found what we have been looking for the balance between economic freedom and social rights in the European Union”, in: Working Paper 4/99, 1999, FDUL, p. 32.

⁴³ Harold L. WILENKII: “The essence of the Welfare State is government-processed minimum standards of income, nutrition, health, housing and education, assured to every citizen as a political right, not as charity.”, in: “The Welfare State and the Equality: Structural and Ideological Roots of Public Expenditures”, Berkeley: Califórnia, 1975, p.1.

secundário, estribada no princípio da autonomia dos Estados-membros, a par das parcas atribuições e competências detidas pela UE no domínio social, dispondo tão-só de um poder geral de recomendação sobre elas.

Não se poderá, contudo, olvidar o facto de ter também contribuído a integração económica (ainda que de um modo funcional com vista à promoção da liberdade económica e da des-regulação) para a promoção dos direitos sociais europeus. Toma-se como exemplo o princípio da não-discriminação que, uma vez recebido no ordenamento jurídico comunitário das tradições constitucionais dos Estados-membros, constituiu o ponto de partida para alguns dos mais importantes desenvolvimentos na protecção dos direitos sociais na UE⁴⁴.

Contudo, não nos descartando de todas as dúvidas que tentamos expurgar, é indesmentível que a UE sempre teve uma “*dimensão social*”. O Tratado de Roma incluía um compromisso de longo alcance em termos de igualdade entre homens e mulheres e o artigo 13º do Tratado de Amesterdão conferia competência legislativa à União para lutar contra todas as formas de discriminação. A *Agenda Social da União*, criada nos anos 80 como contrapeso social à criação do mercado único, centrada na protecção do emprego e na parceria social, deu origem a legislação em matéria de emprego mínimo, normas de saúde e segurança e garantia de direitos de segurança social transfronteiriços para os trabalhadores. A par dessa vertente, a União desempenhou igualmente um papel importante no reforço da coesão social, na diminuição das desigualdades regionais e no apoio ao ajustamento das mudanças económicas. Estes elementos foram adoptados pela *Estratégia de Lisboa*⁴⁵ renovada para o crescimento e o emprego, empenhada não só no desempenho e na competitividade económica, mas também na criação de maior coesão

⁴⁴ A garantia da liberdade de movimento das pessoas, e dos trabalhadores, tem como consequência lógica a inadmissibilidade de os trabalhadores serem alvo de discriminação independentemente do estado no qual escolham viver. Por conseguinte, o princípio da proibição da discriminação com base na nacionalidade (artigo 6º CE) foi usado pelo TJCE para estender a protecção conferida pelos direitos sociais num dado Estado-membro aos nacionais de outro Estado-membro. O TJCE defendeu a abolição da discriminação com base na nacionalidade entre os trabalhadores de um Estado-membro, designadamente no que se refere a “emprego, remuneração e outras condições de trabalho e emprego”. Mais tarde, viria a concretizar a proibição de discriminação relacionada com a livre circulação dos trabalhadores ligando-a a factores como o direito à educação ou a uma orientação vocacional, ou o direito à protecção e segurança social, ou o direito à família. Tal foi favorecido pelo efeito directo atribuído ao princípio de não-discriminação com base na nacionalidade estatuído no artigo 6ºCE.

⁴⁵ No âmbito da Estratégia de Lisboa renovada, a UE compromete-se, juntamente com os Estados-membros – que continuam a ter competência primária para delinear as suas próprias políticas – a identificar colectivamente as abordagens políticas mais susceptíveis de combinar a prosperidade e a solidariedade, centrais para a visão de Lisboa e de promover a sua assimilação. Por conseguinte, a Estratégia de Lisboa inaugurou uma reflexão colectiva sobre questões sociais numa acepção muito vasta, que abrange questões tradicionais de flexibilidade do mercado de trabalho e de reforma do Estado social, mas também questões ligadas aos sistemas de ensino e de formação profissional.

social e na dimensão social da sustentabilidade.

Contudo, fazendo o inevitável balanço entre a liberdade económica e os direitos sociais, terá de concluir-se que, não obstante os avanços e consensos obtidos por via quer de um poder geral de recomendação, quer dos desenvolvimentos jurisprudenciais notáveis na matéria, o processo de integração europeia assente na promoção da liberdade económica não foi compensado por um desenvolvimento expectável dos direitos sociais europeus. Resta saber se a primazia que vem enunciada se poderá manter incólume por muito mais tempo ou se as dificuldades actuais trazidas com a actual crise económico-financeira, ainda insípida na atrocidade das consequências que promete para o domínio social europeu, transmudarão a prioridade naquela que se revela como a mais ampla e desafiadora experiência da governança europeia no mundo actual: a afirmação dos seus valores sociais na diversidade através da consecução do aclamado modelo social europeu que faz da Europa um lugar diferente para se viver.

Como se pode ler nos considerandos da já abordada *Comunicação dirigida ao Conselho Europeu da Primavera*, *“A economia da UE tem grandes trunfos a longo prazo. Ao manter a sua sólida posição nos mercados mundiais de exportação, demonstrou ter a competitividade necessária para vencer na era da globalização. A UE dispõe de uma população activa altamente qualificada e de modelos sociais que estão a dar provas numa altura de extrema pressão, protegendo as camadas mais vulneráveis da nossa sociedade. A UE está especialmente bem colocada para a transição para uma economia de baixo carbono e para vencer o desafio tecnológico da luta contra as alterações climáticas. Vencer o desafio da crise de uma forma colectiva e num espírito de solidariedade constitui a melhor forma de a Europa aproveitar estes trunfos, com vista a travar a desaceleração e a regressar a uma via de crescimento”*.

