



Universidade de Brasília
Instituto de Relações Internacionais
Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais
XVII Curso de Especialização em Relações Internacionais

O déficit democrático na União Europeia e a Constituição da Europa

Felipe Matheus Ferreira da Silva

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de
Especialista em Relações Internacionais

Orientador: **Professor Doutor José Flávio Sombra Saraiva**

Brasília

2015

Resumo

O déficit democrático no âmbito supranacional e o caráter constitucional do direito comunitário são dois elementos estruturais intimamente relacionados do processo de integração europeu. Ambos se encontram presentes desde a origem da aproximação dos países europeus em um formato supranacional, ao final da Segunda Guerra Mundial. O primeiro se atenuou com o tempo, porém não foram atingidos níveis satisfatórios de participação popular no âmbito supranacional. O segundo se aprofundou principalmente a partir de decisões judiciais do Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo previsto nos Tratados apenas posteriormente. O déficit democrático teve papel central na rejeição do Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa, em 2005. Iniciou-se então a maior crise de legitimidade já enfrentada pela União Europeia, à qual vieram se juntar uma crise econômica, iniciada em 2008, e a pior crise de refugiados desde o fim da Segunda Guerra Mundial. O presente trabalho propõe que a solução para a crise de legitimidade depende necessariamente do fortalecimento do único órgão diretamente eleito da União Europeia, o Parlamento Europeu. A adoção de uma Constituição supranacional entre os membros da comunidade, por outro lado, é uma opção. Trata-se, porém, de uma escolha que só poderá contribuir para sanar a crise de legitimidade se não contribuir, ao mesmo tempo, para afirmar o déficit democrático. Isto é, a participação popular deve estar no centro e na origem do processo constituinte, por meio de um Parlamento Europeu forte.

Palavras-chave: União Europeia; déficit democrático; Constituição da Europa

Abstract

The democratic deficit at the supranational level and the constitutional feature of the European Union law are two intertwined structural elements of the integration process. Both of them are found since the original approach of the European countries in a supranational framework, at the end of the Second World War. The former has been mitigated over time, however a satisfactory grade of public participation was not yet reached at the supranational level. The latter deepened itself mainly due to European Court of Justice's decisions and only afterwards was acknowledged by the Treaties. The democratic deficit had a central role in the rejection of the Treaty Establishing a Constitution for Europe in 2005. It was then set in motion the greatest legitimacy crisis ever faced by the European Union, joined by an economic crisis, which began in 2008, and the worst refugee crisis since the end of World War II. This paper proposes that the solution of the legitimacy crisis depends on the empowerment of the only elected body of the European Union, the European Parliament. On the other hand, the adoption of a supranational constitution among the members of the community is an option. It is nevertheless a choice that can contribute to solve the legitimacy crisis only if it doesn't contribute, at the same time, to the endorsement of the democratic deficit. In other words, the public participation must be at the center and at the origin of a constitutional process, represented by a strong European Parliament.

Keywords: European Union; democratic deficit; European Constitution

Lista de siglas

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE – Comunidade Econômica Europeia

NAFTA – North American Free Trade Agreement

Mercosul – Mercado Comum do Sul

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

TFUE – Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TCFA – Tribunal Constitucional Federal Alemão

1.Introdução

O déficit democrático no âmbito supranacional e a feição constitucional são duas características estruturais da União Europeia. Ambos já são encontrados na origem do processo de integração, ao fim da Segunda Guerra Mundial, e estão intimamente relacionados.

Com os ressentimentos e as desconfianças nacionais, direcionadas principalmente à Alemanha, é improvável que, com participação popular, a integração europeia tivesse sido perseguida já no imediato pós-Guerra, ainda mais em moldes supranacionais. A aproximação em um formato inovador foi motivada pelas circunstâncias geopolíticas causadas pela Segunda Guerra e foi obra de um grupo de estadistas e tecnocratas denominados *Founding Fathers* da União Europeia.

A utilização de um termo que remete explicitamente aos *Founding Fathers* dos Estados Unidos da América não é gratuito: “A European federal state was to be established through a Constitution”¹. Tanto o formato federal dos Estados Unidos como a ideia de uma Constituição Americana serviram de inspiração para os *Founding Fathers* europeus no imediato pós-Guerra.

Em 6 de maio de 1951, foi apresentado no Conselho da Europa um Projeto de Constituição Federal da Europa. A ideia não prosperou no contexto da Guerra Fria, que favoreceu uma aproximação que se harmonizava com os fins geopolíticos dos Estados Unidos, preocupados antes de tudo com o avanço soviético, e dos países europeus, em especial a França, cuja maior preocupação era evitar que a Alemanha voltasse a representar uma ameaça.

Garantidas a paz e a prosperidade, no entanto, a participação dos cidadãos nas instâncias supranacionais não foi assegurada satisfatoriamente. O Parlamento Europeu, órgão que representa os cidadãos e o único diretamente eleito da União Europeia, ainda padece do vício de ser o titular de competências insuficientes se comparadas com o papel central que tem para a democracia supranacional.

¹ Decisão Lisboa, 2009, parágrafo 1º

2. As origens da União Europeia

O processo de integração europeu tem origem na Segunda Guerra Mundial. Foram as consequências cataclísmicas do conflito que pavimentaram o caminho da união, improvável no contexto de rivalidades que marcou o passado do continente. As motivações imediatas que inspiraram os países da Europa a perseguir o caminho da integração foram, em primeiro lugar, evitar um novo conflito com as mesmas proporções e, em segundo lugar, encontrar uma forma de reerguer economicamente a Europa. É o caráter eminentemente político da União Europeia que leva à questão da qualidade da democracia no âmbito supranacional.

2.1 União Europeia: um projeto político

Encarar a integração como um projeto primordialmente econômico significa ignorar a circunstância geopolítica grave e inédita que surgiu ao final da Segunda Guerra Mundial.

“It is the real reciprocal opening, and the elimination of obstacles to the free flow of goods, services and production factors, that is, the most important exchanges between the members of a bloc, that constitute the core and matter, and the substantive legitimization of any integration scheme; without those elements, the process would be devoid of any real content, even with some sophisticated political arrangements. The institutional envelope represents a set of tools and mechanisms serving to guide and manage the process, able also to define the decision-making structure and the dispute settlement system, between states and, or between private parties; it is relevant, even crucial, but must not be considered the essence, in itself, of the integration process, because the same goals – reciprocal opening and real liberalization – can be achieved by different institutional tools and mechanisms[grifo meu].”²

Como explicar a opção consciente, desde o princípio, por um formato político inovador caracterizado por imensas possibilidades econômicas, mas, ao mesmo tempo, por constrangimentos igualmente consideráveis aos Estados-membros? Ou que a primeira instituição de caráter supranacional, a CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço) não tivesse sob si quaisquer produtos, e sim o carvão e o aço, insumos necessários para a indústria bélica? Ou que a criação de um mercado comum, com o Tratado de Roma de 1957, que instituiu a CEE (Comunidade Econômica Europeia), tenha se dado apenas em um segundo momento?

O fato de que vários blocos com instituições de caráter intergovernamental ou

² Almeida, 2013, pgs. 481-482

supranacional possuam como elemento comum a diminuição ou a eliminação de barreiras comerciais entre o seus membros não torna esse elemento central. A classificação usual de blocos de países – do nível menos complexo, a Zona de Preferência Tarifária, ao mais complexo, a União Econômica e Monetária – pode levar a conclusões enganosas quando utilizada para diferenciar as variadas associações entre Estados sem o devido olhar crítico.

Ela deve ser encarada não como um critério absoluto, mas como uma classificação que, como qualquer outra, traz em si as possibilidades e os limites do critério de sistematização escolhido. A classificação usual é, portanto, adequada para classificar blocos de países segundo o aspecto da abertura econômica recíproca.

É, por outro lado, insuficiente para análises que busquem realçar o contexto histórico e as decisões políticas que criaram e mantêm uma associação de países específica, como é o caso do presente trabalho, que não defende que o aspecto econômico seja irrelevante para a União Europeia. Pelo contrário, a relevância é flagrante e incontornável, como indica a recente crise na Europa. O que é defendido é que o aspecto econômico não é central e sim uma condição necessária para a implementação de decisões políticas.

No mesmo mês em que teve início a Segunda Guerra Mundial, setembro de 1939, Friederich Hayek lançou o texto denominado *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, no qual consta o seguinte:

“Unquestionably, the main purpose of interstate federation is to secure peace: to prevent war between the parts of the federation by eliminating causes of friction between them and by providing effective machinery for the settlement of any disputes which may arise between them and to prevent war between the federation and any independent states by making the former so strong as to eliminate any danger of attack from without. (...) There are, however, very good reasons why all plans for interstate federation include economic union and even regard it as one of its main objectives and why there is no historical example of countries successfully combining in a common foreign policy and common defense without a common economic regime.”³

Considerar o aspecto econômico como necessariamente central em qualquer experiência de integração coloca em uma mesma classificação experiências que, além da semelhança de Estados diminuindo ou eliminando barreiras aos fatores de produção, podem possuir pouca coisa em comum.

As decisões políticas, a conformação institucional e as experiências radicalmente

³ Hayek, 1948, pgs. 255-256

distintas de cada caso são relegados a segundo plano em favor de um critério absoluto que acaba por considerar que a diferença entre os blocos seja de grau e não de natureza. A conclusão que muitas vezes segue esse raciocínio é ainda mais perigosa: um maior aprofundamento na direção de uma União Econômica e Monetária é uma fatalidade que deve acontecer mais cedo ou mais tarde e os casos intermediários são simulacros mal-feitos do exemplo mais acabado que, sintomaticamente, é europeu.

A história recente comprova que essa conclusão não se sustenta. O século XX foi pródigo em exemplos de nascimento de blocos de países que não têm a menor perspectiva de um maior aprofundamento nesse sentido em um futuro previsível, como o NAFTA e o Mercosul, por exemplo.

“A customs union, even equipped with an agrarian fund, did not require a supranational commission armed with powers of executive direction, a high court capable of striking down national legislation, a parliament with nominal rights of amendment or revocation. (...) The actual machinery of the Community is inexplicable without another force. That, of course, was the federalist vision of a supranational Europe developed above all by Monnet and his circle, the small group of technocrats who conceived the original ECSC [European Coal and Steel Community], and drafted much of the detail of the EEC [European Economic Community].”⁴

2.2 O pós-Guerra

Em 19 de setembro de 1946, em discurso na Universidade de Zurique, Winston Churchill clama pela formação de um *Estados Unidos da Europa*. O tom lúgubre da declaração era adequado ao momento. A Europa ainda jazia em ruínas quando a paz recém alcançada já se encontrava novamente ameaçada por um novo conflito, agora protagonizado pelos Estados Unidos e pela União Soviética. Além da ameaça atual representada pela última, havia a ameaça potencial representada pela Alemanha do pós-Guerra.