A par da importância das medidas de salvaguarda dos mercados económicos e financeiros que têm vindo a ser propugnadas pela UE, como forma de se evitar o seu colapso, tudo aponta para uma mudança de direcção nas políticas da União encetadas nos últimos meses que colocam as preocupações das pessoas, concretas e reais, no seu centro⁴⁶. Deixa-se adivinhar, assim, no presente cenário, uma mudança política, bem-

⁴⁶ A propósito, sob a epígrafe, *“Apoiar as pessoas durante o período da crise”*, a Comissão Europeia, *confirmando o seu mais recente apego aos direitos sociais*, decorrente da visibilidade que com a crise lhes adveio, recomenda alguns elementos que deverão ser tidos em conta pelos Estados-membros na concepção de medidas adequadas e eficazes, desde logo: *manter as pessoas em situação de emprego*, concedendo designadamente apoio financeiro aos contratos de trabalho flexíveis e temporários e promovendo o ajustamento temporário dos horários de trabalho de acordo com as necessidades de produção pode constituir uma fonte importante de flexibilidade do factor trabalho («horário reduzido»); evitar despedimentos em massa pode atenuar o impacto social da crise, poupar custos consideráveis de despedimento e de

intencionada ao que parece, que traz aos direitos sociais fundamentais a atenção e importância que não tiveram nos últimos 60 anos de integração europeia.

ii. O conteúdo garantístico dos Direitos Económicos e Sociais nos Tratados

“A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3º e 4º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas, um elevado nível de emprego e de protecção social, a igualdade entre os homens e as mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de protecção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-membros”⁴⁷.

Tendo presente os objectivos da Comunidade tal como enunciados no Artigo 2º CE, a par da diversidade dos direitos sociais consagrados nas constituições dos Estados-membros, é possível deduzir a existência de um ‘*direito constitucional comum europeu*’⁴⁸ no domínio dos direitos sociais?

A realização do mercado comum e a prossecução de objectivos imediatos essencialmente económicos do Tratado CE, impregnaram as suas disposições relativas

(re)contratação para as empresas e evitar a perda de capital humano específico das empresas; *reforçar a activação da mão-de-obra e proporcionar o apoio adequado aos rendimentos* das pessoas mais afectadas pela desaceleração económica, recorrendo plenamente às prestações de protecção social, de acordo com a abordagem de flexigurança; *investir na actualização e reforço das qualificações*, em especial dos trabalhadores com contratos a prazo e em sectores em declínio, devendo ser dada preferência à formação orientada para as necessidades futuras do mercado de trabalho, tais como os postos de trabalho verdes; *a atenuação do impacto directo da crise financeira sobre as pessoas*, com base em medidas específicas destinadas a evitar o endividamento excessivo e a manter o acesso aos serviços financeiros; *assegurar a livre circulação dos trabalhadores* no mercado único, que constituirá uma fonte de novas oportunidades; *ponderar a tomada de medidas de apoio*, tais como a redução dos custos não salariais dos trabalhadores com reduzidas qualificações, sendo que a evolução salarial e as medidas fiscais devem ter em conta a competitividade e o crescimento da produtividade de cada Estado-membro; *assegurar um apoio suficiente para lutar contra o desemprego dos jovens e o abandono escolar precoce*; *promover a Integração das medidas destinadas a reformular a legislação em matéria de protecção do emprego no quadro de uma abordagem de flexigurança*, que abranja todas as componentes de modo a reduzir a segmentação e a melhorar o funcionamento dos mercados de trabalho.

⁴⁷ Artigo 2º CE.

⁴⁸ Expressão de Peter HABERLE.

aos direitos e liberdades dos cidadãos⁴⁹ com um cunho também ele marcadamente económico. Não obstante, o Tratado CEE e os desenvolvimentos que haveria de conhecer por via do direito comunitário derivado, concederam, afinal, aos cidadãos dos Estados-membros vários direitos económicos e sociais, invocáveis perante os tribunais nacionais ou perante os tribunais comunitários, desde logo, *o direito à não-discriminação em razão da nacionalidade*⁵⁰, *o direito à igualdade de remuneração entre homens e mulheres*⁵¹, *os direitos de livre circulação, de acesso e de exercício de uma actividade económica, assalariada ou independente, no território de um Estado-membro diferente do Estado de nacionalidade*⁵², *o direito de acção perante o Tribunal de Justiça no quadro do controlo da legalidade*⁵³ e *o direito à reparação por prejuízos resultantes da acção ou omissão dos órgãos comunitários*⁵⁴, entre outros.

A essência deste conjunto de direitos originariamente previstos na construção comunitária, designadamente do domínio social, evoluiu através da consolidação de dois princípios fundamentais: *o princípio da não-discriminação e igualdade e o princípio da livre circulação*. Nos termos do artigo 12º CE, *“no domínio de aplicação deste Tratado, e sem prejuízo das disposições especiais nele previstas, é proibida qualquer discriminação com base na nacionalidade”*. Com efeito, o nº 2 do artigo 39º CE prescreve a *“abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho”*⁵⁵. Também o princípio de livre circulação (entenda-se, liberdade de circulação de pessoas, liberdade de estabelecimento, e liberdade de prestação de serviços) intrinsecamente ligado ao princípio da não discriminação, reconhecido inicialmente aos trabalhadores, deu rapidamente lugar à livre circulação dos seus familiares, o que

⁴⁹ Com efeito, quer a al. i) do artigo 3º relativa à criação de um Fundo Social Europeu, quer o artigo 7º respeitante ao princípio da não-discriminação ou o artigo 48º concernente à liberdade de deslocação, ao acesso ao emprego, à fixação e permanência dos trabalhadores e às condições de trabalho, estabelecem princípios e regras destinadas a garantir que a livre circulação das mercadorias e dos capitais será acompanhada da livre circulação de pessoas.

⁵⁰ Artigo 12º CE.

⁵¹ Artigo 141º CE. A consagração o princípio da igualdade entre homens e mulheres serviria, no entendimento do TJCE, uma dupla finalidade: uma finalidade económica, por eliminar a discriminação entre trabalhadores de sexo diferentes em matéria de remuneração e uma finalidade social, na medida em que propugna o progresso social e a melhoria das condições de vida e de emprego dos europeus.

⁵² Artigos 39º, 43º e 49º CE.

⁵³ Artigos 230º e 232º CE.

⁵⁴ Artigos 235º e 288º CE.

⁵⁵ O princípio da não-discriminação viria a ser objecto de regulamentação pelo Conselho com o Regulamento 1612/68, do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, que vem especificar as condições da sua aplicação, no que respeita ao acesso ao emprego e ao exercício da profissão, colocando, no essencial, todos os trabalhadores da Comunidade Europeia, seja qual for a sua nacionalidade, em pé de igualdade relativamente ao direito social e sindical.

implica não apenas o direito de deslocação mas também o direito à instalação e residência. Após o Regulamento 1612/68 do Conselho e a afirmação do princípio de livre circulação como um direito fundamental dos trabalhadores e das suas famílias, ganha forma e sentido a livre circulação de pessoas, ou seja, o direito das pessoas se instalarem, residirem e permanecerem no país comunitário à sua escolha.

Poderá concluir-se, no que ao Tratado CE diz respeito, que com ele foram regulamentados os direitos económicos e sociais dos cidadãos comunitários, que ultrapassam as fronteiras nacionais e lhes permitem deslocar-se livremente, fixar residência e trabalhar em todo o espaço comunitário, em igualdade e nas mesmas condições dos nacionais dos outros países da Comunidade Europeia. Com o avançar dos tempos, instituíram-se direitos novos e o conjunto de regras que disciplinam a livre circulação de pessoas fez surgir uma nova categoria de cidadãos, os “*cidadãos do mercado comum*” que o TJCE reforçou, ao estabelecer um *standard maximum* de direitos fundamentais que os nacionais de um país da CE podem invocar e fazer valer junto das Instituições Comunitárias⁵⁶.

Não obstante o esforço político progressivo de intervenção comunitária no domínio social intensificado a partir da década de 70, a política social comunitária apenas ganha novo impulso com o Acto Único Europeu, que veio introduzir importantes alterações aos Tratados em matéria social, fazendo coincidir a realização do mercado interno com a promoção da coesão social. Compreendeu-se, a partir daqui, que o mercado comum não teria sentido se não fosse acompanhado do progresso social traduzido no aumento do nível de vida e de segurança social dos cidadãos europeus.

Esta concepção integracionista da dimensão social conduziu os trabalhos que estiveram na origem da adopção, em 9 de Dezembro de 1989, por onze dos doze Estados-membros que então compunham a CEE, da *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*, congregando, em si, um conjunto de princípios e direitos que encerram o âmbito da dimensão social europeia. Assim, enfatiza-se o direito à livre circulação e o direito à igualdade de tratamento entre homens e mulheres e proclama-se o direito ao emprego e remuneração, o direito a melhores condições de vida e de trabalho, o direito à protecção social, o direito à livre associação e à negociação

⁵⁶ Apesar, contudo, de se poder reconduzir a contemplação de uma política social aos Tratados originários, contendo disposições destinadas a proteger os trabalhadores a mudar de país membro da CE e de trabalho sem perder os benefícios da segurança social, e reconhecendo que os trabalhadores devem ser protegidos contra alterações económicas bruscas e ajudados a adaptar-se a novos empregos, a verdade é que a política social foi durante muito tempo relegada para um patamar secundário, considerada que era um assunto nacional dos Estados-membros, no qual a CE apenas intervinha face a problemas muito específicos decorrentes do Tratado CEE em matéria social.

colectiva, o direito à formação profissional, o direito à informação e consulta, o direito à protecção da saúde e à garantia de segurança no ambiente de trabalho, o direito à protecção das crianças e dos adolescentes, o direito dos idosos e o direito dos deficientes.

Os direitos sociais, tal como conhecidos hoje, viriam, assim, a inspirar-se numa fonte que não tem valor vinculativo⁵⁷, a *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*, e numa Convenção do Conselho da Europa, a *Carta Social Europeia*, que é objecto de uma aplicação assimétrica pelos vários Estados-parte⁵⁸.

Concluído igualmente por onze dos doze Estados-membros, o *Acordo sobre Política Social* posteriormente convertido no Protocolo sobre Política Social anexado ao *Tratado de Maastricht* que instituiu a União Europeia⁵⁹, veio precisar as modalidades nos termos das quais os Estados-membros partes do *Acordo* podiam estabelecer os seus esforços de cooperação em matéria social, nomeadamente, no que se refere à melhoria do ambiente de trabalho, a fim de proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores, às condições de trabalho, à informação e consulta dos trabalhadores, à igualdade entre homens e mulheres no que se refere a oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho e à integração de pessoas excluídas do mercado de trabalho. Excluídas ficaram matérias concernentes às “remunerações, ao direito sindical, ao direito à greve e ao direito de lock-out⁶⁰”.

O *Tratado de Amesterdão* veio essencialmente reintegrar no seu seio o Acordo sobre Política Social de 1992. O capítulo do TCE que contém as disposições sociais não

⁵⁷ Ainda que seja hoje citada no artigo 136º do TCE, a *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores* não constitui mais do que uma declaração de intenção política, desprovida de qualquer valor jurídico, na medida em que a sua aplicação depende da vontade das autoridades competentes dos Estados-membros, dos parceiros sociais e das medidas e acções adoptadas pela própria Comunidade, no reduto da pouca autonomia que lhe é reconhecida na matéria. Ela não perseguiu, assim, outro objectivo que não o de incitar quer os Estados-membros quer a Comunidade Europeia, nos limites das competências respectivas, ao reconhecimento de certos direitos sociais fundamentais. O seu mérito principal foi o de encorajar a Comissão a fazer ao Conselho propostas em matéria social, nos domínios relevantes da competência comunitária.

⁵⁸ Tal facto foi confirmado através do aditamento de um considerando ao preâmbulo do Tratado de Amesterdão, no qual se afirma: “*Confirmando o seu apego aos direitos sociais fundamentais, tal como definidos na Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961, e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989*”.

⁵⁹ É inegável, contudo, que com o TUE e com o seu emergente estatuto de cidadania europeia, estes e outros direitos adquiriram a dimensão típica dos direitos de cidadania, cujo reconhecimento passou a depender de um vínculo jurídico-político entre o indivíduo e o Estado-membro e cuja titularidade resulta directamente do Tratado e é assegurada a qualquer cidadão da União. Com o número 2 do artigo 8º (actual artigo 17º, nº2), consagra-se o princípio da relevância dos direitos fundamentais num duplo sentido: por um lado, é reconhecida a relação indissociável entre o estatuto de cidadão e a protecção dos direitos fundamentais, entre os quais os direitos sociais fundamentais; e, por outro lado, uma disposição expressa determina que os cidadãos da União beneficiam de direitos e estão sujeitos aos deveres previstos no presente Tratado.

⁶⁰ Protocolo e Acordo sobre Política Social, anexos ao Tratado de Maastricht.

reconhece formalmente os direitos sociais fundamentais. No entanto, introduz o Título VIII relativo ao emprego, consagrando o direito ao emprego, então considerado uma “*questão de interesse comum*”, bem como a questão da igualdade entre homens e mulheres⁶¹.