Antes disso, em 5 de março de 1946, no célebre discurso intitulado *The Sinews of Peace*, ou o *Discurso da Cortina de Ferro*, como é mais conhecido, Churchill já havia demonstrado publicamente a preocupação com a frágil paz adquirida. Em ambos os discursos, recomenda urgência. No discurso de março, o tema que seria desenvolvido em setembro já aparece brevemente: “the safety of the world requires a new unity in Europe, from which no nation should be permanently outcast”.⁵

As causas e alguns dos traços principais da integração até os dias de hoje já estão

⁴ Anderson, 2011, pg. 12

⁵ Churchill, 1946a, sem página

presentes no discurso de Zurique. Para Churchill, caso os povos europeus se dedicassem a compartilhar a sua herança comum, ao invés de se digladiarem por motivações nacionalistas, não haveria limites para a felicidade, a prosperidade e a glória do continente.

Segundo Churchill a solução era “simples”: criar uma estrutura política continental em moldes federalistas. “I am now going to say something that will astonish you”⁶ diz ele antes de propor que o eixo sobre o qual essa estrutura deveria funcionar deveria ser uma parceria entre a França e a Alemanha. O tempo confirmou o acerto da aposta de Churchill.

“At the centre of the process of European integration, therefore, has always lain a specifically bi-national compact between the two leading states of the continent, France and Germany. The rationale for the successive arrangements between them, principally economic in form, was consistently strategic in background”⁷

A principal motivação para a unificação europeia, evitar um novo conflito com as mesmas proporções, é evidente em si mesma e era compartilhada por todos, não apenas na Europa. Entre 1939 e 1945, o mundo assistiu aterrorizado ao que o homem era capaz de fazer ao homem na era das massas, da máquina e do átomo: a Alemanha esmerou-se até o último momento na execução de “um crime que não podia ser explicado por nenhum propósito utilitário”⁸; a Europa dizimou parte de sua população e exauriu seus recursos em uma guerra fratricida; duas cidades japonesas desapareceram da face da Terra pela invenção de um artefato que, a partir de então, iria assumir uma posição central na ordem internacional.

Ao final do conflito, vencedores e vencidos europeus foram igualmente relegados a segundo plano na hierarquia de poder mundial. Duas superpotências assumiam a posição antes ocupada pelas potências da Europa, que temia agora se tornar o palco de um novo conflito, de dimensões incalculáveis em uma era nuclear.

Analisar os interesses particulares dos envolvidos permite compreender por que a integração europeia tomou o rumo supranacional, proposto por aqueles que Jürgen Habermas denomina *eurofederalistas*, entre os quais se inclui Winston Churchill, ao invés de uma conformação de caráter intergovernamental.

Como já percebido por Churchill em ambos os discursos de 1946, evitar um novo

⁶ Churchill, 1946b, sem página

⁷ Anderson, 2011, pg. 9

⁸ Arendt, 1999, pg. 298

conflito dependia de dois fatores: conter a influência soviética na Europa e evitar que a Alemanha do pós-Guerra voltasse a representar uma ameaça.

“The guilty must be punished. Germany must be deprived of the power to rearm and make another aggressive war. But when all this has been done, as it will be done, as it is being done, there must be an end to retribution. There must be what Mr Gladstone many years ago called a “blessed act of oblivion”. We must all turn our backs upon the horrors of the past and look to the future. We cannot afford to drag forward across the years to come hatreds and revenges which have sprung from the injuries of the past. If Europe is to be saved from infinite misery, and indeed from final doom, there must be this act of faith in the European family, this act of oblivion against all crimes and follies of the past.”⁹

Embora um projeto comum, não se pode enxergar a integração como uma associação entre iguais, nem na sua origem, nem agora. A França, cuja motivação principal era a contenção da Alemanha, gozava de uma evidente posição dominante no princípio. A *upper hand* francesa se revela tanto na iniciativa de colocar o processo em curso, com a Declaração Schuman, como no poder de moldar as instituições comunitárias de uma maneira que ultrapassava muito a sua expressividade no continente.

O pilar que sustentava o poder desproporcional da França eram os Estados Unidos e a segunda motivação francesa em importância é o reconhecimento dessa situação incômoda. Somente a aproximação com a Alemanha poderia garantir que a Europa conservasse a sua autonomia em relação aos Estados Unidos, que haviam adquirido uma influência excessiva no continente no pós-Guerra, e à União Soviética, que representava uma ameaça constante.

Para a Alemanha, a participação na unificação não era apenas uma imposição dos vencedores. O país tinha interesses próprios na promoção do processo: ser reconduzida à condição de potência e manter aberta a possibilidade da reunificação.¹⁰

“Para uma Alemanha deteriorada política e moralmente, a promoção do processo de unificação europeia se impusera, já por razões prudenciais, dada a finalidade de reconquistar a reputação internacional destruída pelas próprias mãos. A inserção formava o contexto em que pela primeira vez se constituiu uma autocompreensão liberal da Alemanha”.¹¹

Aos outros membros da CECA – Itália, Holanda, Bélgica e Luxemburgo – também interessava a integração em moldes supranacionais. Cientes das próprias limitações, agravadas no contexto de rivalidade acirrada da Guerra Fria, divisaram

⁹ Churchill, 1946b, sem página

¹⁰ Anderson, 2011, pg. 21

¹¹ Habermas, 2014, pg. 176

nessa conformação a possibilidade de exercerem maior influência do que em alguma outra de caráter intergovernamental.