Actualmente, os objectivos da política social estão enunciados no artigo 136º TCE e são a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, a protecção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro. A Comunidade procurará atingir estes objectivos apoiando e completando as acções dos Estados-membros, de acordo com o artigo 137º TCE, e através da harmonização e aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros⁶².

Poder-se-á concluir, em jeito de resposta à questão inicialmente formulada que, não obstante a deriva de que têm sido alvo os direitos sociais na ordem jurídica comunitária, vertida, sem dúvida, no alargamento paulatino do elenco das disposições garantísticas de direitos, sempre temperado pelo carácter vago e ambíguo da “comunitarização” das obrigações dos Estados-membros em matéria social, é possível deduzir um denominador comum expresso em direitos como o direito ao trabalho, à protecção social, à instrução e à formação, o direito às condições mínimas de existência, o direito à igualdade entre homens e mulheres e à não-discriminação.

⁶¹ Porém, o Tratado de Amesterdão continua a exigir a obtenção da unanimidade no Conselho para a aprovação de actos em matérias essenciais do domínio social, como segurança social e protecção social dos trabalhadores, condições de emprego dos nacionais de países terceiros que tenham residência regular no espaço comunitário ou contribuições financeiras destinadas à promoção do emprego e à criação de postos de trabalho, mantendo-se excluídas da competência comunitária as questões relacionadas com remunerações, direitos de associação, de greve e lock-out.

⁶² Artigo 137º CE: “A Comunidade e os Estados-membros, tendo presentes os direitos sociais fundamentais tal como os enunciam a Carta Social Europeia, assinada em Turim em 18 de Outubro de 1961, e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989, terão por objectivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria, uma protecção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro e a luta contra as exclusões”.

iii. A carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: simbolismo do ideal político da união e (ou) mecanismo de protecção e efectivação dos direitos (sociais) fundamentais ?

“O direito como norma, reclama para si não apenas a sua aceitação, mas, além de exigir daqueles a quem é dirigido, um conhecimento fáctico, também pretende ser digno de reconhecimento. A forma gramatical de preceitos nada diz acerca da validade destes⁶³.”

Sem dúvida que, se os próprios tratados contribuem de forma decisiva para a revelação – ainda que fragmentada e casuística – dos direitos sociais fundamentais, um tal instrumento, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, enquanto organização de um quadro claro de direitos, constitui uma base importante para a tutela dos direitos fundamentais no espaço da União e das Comunidades.

Mas a pergunta impõe-se: (sob que condições) pode a inserção de direitos sociais na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia contribuir para a construção de uma Europa Social, no âmbito e limites reiterados no seu preâmbulo, nos termos do qual *“A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União, e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-membros, do TUE, dos TCE, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do TJCE e do TEDH”*?

Insurge-se, desde logo, a consideração da insuficiência das atribuições da UE em matéria de política social que são, de um modo geral, complementares ou subsidiárias em relação à dos Estados-membros, o que se poderá confirmar, desde logo, pela possibilidade de cada um deles diminuir o nível de protecção social consagrado nas suas legislações nacionais, uma vez que a isso não estão impedidos⁶⁴. De facto, o direito europeu, não o impedindo é certo, não impõe um nível mínimo de protecção social⁶⁵, e

⁶³ Jurgen HABERMAS, “Sobre a legitimação baseada nos Direitos Humanos”, 1998, p. 168.

⁶⁴ Olivier de SCHUTTER, “La Contribution de la Charte des Droits Fondamentaux de l’ Union Européenne à la Garantie des Droits Sociaux dans L’ Ordre Juridique Communautaire”, IN: *Revue Universelle des Droits de L’Homme*, 2000, p. 33 e ss.

⁶⁵ Tal circunstancialismo, aliás, também ajudou à controvérsia assumida aquando da elaboração da própria Carta, perante as dúvidas surgidas na ‘Convenção’ sobre a consagração ou não dos direitos sociais. Ademais, outras dificuldades foram invocadas, advindas, primeiro, do facto de as fontes dos direitos sociais serem menos sólidas do que as fontes inspiradoras dos restantes direitos e em segundo, as profundas divergências nacionais quanto aos direitos sociais.

mais, nem sequer proíbe a regressão em matéria social, vigorando neste domínio, quase em absoluto, o princípio da autonomia dos Estados-membros⁶⁶.

Numa primeira abordagem, a resposta à questão colocada, é, deste modo, claramente negativa. Mas tal dependerá da interpretação que se fizer do que vai implicado na noção de *“domínio de aplicação do direito comunitário”*, que define, em última análise, as condições de invocabilidade das disposições da Carta. Demarca-se, contudo, a inexistência de uma obrigação dos Estados-membros de protecção dos direitos sociais fundamentais ao ponto de, em princípio, salvo onde o Tratado CE ou o direito comunitário derivado disponham em sentido contrário, em favor de certas garantias específicas, os Estados-membros não serem obrigados, em virtude do direito comunitário, a garantir os direitos sociais fundamentais às pessoas que residam no seu território⁶⁷.

O princípio da autonomia dos Estados-membros em matéria de protecção dos direitos sociais resulta da combinação das três liberdades que o direito comunitário lhes reconhece. Em primeiro lugar, os Estados-membros podem respeitar ou não os direitos sociais fundamentais das pessoas que se encontrem no seu território, na medida em que o direito comunitário não impõe o respeito de qualquer catálogo completo de direitos sociais, sendo, em princípio, indiferente às violações dos mesmos, salvo no que diz respeito a certas e específicas disposições de direito comunitário primário ou derivado. Em segundo lugar, os Estados-membros podem diminuir o nível de protecção dos direitos sociais já adquirido no seu território, aqui igualmente, sem que o direito comunitário os possa impedir. Em terceiro lugar, se os Estados-membros podem, deste modo, diminuir o nível de realização já alcançado no que diz respeito à protecção dos direitos sociais, eles não são obrigados, de algum modo, a fazê-lo em virtude do direito comunitário, tal resultando do entendimento da jurisprudência do TJCE, que é, em geral, muito respeitosa no que toca à preocupação da manutenção pelos Estados-membros da vigência de certas disposições em matéria social, na justa medida necessária para desarmar o risco de se constituírem entraves à liberdade de circulação de pessoas e à livre concorrência no mercado comum. É no cruzamento das liberdades enunciadas que reside a tentação da des-regulação competitiva, ou seja, da diminuição pelos Estados-membros do nível de protecção dos direitos sociais fundamentais, a fim de favorecer, num regime concorrencial, as empresas que operam nos seus territórios.