A principal força motriz da integração estava localizada, porém, fora da Europa. Foram os Estados Unidos, interessados na contenção soviética, os maiores responsáveis pelo sucesso surpreendentemente rápido das sugestões de Jean Monnet. De acordo com Perry Anderson, “the basic objective of the United States was to create a strong West European bulwark against the Soviet Union, as a means to victory in the Cold War”.¹²

2.3 *The Father of Europe*

O artífice da integração europeia foi Jean Monnet, que assume posição de destaque entre os *Founding Fathers* da União Europeia. Não raramente Jean Monnet é identificado pelo seu epíteto: *The Father of Europe*. O título, se não oficialmente reconhecido, foi ao menos sugerido quando, em 2 de abril de 1976, Monnet foi nomeado o primeiro cidadão honorário da União Europeia.

Nascido em 1888, na cidade francesa de Cognac, Jean Monnet era membro de uma família de comerciantes da bebida que tornou a cidade conhecida mundialmente. A produção, iniciada no século XVI, inseriu Cognac precocemente no comércio internacional, definiu os traços da região e influenciou as escolhas e o temperamento do seu filho mais notável. Muito do seu espírito cosmopolita, pragmático, conciliador e alheio a vinculações nacionalistas é atribuído à sua habilidade comercial, atividade à qual se dedicou desde jovem.

Aos 16 anos, idade em que já foi possível identificar a sua falta de aptidão para carreiras acadêmicas, Jean Monnet foi enviado pelos pais à Inglaterra a serviço da empresa da família, a *Cognac Monnet*. Ao completar 18 anos, partiu para a América do Norte, onde estabeleceu “one of the most powerful networks of friends and connections of the mid-twentieth century”.¹³ É de lá, no ano de 1906, que Jean Monnet escreve as seguintes linhas:

“For the first time I met a people whose job was not to manage what already existed, but to develop it without a stint. No one thought about limits; no one knew where the frontier was. In this new world always on the move, I learned to get rid of the old atavistic

¹² Anderson, 2011, pg. 21

¹³ Fransen, 2001, pg. 12

suspicious which are so much a pointless worry and a waste of time”.¹⁴

Em 1914, quando começa a Primeira Guerra Mundial, Jean Monnet inicia seu envolvimento direto com a política. Fazendo uso da experiência e dos contatos acumulados nos anos anteriores, ele é nomeado responsável pela cooperação financeira entre França, Inglaterra, Itália e Estados Unidos durante o conflito. O reconhecimento do seu esforço na guerra veio com a sua nomeação, aos 31 anos de idade, para o cargo de Secretário-Geral Adjunto da Liga das Nações quando da sua criação, em 1919.

Jean Monnet ocupou o cargo até 1923, quando é chamado a retornar à sua cidade para assumir novamente a empresa da família, que se encontrava em dificuldades por causa da guerra. Nos anos seguintes, a *Cognac Monnet* ascenderia vertiginosamente. Suspeita-se que, com o início da *Prohibition* nos Estados Unidos em 1920, uma rota clandestina tenha se estabelecido através do Atlântico até Cognac. Assumindo que isso seja verdade, e levando em conta o faro aguçado de Jean Monnet para oportunidades e o *status* daqueles com quem travou relações de ambos os lados do Atlântico, é improvável que ele não tenha tido uma participação central na empreitada.

Monnet dirigiu a *Cognac Monnet* até 1927, quando passa a se dedicar às finanças. Como sócio do *Blair Investment Bank*, sediado em Paris, Jean Monnet estreita ainda mais os laços com os Estados Unidos, uma vez que grande parte do capital administrado pelo banco era americano. Data dessa época a amizade que manteria por toda a vida com John Foster Dulles, Secretário de Estado dos Estados Unidos entre 1953 e 1959.

Com o início da Segunda Guerra Mundial em 1939, Monnet volta à vida pública na condição de presidente do comitê franco-britânico de produção de ambos os países durante o conflito. Em agosto de 1940, é enviado pela Inglaterra aos Estados Unidos para supervisionar a aquisição de material bélico e se torna um dos conselheiros mais próximos de Franklin Roosevelt. Em 1943, é enviado a Argel, onde se junta ao Comitê Francês de Liberação Nacional. Com o fim do conflito em 1945, é nomeado por De Gaulle responsável pela reconstrução francesa.

É nessa condição que em 1949 Monnet recomenda a Robert Schuman, Ministro das Relações Exteriores da França, a criação de uma instituição supranacional

¹⁴ Jean Monnet: The Father of Europe. Direção de Don Smith, 2011

encarregada pelo carvão e pelo aço, quando o Secretário de Estado norte-americano, Dean Acheson, exige de Schuman uma política externa coerente em relação à Alemanha.¹⁵

Em 9 de maio de 1950, data reconhecida oficialmente como a da origem da União Europeia e na qual se comemora o Dia da Europa, o Ministro das Relações Exteriores da França profere a célebre Declaração Schuman na qual propunha que a produção de carvão e aço da França e da Alemanha fossem colocadas sob a autoridade de uma organização supranacional aberta à entrada de outros membros. A finalidade explícita era que outra guerra entre ambas se tornaria “não apenas impensável como também materialmente impossível”.¹⁶A Jean Monnet foi concedida a distinção de se tornar o primeiro Presidente da Alta Autoridade da CECA, cargo que ocupou entre agosto de 1952 e maio de 1955.

Não restam dúvidas de que o sucesso da proposta só foi possível porque se coadunava com os fins do Plano Marshall. Os laços estreitos que Jean Monnet mantinha com pessoas do alto-escalão político nos Estados Unidos, entre eles Dean Acheson, foram mais relevantes para a construção da União Europeia do que qualquer relação sua no continente europeu.

Os interesses americanos e os de Jean Monnet eram convergentes, porém distintos. Enquanto os Estados Unidos viam no projeto de integração europeia apenas mais um capítulo em sua “relentless pursuit of Cold War objectives”¹⁷, Monnet tinha ideias que, se não chegavam a representar uma ameaça, podiam ser consideradas no mínimo heterodoxas.

Jean Monnet parecia indiferente ao maniqueísmo do mundo bipolar: mantinha boas relações com líderes da *Confédération Générale du Travail* no pós-Guerra e demonstrou simpatia pela pauta social do movimento estudantil de maio de 68; considerava “absurda e perigosa” a guerra travada pela França na Indochina, com o apoio dos Estados Unidos; temia as consequências da Guerra da Coreia para a paz recém adquirida; declarava explicitamente que uma das finalidades da criação da CECA era o estabelecimento de um bloco neutro na Europa; e, por fim, duvidava que

¹⁵ Fransen, 2001, pg. 15

¹⁶ Schuman, 1950, sem página

¹⁷ Anderson, 2011, pg. 14

em mero mercado comum fosse suficiente para estruturar a integração europeia.¹⁸

Por outro lado, Jean Monnet, um exímio construtor de consensos no âmbito da política de gabinete, era estranho a processos de decisão de caráter democrático, traço que a União Europeia ainda conserva do *Father of Europe*.

“Monnet’s career was emblematic, in a particularly pure way, of the predominant character of the process that has led to the Union we have today. At no point until – ostensibly – the British referendum of 1976 was there any real popular participation in the movement towards European unity.”¹⁹

3. O déficit democrático

Em 1995, Perry Anderson definiu da seguinte maneira as instituições da União Europeia:

“The institutional upshot of European integration is thus a customs union with a quasi-executive of supranational cast, without any machinery to enforce its decisions; a quasi-legislature of inter-governmental ministerial sessions, shielded from any national oversight, operating as a kind of upper chamber; a quasi-supreme court that acts as it were the guardian of a constitution which does not exist; and a pseudo-legislative lower chamber, in the form of a largely impotent parliament that is nevertheless the only elective body, theoretically accountable to the peoples of Europe”.²⁰

Ultrapassa os limites deste trabalho destrinchar a organização atordoante da União Europeia como um todo. A análise empreendida terá duas finalidades, que servirão de limites para a descrição dos órgãos da União Europeia. A primeira é relacionar os órgãos e processos decisórios com o déficit democrático. Para tanto, a visão geral sobre a composição, competências e finalidade dos órgãos comunitários terá como função apresentar e problematizar o papel do Parlamento Europeu, única entidade cujos membros são eleitos diretamente pelos cidadãos da União e que representa, portanto, o melhor parâmetro para aferir a qualidade da democracia em nível supranacional.

A segunda é abordar a relação entre o direito comunitário e o direito interno dos Estados-membros e estudar o papel do TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia). Com isso, pretende-se evidenciar que um projeto de integração em moldes constitucionais é muito mais antigo do que a proposta da Constituição da Europa. No

¹⁸ Anderson, 2011, pg. 14

¹⁹ Anderson, 2011, pg. 16

²⁰ Anderson, 2011, pg. 23

processo de integração europeu, a definição de duas características fundamentais de uma Constituição, a sua supremacia em relação a todas as outras normas jurídicas e a legitimidade do Judiciário como o seu guardião, não foi inicialmente prevista em nenhum texto. Assim como no constitucionalismo moderno, a sua origem é jurisprudencial, a partir de julgados do TJUE.

3.1 O déficit democrático e os órgãos da União Europeia

O art. 13 do TUE (Tratado da União Europeia) define como as instituições da União o Parlamento Europeu; o Conselho Europeu; o Conselho, que, passará a ser denominado Conselho de Ministros neste trabalho, pelo motivo que será explicado adiante; a Comissão Europeia; o Tribunal de Justiça da União Europeia; o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas.²¹ De início é importante sublinhar que, embora o constrangimento mútuo entre os órgãos assegure a presença do sistema *de checks and balances*, a teoria da tripartição dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário não se aplica às instituições europeias.

A Comissão Europeia, ou simplesmente a Comissão, é o órgão que “promove o interesse geral da União” (art. 17-1 TUE). O Conselho Europeu, composto pelos chefes de Estado e de governo, e o Conselho de Ministros, composto pelos ministros dos Estados, representam os interesses dos Estados-membros (art. 10-2 TUE). O Parlamento representa os interesses os cidadãos da União (art. 10-2 e 14-2 TUE). A Comissão é o órgão que representa a União como instituição. Por esse motivo, os membros da Comissão exercem as suas competências com “total independência” em relação aos Estados-membros (art. 17-3 TUE).