⁶⁶ Ana Maria Guerra MARTINS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da UE e os Direitos Sociais”, ob. cit., pp. 215.

⁶⁷ As tentativas de impor o reconhecimento destes direitos no direito comunitário levaram, até ao presente, a nada mais que alguns resultados parciais e pouco satisfatórios do ponto de vista jurídico.

Outro ponto cumpre aflorar. Muitos dos direitos sociais enumerados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia receberam uma formulação que parece, à partida, menos exigente do que aquela que foi retida por outros instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos que são obrigatórios para todos os Estados-membros da UE.

Através de uma análise comparativa, e não menos apodíctica, do conteúdo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com a Carta Social Europeia de 18 de Outubro de 1961, deparamo-nos, essencialmente no que aos direitos sociais fundamentais diz respeito, com uma notória insuficiência primeiro enunciativa e depois claramente descritiva do conteúdo semântico que se pode reconduzir a cada um dos direitos de que nos ocupamos, o que sugere, desde logo, do ponto de vista hermenêutico, um resultado diferenciado no valor de sentido de cada um dos instrumentos. Desta simples análise, tão vasta em profundidade quanto o pode ser uma breve leitura, adivinha-se, desde já, o que aqui se vem, a final, explanar: a comprovada falta de ambição, politicamente castrada na sua vontade é certo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no tratamento dos direitos sociais fundamentais⁶⁸, por referência às agruras e discussões apócrifas a que sempre têm estado sujeitos, naquela que se pode considerar uma Europa social deficitária.

Ao mesmo resultado poderíamos chegar através de um estudo comparatístico, em tudo semelhante, agora num plano universal, da mesma Carta com o Pacto Internacional

⁶⁸ O que se afirma poderá comprovar-se facilmente se, a título de exemplo, compararmos a definição que a Carta fornece do direito à segurança social com a explicação que sobre o mesmo é feita no artigo 12º da Carta Social Europeia de 18 de Outubro de 1961. O mesmo poderá verificar-se se notarmos que o artigo que consagra o direito à protecção da saúde na Carta, agrega, em uma única disposição, as disposições bastante mais desenvolvidas dos artigos 11º e 13º da Carta Social Europeia que consagram respectivamente o *“direito à protecção da saúde”* e o *“direito à assistência social e aos cuidados de saúde”*. Por outro lado, tendo como referência os direitos sociais que figuram nos instrumentos internacionais de protecção dos direitos do homem, a lista dos direitos sociais que a Carta retém apresenta algumas lacunas. Desde logo, a Carta não menciona o direito dos representantes dos trabalhadores à protecção nas empresas contra os actos que os possam prejudicar em razão da sua qualidade específica ou o direito desses mesmos representantes às facilidades necessárias e adequadas por forma a poderem cumprir as suas funções, ao passo que a Carta Social Europeia revista prevê estas garantias (artigo 28º). Por sua vez, a Carta nada diz quanto ao direito das pessoas idosas à protecção social que, por seu turno, a Carta Social Europeia revista descreve com pormenor (artigo 23º da Carta Social Europeia). Estas omissões são de tal modo sonantes que o direito comunitário já interveio a fim de reconhecer tais direitos. Nesse sentido se compreende o esforço interpretativo das anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, enquanto *“valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta”*. Do mesmo modo, a Carta não reconhece o direito à dignidade no trabalho (artigo 26º da Carta Social Europeia), o que viria a ser corrigido com a adopção, no plano comunitário, de dois instrumentos contra o *“assédio”* e todas as formas de discriminação no trabalho. De igual maneira, o direito dos trabalhadores à protecção dos seus créditos em caso de insolvência do empregador foi objecto de uma directiva comunitária e da mesma forma, enquanto que se trata de um direito protegido pelo artigo 25º da Carta Social Europeia revista, não figura na Carta.

dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais⁶⁹(PIDESC), adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966, também este bastante mais determinado na sua completude e sentido. Valer-nos-á o esforço da análise, em todo o caso, se atendermos à afirmação inequívoca da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia da indivisibilidade e universalidade dos direitos e liberdades nela consagrados, relegando para o fundo da história a incongruente e pouco hodierna distinção entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, por outro⁷⁰.

Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não consagra qualquer regime jurídico específico para os direitos sociais, à semelhança do que sucede em algumas constituições dos Estados-membros. Não se cria margem para distinções típicas dos direitos sociais, uns verdadeiros direitos subjectivos, outros direitos a prestações, cujo exercício depende de medidas de aplicação. Também nada se diz sobre as regras de aplicação destes direitos, votando-os à imprecisão do seu conteúdo e a constantes remissões para as legislações e práticas nacionais. Tudo o que certamente dificultará o seu exercício pelos particulares. Duas dificuldades se levantam, neste ponto: por um lado, a gritante violação do princípio da igualdade, na medida em que, se a definição do conteúdo de certos direitos fica dependente das legislações e práticas nacionais, que são diferentes, nem todos os cidadãos da UE poderão exercer os mesmos direitos do mesmo modo e em igualdade de circunstâncias. Por outro lado, o número 1 do artigo 52º da Carta vem impor que todos os direitos devem ter um conteúdo mínimo e essencial, pelo que atendendo ao princípio da indivisibilidade dos direitos, tal previsão também inclui os direitos sociais.

Por último, acrescenta-se às dificuldades enunciadas a insipidez, no ordenamento jurídico comunitário, dos meios oferecidos para a invocação dos direitos sociais, ponto

⁶⁹ O PIDESC foi assinado em 1966, a par com o PIDCP, este ratificado por 147 estados, a maioria dos países do mundo, e aquele por esses mesmo estados, menos cinco: Botswana, Haiti, Moçambique, África do Sul e Estados Unidos da América. Segue essencialmente a DUDH de 1948, mais vai mais longe, ao incorporar um acordo que visa conduzir a um reconhecimento dos direitos económicos, sociais e culturais como obrigações jurídicas vinculantes. O Pacto, inicialmente, e até há bem pouco tempo, era concretizado mediante a elaboração e envio de relatórios a ditar uma espécie de “public monitoring”. Recentemente, com a aprovação do Protocolo Adicional ao PIDESC, em Dezembro de 2008, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aberto desde então à ratificação pelos Estados parte do PIDESC, consagrou-se uma solução menos céptica e que visou conferir aos direitos económicos, sociais e culturais a garantia de direitos humanos fundamentais através da instauração de um mecanismo de apresentação de queixas.

⁷⁰ V. Convenção de Viena, 1993 - Vienna Declaration and Program of action (VDPA) – adoptada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 1993, parágrafo 5 da Primeira Parte: “*All Human Rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated, and must be treated in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis*”.

este que urge ser revisto com a eventual decisão sobre a natureza jurídica da Carta, com vista à criação de novos meios aos quais os particulares tenham acesso⁷¹.

Perante as lacunas apresentadas, não é seguramente o conteúdo dos direitos e princípios enumerados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que suscita as maiores dificuldades. É bom que se instale a inquietude no terreno dos direitos sociais, uma vez que a sua inserção numa carta de direitos fundamentais não substitui, de modo algum, uma política social europeia séria e coesa. Uma tal política é necessária, na medida em que constitui o contra-poder exigível num espaço de liberdade. A autonomia que, em princípio, é reconhecida aos Estados-membros da UE em matéria social não é suficiente para garantir as medidas necessárias contra o risco de uma desregulação competitiva. Além do mais, admita-se, será necessária muita imaginação jurídica – assim como de audácia por parte dos juízes, na veste de aplicadores do direito – para que os direitos sociais enumerados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia constituam esse amparo necessário para a promoção de uma europa social⁷².

V. A INIQUIDADE ADVINDA DA AUSÊNCIA DE UMA SOLUÇÃO MULTIDIMENSIONAL PARA A QUESTÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA EUROPA

“The gap between rich and poor countries, and the global iniquities it points to, seriously challenge our commitment to the universality of human rights. In human rights terms, poverty is both a symptom and a cause: continuing severe deprivation is a sign that those affected are living in a state of indignity, and thus denial of rights, and the poor and marginalized are deprived, above all, of the capacity to claim their rights. A marked characteristic of virtually all communities living in extreme poverty is that they do not have access, on equal terms, to the institutions and services of Government that give effect to human rights. This inequality of access, in particular to justice, is often linked to discrimination on other grounds. Economic, social and cultural rights still enjoy a lesser status in law in most countries. Some believe that the principle of progressive realization of these rights creates special difficulties regarding accountability (...) Much work remains to

⁷¹ V. Artigos 51º, nº1 e 52º, nº2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁷² Valer-nos-á o sossego, no que à tutela e protecção dos direitos sociais fundamentais diz respeito, de que o tratamento multidimensional dos direitos sociais fundamentais se continuará a fazer na confrontação dos três sistemas de protecção de direitos fundamentais no espaço europeu: ordenamentos nacionais, sistema desenvolvido sob a égide do Conselho da Europa e sistema comunitário e europeu.

*be done, however, including in convincing often skeptical publics and governments that human rights truly are interdependent and indivisible*⁷³.”

A UE atribui aos direitos económicos, sociais e culturais a mesma importância que aos direitos civis e políticos, tendo presentes a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos, confirmadas pela Conferência Mundial de 1993 sobre Direitos Humanos realizada em Viena. Ambos os tipos de direitos emanam da dignidade inerente à pessoa humana e o exercício efectivo de cada direito é indispensável ao pleno exercício dos outros⁷⁴.

Mas de que falamos quando pensamos nos direitos económicos, sociais e culturais? O que faz deslocar para o centro destes direitos subjectivos, ou mesmo particulares direitos ‘a prestações’, a jus-fundamentalidade que os emancipa pela possibilidade da sua justiciabilidade? Que valor congregam nos seus atropelos e possibilidades?

Cumprе esclarecer, em primeiro lugar, que a consideração da problemática que se enuncia impõe-se invariavelmente entre a multidimensionalidade dos direitos sociais e os problemas interligados no debate do desenvolvimento e da integração social, no sentido de vir a primeira a revelar a abordagem necessária e desejável da segunda.

Os direitos fundamentais de que se fala reconduzir-nos-ão inevitavelmente aos problemas mais sérios e castradores das sociedades contemporâneas. Talvez nem seja de agora. Talvez tenha sido sempre esse o móbil da civilização, o que nos ajuda a perceber o carácter irrefragável dos direitos económicos, sociais e culturais na contemporaneidade da diversidade e da globalização: a erradicação da pobreza e da exclusão social, a promoção da inclusão activa, o reconhecimento do direito das pessoas em situação de pobreza e exclusão social a viver com dignidade e acesso efectivo aos direitos económicos, sociais e culturais, bem como a recursos suficientes e serviços de qualidade, o combate aos esteriótipos e à estigmatização, promovendo a sua participação activa na sociedade, a promoção de sociedades mais coesas, centradas na sustentação e desenvolvimento da qualidade de vida, incluindo a qualidade das competências e do emprego, o bem-estar social, os direitos das crianças, a igualdade de oportunidade para todos, a promoção de políticas de tutela efectiva do direito à protecção social, da igualdade de género, da solidariedade, do direito das pessoas idosas, da integração de pessoas com deficiência, do desenvolvimento sustentável e do direito ao ambiente.

⁷³ V. Programa de Acção da Convenção de Viena.

⁷⁴ V. <http://www2.ohchr.org/english/law/vienna.htm>.

A integração social, enquanto processo que reforça a coesão das sociedades através da inclusão de todas as pessoas, envolvendo-as no processo de participação política, apresenta-se, só por si, como um pré-requisito para a promoção de sociedades estáveis, seguras, harmoniosas e justas, na medida em que cria uma base óptima para o desenvolvimento e o progresso.

A promoção e tutela dos direitos humanos e das liberdades fundamentais serão o veículo necessário para a sustentabilidade de qualquer política de integração e desenvolvimento social. Inventaria-se aqui, a título de exemplo, a multidimensionalidade da solução para a questão da integração social e a coesão das sociedades, na prolixidade que sugere, pois entendemos que apenas pode ser conseguida se o desenvolvimento for ao mesmo tempo, sustentável, económico, social e ambiental.