Consta no art. 17-4 TUE que, até 31 de outubro de 2014, a Comissão seria composta por um nacional de cada Estado-membro. No art. 17-5 TUE, consta que, a partir de 1º de novembro de 2014, a Comissão seria composta por um número de membros correspondente a 2/3 do número de Estados-membros da União Europeia, “escolhidos de entre os nacionais dos Estados-Membros, com base num sistema de rotação rigorosamente igualitária entre os Estados-Membros que permita reflectir a

²¹ A nomenclatura utilizada será, em regra, a da versão oficial em língua portuguesa do Tratado da União Europeia e do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, designados os Tratados. Quando divergir dos termos dos Tratados, será esclarecido o motivo.

posição demográfica e geográfica relativa dos Estados-Membros no seu conjunto”. A composição poderá ter um número distinto de membros por decisão unânime do Conselho Europeu.

A nova composição da Comissão representa um evidente aprofundamento da integração, uma vez que o órgão que representa a União passa a ser composto não mais por um nacional de cada país e sim por um grupo de membros representativos. Refletindo os tempos de impasse que marcam atualmente a União Europeia, a previsão não foi efetivada. Por decisão do Conselho Europeu, o colegiado com mandato de 2014 a 2019 continua a ser composto por 28 membros, um para cada Estado-membro.

As principais funções da Comissão são promover o interesse da União; velar pela aplicação dos Tratados; controlar a aplicação do direito da União, “sob fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia”; iniciar, com exclusividade, o processo legislativo; executar as políticas e o orçamento; e representar a União nas relações com países de fora do bloco, “com exceção da política externa e de segurança comum e dos restantes casos previstos nos Tratados” (art. 17-1 TUE).

Antes de tratar do Conselho Europeu e do Conselho de Ministros, é preciso distingui-los do Conselho da Europa. O último não é um órgão da União Europeia e sim uma organização internacional fundada em 1949 e que inclui 47 membros, dentre eles os 28 membros da União Europeia, que tem a finalidade de promover a proteção aos direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito na Europa. Foi sob os auspícios do Conselho da Europa que foi adotada a Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais em 04 de novembro de 1950, em Roma.

O Conselho Europeu é o órgão político de cúpula da União Europeia. Nos termos do art. 15-1 do TUE, define “as orientações e prioridades políticas gerais da União”. Ele não exerce qualquer atividade legislativa e é composto pelos chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros, assim como pelo Presidente da Comissão. O Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança não compõe o Conselho Europeu, mas participa dos seus trabalhos.

O Conselho, termo utilizado pelos Tratados, também é designado Conselho da União Europeia, termo utilizado no site oficial da União Europeia, ou Conselho de

Ministros, nomenclatura escolhida para os fins deste trabalho por explicitar melhor sua composição, além de permitir distingui-lo com mais clareza do Conselho Europeu e do Conselho da Europa.

O Conselho de Ministros é composto por um representante de cada Estado-membro no nível ministerial, com poderes para vincular o governo ao qual pertence (art. 16-2 TUE). Conjuntamente com o Parlamento, o Conselho de Ministros exerce funções legislativa e orçamentária. A presidência do órgão é ocupada de forma rotativa por um ministro de cada Estado-membro, eleito a cada seis meses.

O Parlamento Europeu representa os cidadãos da União (art. 10, TUE). É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de algum dos Estados-membros e, conforme explicita o art. 9 TUE, “a cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui”. É o único órgão diretamente eleito da União, desde 1979, e é composto por no máximo 750 membros aos quais se soma um presidente. A representação por Estados leva em conta a população, porém é definido um mínimo de 6 e um máximo de 96 membros por país.

Acusando o esforço da construção de uma verdadeira cidadania europeia, o art. 20-2-b do TFUE (Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia) prevê que qualquer cidadão da União tem o direito de participar das eleições, como eleitor ou candidato, para o Parlamento Europeu onde quer que tenha residência, nas mesmas condições dos nacionais. O mais surpreendente, no entanto, é a previsão, no mesmo dispositivo, reafirmada no art. 22-1 TFUE, do direito de qualquer cidadão da União ser candidato ou eleitor nas eleições municipais do Estado-membro onde resida e que não seja o da sua nacionalidade nas mesmas condições que os nacionais.

Não é difícil imaginar a importância desse dispositivo em uma região de intenso movimento populacional como a Europa. Essa previsão no direito comunitário afasta normas jurídicas internas em sentido contrário, existentes ou que venham a ser criadas, representando uma medida efetiva na tão almejada aproximação entre os âmbitos local e supranacional, na construção de uma esfera pública europeia, na valorização e empoderamento de grupos residentes em outros países, onde se tornam mais vulneráveis a violações, e, por fim, na atenuação do déficit democrático existente na União Europeia.

Os membros do Parlamento Europeu são eleitos para um mandato de 5 anos e não estão agrupados na Casa por nacionalidade e sim de acordo com os partidos, de alcance regional. Compete ao Parlamento funções legislativas, orçamentárias, consultivas e de controle político de outros órgãos. O Parlamento, inicialmente denominado Assembleia Parlamentar, foi criado pelo Tratado de Paris em 1951 como um órgão de controle político apenas. A expansão das suas funções acompanha o aprofundamento do processo de integração, representando o melhor parâmetro de aferição da qualidade da democracia em nível supranacional.

Juntamente com o Conselho de Ministros, o Parlamento exerce as funções legislativas e orçamentárias. Como expressão da função de controle, o Parlamento elege o presidente da Comissão, pessoalmente, e os outros membros da Comissão, separadamente em lista; controla politicamente a Comissão, podendo inclusive exigir a demissão coletiva em caso de moção de censura (art. 17-8 TUE). O Parlamento pode também questionar a legalidade de normas diante do Tribunal de Justiça da União Europeia.

É importante ressaltar que o Parlamento não tem legitimidade para iniciar o processo legislativo. A exclusividade de iniciativa da Comissão para instaurar o processo legislativo é um dos aspectos que mais acusam o déficit democrático na União Europeia. Mesmo no caso de iniciativa popular, um milhão de cidadãos da União podem tomar a iniciativa de “convidar” a Comissão a apresentar uma proposta, o que permite concluir que a Comissão tem a discricionariedade de acatar ou não a iniciativa.²²

“Porém, a mera existência de um parlamento directamente eleito não basta para responder à exigência fundamental de uma Constituição democrática, nos termos da qual todos os poderes do Estado emanam do povo. É também necessário que haja transparência no processo de tomada de decisões, representatividade nos órgãos responsáveis pela adopção de decisões e participação dos interessados. É precisamente nestes domínios que o actual ordenamento comunitário deixa ainda muito a desejar, apesar dos progressos realizados

²² Os Tratados não detalham o procedimento de iniciativa popular, o que é justificável diante da expansão recente do número de membros e das incertezas que cercam a União Europeia desde a *eurocrise*. O art. 11-4 TUE prevê apenas que são necessárias um milhão de assinaturas de “um número significativa de Estados-membro”. Os pormenores do procedimento estão detalhados no Regulamento nº 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de Ministros, de 16 de fevereiro de 2011. O número mínimo de Estados-membros foi estabelecido em ¼ do número de membros, ou seja 7 Estados atualmente. Além disso, exige-se que os cidadãos se organizem em comitês e um número mínimo de assinaturas por Estado, que corresponde ao valor do número de representantes de cada Estado no parlamento multiplicado por 750.

nos últimos anos. É por isso que a Comunidade é considerada, ainda actualmente, uma “democracia subdesenvolvida”.²³

3.2 Democracia e legitimidade

A questão da legitimidade democrática foi enfrentada de maneira suscinta, porém lapidar, por Immanuel Kant no texto *O que é o Esclarecimento?* Extrai-se dele um conceito de legitimidade que, com as devidas releituras, é central ainda hoje: legítimas são apenas as normas que as pessoas impuseram a si mesmas. A partir desse conceito, é possível localizar as inúmeras experiências políticas concretas dentro de um espectro com dois polos ideais antagônicos. De um lado, uma sociedade em que todos os destinatários são, ao mesmo tempo, os próprios responsáveis pela produção das normas a que devem obedecer. Do outro, uma sociedade em que apenas uma pessoa determina as normas que regem a vida de todos.

A experiência da construção da União Europeia deve sem dúvida ser localizada mais perto do segundo polo, porém com avanços consideráveis em direção ao primeiro. Segundo Habermas, “até agora a unificação europeia foi um projeto empurrado pelas elites, por cima das cabeças da população”.²⁴

A consequência do pensamento revolucionário do século XVIII, no qual se insere as ideias de Kant, foi a valorização, ao menos teórica, que o Legislativo recebeu na modernidade: como órgão de controle do Executivo, cujos poderes, mesmo em um Estado de Direito, recende a Antigo Regime; como órgão onde as minorias obtêm representação; e como órgão que, transformado em Assembleia Constituinte, abriga os representantes do titular do Poder Constituinte, o povo.

Desde as Revoluções Americana e Francesa, a primazia do Legislativo é afirmada por ser o único órgão idôneo a inaugurar uma nova ordem jurídica, na condição de Assembleia Constituinte, e o único que pode, teoricamente, inovar o ordenamento existente, com a criação da legislação.

A complexidade das relações humanas sofreu um aumento exponencial desde que Kant escreveu *O que é o Esclarecimento?*, no ano de 1793, o que abalou profundamente os fundamentos desse pensamento. O aumento populacional, o

²³ Borchardt, 2000, pg. 35

²⁴ Habermas, 2014, pg. 158

desenvolvimento científico, a urbanização, a globalização, as inúmeras revoluções políticas e culturais e a transformação radical das relações econômicas estilhaçaram as noções de autonomia do sujeito, de homogeneidade dos interesses de classe e de suposta coerência da forma política privilegiada na modernidade, o Estado-nação.

As ideias clássicas de que as pessoas são autônomas e, portanto, as próprias responsáveis pela “própria minoridade”;²⁵ de que o conceito de classe social é suficiente para representar todas as demandas dos que nela se incluem; e de que o conceito de nação seja o único, ou o melhor, para definir os limites de uma comunidade política são desafiados cotidianamente pelas intensas forças transnacionais e pela emergência de outras solidariedades, como por exemplo as baseadas no gênero, na sexualidade e na cor.

Apesar disso, o conceito esposado por Kant não deve ser abandonado e sim adaptado a um novo tempo. É por esse motivo que os que clamam por mais democracia no âmbito supranacional europeu exigem mais poder ao Parlamento Europeu.