Concentremo-nos na factualidade que aqui se invoca. No que à Europa diz respeito, as preocupações sociais não são de agora. A imponente da temerária crise em curso apenas veio reafirmar a indelebilidade dos direitos económicos, sociais e culturais que os cidadãos de uma Europa alargada enfrentam. E, apesar do desenvolvimento da UE ser a história reconhecida de um êxito extraordinário, proporcionando níveis sem precedentes de paz, prosperidade e estabilidade e emprego, persiste, apesar disso, a pobreza, muitas vezes extrema, entre os grupos mais desfavorecidos⁷⁵.

Urge definir, no enquadramento de que se dá conta, a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais através de uma séria e exigível política social europeia, assente em esforços de cooperação e numa sua harmonização 'positiva' capaz e concertada, no âmbito da qual mereça destaque a necessidade de concretizar os direitos sociais fundamentais, através, desde logo, da diminuição das comumente utilizadas 'normas de indirizzo' indeterminadas a ordenar 'tarefas políticas de conformação, essencialmente dependentes da situação económico-social'.

Apesar da indeterminabilidade jurídico-normativa dos direitos económicos, sociais e culturais, no que concerne ao núcleo das chamadas prestações existenciais, a UE e os Estados-membros têm por obrigação assegurar aos cidadãos da união um conjunto de "*direitos derivados a prestações*". Não se tratará, é certo, de cuidados de saúde ou protecção no desemprego ou uma habitação sempre que alguém o requeira, mas o que se exige fundamentalmente é que as instituições comunitárias em conjunto com os Estados-

⁷⁵ V. Comunicação da Comissão ao Conselho Europeu: "*Uma Agenda para os Cidadãos por uma Europa de Resultados*", Bruxelas, 10.5.2006 Com (2006) 211 Final; e Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: "*Um Mercado Único para a Europa do Século XXI*", Com (2007) 724 Final.

membros procedam à criação das medidas necessárias para os garantir em medida razoável, através da efectivação de programas ou políticas de implementação e garantia desses direitos.

Deverá, pois, a UE, concertada com os Estados-membros, intensificar os seus esforços na consecução de estratégias multidimensionais integradas para, designadamente, prevenir e reduzir a pobreza, em especial a pobreza extrema, combater a pobreza infantil e a transmissão intergeracional da pobreza, bem como a pobreza no seio das famílias, promover mercados de trabalho inclusivos, erradicar as lacunas da educação e formação, garantir o acesso igual a serviços e recursos adequados, incluindo condições de habitação dignas, serviços de saúde e protecção social, facilitar o acesso a oportunidades no campo da cultura e do lazer, vencer a discriminação, promover a inclusão social dos imigrantes e das minorias étnicas, responder às necessidades das pessoas com deficiência e respectivas famílias, dos sem-abrigo, bem como de outros grupos ou pessoas em situações vulneráveis. Valerá também aqui a afirmação da proibição do princípio do retrocesso social.

Do que vai dito, ressalta a multidimensionalidade dos direitos económicos, sociais e culturais que poderá ser explorada em diversos sentidos. Essa multidimensionalidade está presente na interconexão insuprimível entre os vários direitos, desde o seu reconhecimento à imbricação dos efeitos e consequências que produzem autonomamente ou aquando da particular relação de interdependência que se estabelece entre uns e outros, até às soluções que reclamam, quer no plano da sua garantia e tutela, quer no plano da sua efectivação e judicialidade.

Os direitos económicos, sociais e culturais decorrem do respeito pelos direitos fundamentais e da própria ideia da dignidade da pessoa humana. Impõem, a final, a realização de ‘uma sociedade para todos’, o que aconselha o compromisso enunciado por Gomes CANOTILHO: ***“Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”***.

VI. CONCLUSÃO

Este pequeno exercício ficaria incompleto se visse chegar o seu termo sem aflorar, criticamente, um particular ponto que em tudo se relaciona com o que ficou dito e que nos ajudará à sua conclusão.

O século XX foi, sem a menor dúvida, o século do reconhecimento, da conscietização e da internacionalização dos direitos humanos, percurso no qual a União Europeia se envolveu, desde o início, destacando-se o seu particular contributo na evidenciação de direitos fundamentais e na indesmentível concretização de um espaço de paz, estabilidade, Estado de Direito e democracia.

Não obstante, se é inegável a importância da positivação de certas pretensões próprias dos direitos humanos, tal não é prova da sua validade universal. A demonstrá-lo está a sua insuficiente efectivação e a indesmentível ineficácia dos instrumentos que os garantem, visível na sua sistemática violação.

Surge a necessidade de questionar, neste preciso ponto, em que medida a incorporação num ordenamento jurídico, nacional, regional ou mesmo internacional, sob a condição de normas solenemente proclamadas por um estado ou conjunto de estados, é suficiente para que os direitos fundamentais sejam respeitados, tendo em conta que, assim, se tornam protegidos por uma sanção institucionalizada.

O gritante desfasamento entre a prática e o reconhecimento legal indica que a efectivação dos direitos humanos não depende apenas da sua aclamação. E um dos factores que mais tem contribuído para que os direitos humanos não se efectivem tanto quanto se deseja estará na crença de que a garantia está assegurada com o seu reconhecimento jurídico. O formato jurídico, aqui, será apenas uma consagração, reconhecimento ou meio de implementação de direitos que são, logicamente, independentes dessa recepção jurídica, já que será sempre legítimo reclamar o respeito pelos direitos humanos, mesmo perante sistemas jurídicos que os não reconhecem. Os direitos humanos revelam-se, assim, como critérios metajurídicos da validade de qualquer comunidade de direito⁷⁶.

⁷⁶ Fernanda Frizzo BRAGATO, "A Positivação e Efetividade dos Direitos Humanos", in: Estudos Jurídicos, 40, N^o2, Julho – Dezembro 2007, pp.66-71.

Fazendo um legítimo esforço de comparação, poderemos asseverar com facilidade que esta tem sido também a história dos direitos económicos, sociais e culturais, pautada por um reconhecimento consensual a ditar a proliferação (cada vez mais crescente) de instrumentos, regras e políticas, de garantia e tutela jurídicas, cujo intuito é conseguir aquilo que, a final, ainda não se alcançou: a sua verdadeira efectivação.

Na verdade, tanto a nível nacional, como a nível regional ou mesmo universal, os direitos económicos, sociais e culturais, pela natureza prestacional que implicam na maioria das vezes, têm sido relegados para um patamar de protecção minimal, proto-garantística, denunciando o papel que têm tido de ‘parentes pobres’ dos direitos humanos. Tal tratamento invoca o desajustamento com o sentido de crueldade e vergonha a que somos prostrados, quando confrontados com situações em que *“a vítima sofre ‘simplesmente’ de má-nutrição crónica, de falta de habitação, de cuidados de saúde seriamente desadequados ou de uma falta total de oportunidades educativas ou de uma combinação de todos estes fenómenos⁷⁷”*.

Necessita, assim, o problema da eficácia dos direitos económicos, sociais e culturais de uma discussão renovada que terá de passar, a par dos níveis de garantia conseguidos na sua dimensão positiva, pela análise e consideração de todos os factores que possam influenciar a sua aplicação prática, nomeadamente através da consideração do seu fundamento último enquanto condição da eficácia dos mecanismos legais de protecção.

Tomemos a realidade social europeia como exemplo. Revendo em perspectiva o percurso da Europa nos últimos 60 anos, poderá dizer-se que nunca foi tão fácil viver na Europa como hoje. Ao mesmo tempo, contudo, os constrangimentos e problemas com que a mesma Europa se defronta actualmente, não poderão ser menosprezados. Antes, pelo contrário, é esta uma fase reconhecidamente delicada no projecto de construção da Europa e, de um modo geral, no desenvolvimento da sociedade europeia em que a concepção de respostas modernas exigirá sempre uma clara compreensão da realidade social em mutação. As sociedades europeias estão a viver alterações profundas que atingem a natureza do trabalho, a vida familiar, as tendências demográficas, a posição das mulheres na sociedade e na mobilidade social, e o impacto de novos padrões de pobreza e das desigualdades. Os valores estão a mudar. As sociedades tornam-se cada vez mais multiculturais. Esta dinâmica social levanta novos desafios. A par desses

⁷⁷ Fon COOMAND e Fried van HOOF, *“The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights: Proceedings of the Expert Meeting on the adoption of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”*, held from 25-28 January 1995 in Utrecht, Sim Special N°18.

desafios, outras inevitabilidades se destacam, como sejam, as tendências demográficas que ao conduzirem a uma vida mais longa e saudável, suscitam questões em termos de custos de uma sociedade em envelhecimento, de equidade intergeracional, do aumento da importância dos cuidados à infância e do equilíbrio entre a vida familiar e profissional para uma vida de família sustentável, das relações entre gerações e dos novos riscos de pobreza.

No que aos direitos económicos, sociais e culturais respeita, a criação de um direito social comum, que o cidadão europeu pudesse invocar em qualquer país da Europa comunitária e contra o seu próprio Estado, seria, indubitavelmente, um grande passo na efectivação da cidadania europeia e na consequente aproximação da União aos cidadãos.

Qualquer exercício deste tipo tende a chamar a atenção, sobretudo, para os 'problemas'. Não teria credibilidade se os evitasse. Mas, também pretende reflectir acerca de um novo consenso sobre os desafios sociais comuns que os europeus enfrentam. De todo o modo, também visa lançar a esperança de que a rara diversidade cultural europeia⁷⁸, o poder mobilizado pela preservação e partilha dos seus valores comuns, bem como as lições retiradas da suas experiências de violência e divisão e o percurso na modelação de uma responsabilidade colectiva cada vez mais completa, ajudarão a Europa e, em particular, a União Europeia, a responder às mudanças sociais, económicas e culturais que exteriorizam a contemporaneidade dos dias de hoje.

Os direitos humanos estão, enquanto expressão da dignidade da pessoa humana, na base da legitimidade do direito. O século XX foi o século da sua positivação, mas não da sua efectiva garantia. Tenhamos esperança de que possa o século XXI vir a representar a época dourada da eficácia dos direitos humanos e também assim, dos direitos económicos, sociais e culturais que, pela humanidade que comportam, fazem deles o âmago das mais importantes discussões actuais, relacionadas com o emprego, com a protecção e inclusão social, com a pobreza e a sua erradicação, com a mobilidade dos trabalhadores e a livre circulação do conhecimento, com as condições de trabalho, incluindo a saúde e a segurança, com a igualdade de tratamento em matéria de emprego, com a igualdade entre homens e mulheres, com a conciliação entre vida profissional, privada e familiar, com a protecção da biodiversidade e da natureza, com a utilização sustentável dos recursos e com o ambiente e a saúde.

⁷⁸ Sobre o tema da identidade cultural europeia e do papel central da riqueza cultural e de diversidade na identidade da Europa, vide George Steiner, "A Ideia de Europa", Nexus Publishers, 2004, Gradiva.

“Sou obrigado a responder: se desejo viver livre, é por enquanto necessário que o faça no interior desses moldes. Sei que o mundo é mais forte do que eu. E para resistir ao seu poder só me tenho a mim. O que já não é pouco. Se o número não me esmagar, sou, também eu, um poder. E enquanto me for possível empurrar as palavras contra a força do mundo, esse poder será tremendo, pois quem constrói prisões expressa-se sempre pior do que quem se bate pela liberdade. E no dia em que só o silêncio me restar como defesa, então será ilimitado, pois gume algum pode fender o silêncio vivo.

É este o meu único consolo. Sei que as recaídas no desespero serão profundas e numerosas, mas a lembrança do milagre da libertação leva-me como uma asa a um fim que me inebria: um consolo que seja mais do que apenas isso, e mais vasto que uma filosofia: que seja, enfim, uma razão de viver.

“Não possuo filosofia em que possa mover-me como o peixe na água ou o pássaro no céu. Tudo em mim é um duelo, uma luta travada a cada minuto da vida entre falsas e verdadeiras formas de consolo. Umas não fazem senão aumentar-me a impotência e tornar-me mais fundo o desespero, outras são fonte de temporária libertação. Falsas e verdadeiras! Deveria antes dizer verdadeira, pois só existe uma consolação verdadeiramente real: a que me diz que sou um homem livre, um indivíduo inviolável, ser soberano no interior dos seus limites”.

STIG DAGERMAN, “A nossa necessidade de consolo é impossível de satisfazer”, do título original “Vart Behov av trost”, 1955.