Em uma sociedade que multiplica a sua complexidade em períodos de tempo cada vez menores, Niklas Luhmann propõe o seguinte conceito de legitimidade no seu livro *Legitimação pelo Procedimento*: “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.²⁶

Esse conceito pressupõe a existência das aquisições políticas advindas do constitucionalismo do século XVIII: o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes ao ser humano, a criação de instituições pertencentes a Poderes distintos e a garantia de participação popular. É a presença desses elementos que dotaram as decisões obrigatórias da presunção de legitimidade. Para Luhmann, essa presunção é o “consenso básico” que estabiliza o sistema político moderno e que impede que os destinatários das normas e decisões questionem a sua legitimidade a cada caso concreto.²⁷

Com exceção da Inglaterra – cujo momento constitucional ocorre ainda no século XVII, com a aprovação do Bill of Rights (1689), consagrando a soberania do parlamento, mas mantendo as instituições e processos do período pré-revolucionário –

²⁵ Kant, 1793, pg. 1

²⁶ Luhmann, 1980, pg. 30

²⁷ Luhmann, 1980, pg. 31

²⁸ as aquisições políticas mencionadas foram sempre acompanhadas da sua previsão em uma constituição. Ou seja, se não fosse o exemplo notável da primeira revolução liberal, a adoção da forma constitucional seria uma característica observada em todos os casos.

O fortalecimento do Parlamento Europeu é, portanto, uma condição necessária ao aprofundamento da democracia em âmbito supranacional.

“Quanto mais aumenta a complexidade da sociedade e dos problemas a serem regulados politicamente, tanto menos parece ser possível se ater à ideia rigorosa de democracia, segundo a qual os destinatários do direito devem ser, ao mesmo tempo, seus autores. Contra essa ideia depõe, já ao primeiro golpe de vista, o modo político incrementalista de um Executivo que se limita a reagir aos imperativos de sistemas funcionais específicos e que, por isso, passa a desacoplar a eleição de seus políticos tão amplamente quanto possível do processo de legitimação”²⁹

A adoção de uma constituição, por outro lado, é uma opção. A escolha por essa via; de elevado valor simbólico, o que nunca é desprezível na política; poderia apresentar os mesmo resultados frutíferos e duradouros que apresentaram as Revoluções Francesa e Americana, às quais o projeto de integração europeu tanto deve.

3.3 A política europeia

Para Habermas, a política europeia atual é caracterizada por atitudes distintas em torno de dois pontos: o peso do Estado nacional, ou seja, mais ou menos soberania, e o peso da política em oposição ao mercado. A combinação das duas opções oferecidas pelas duas dimensões resulta em quatro padrões.

Entre os defensores da soberania nacional, os *eurocéticos*, há duas formas: os que defendem um Estado soberano que se abstém de interferir na economia e os que defendem um Estado soberano intervencionista, tendo a última corrente adeptos tanto na esquerda como na direita. Entre os defensores de mais integração na Europa, há os liberais econômicos de diversas correntes e os defensores de uma domesticação supranacional dos mercados. A última corrente pode ser dividida mais uma vez entre os *tecnocratas* e os *eurodemocratas*, corrente na qual Habermas se insere.

Os *eurodemocratas*, ou *arquitetos da Europa*, nas palavras de Ulrich Beck, defendem um aprofundamento das propostas de caráter marcadamente político dos

²⁸ Paixão e Bigliuzzi, 2008, pgs. 87-88

²⁹ Habermas, 2014, pg.98

eurofederalistas, que deram início ao processo de integração europeu. Diferenciam-se dos *tecnocratas* porque são os únicos que “almejam uma continuidade do processo de unificação com o objetivo de fechar o abismo entre *politics* e *policies*, decisivo para o déficit democrático existente”.³⁰

Os *eurodemocratas* e os *tecnocratas* têm em comum a proposta da “criação de uma ordem internacional baseada na cooperação e em instituições, em lugar do conflito e da balança de poder”.³¹ As principais diferenças se manifestam no que se refere ao peso que as decisões políticas e técnicas devem ter e ao problema espinhoso da participação popular nas instituições da União Europeia. Não há dúvidas de que os *tecnocratas* tiveram mais sucesso do que os *eurodemocratas* na influência sobre o formato do processo de integração europeu.

“Em sua forma atual, a União Europeia é tributária do esforço de elites políticas que puderam contar por anos a fio com o assentimento passivo de suas populações, mais ou menos não implicadas, da mesma maneira que os afetados por ela podiam aguardar, no final das contas, também suas vantagens econômicas. A União se legitimou aos olhos dos cidadãos, sobretudo, por seus resultados, e não tanto pela satisfação de uma vontade civil política.”³²

É justamente a sua construção nesses moldes que levou à situação atual, não apenas de crise econômica, mas principalmente de crise de legitimidade. O superdimensionamento da esfera da economia veio acompanhada de uma crise na esfera da política cujos frutos amadureceram no atual desinteresse, chegando por vezes ao repúdio, do cidadão por uma comunidade onde é espectador. É por essa razão que Perry Anderson afirma que “virtually every time – and have not been many – that voters have been allowed to express an opinion about the direction the Union was taking, they have rejected it”.³³

4. O direito comunitário

Dois dos legados mais importantes da experiência americana para o constitucionalismo não foram previstas pelos *Founding Fathers* na Constituição de 1787. A ideia de que as normas constitucionais são superiores a quaisquer outras normas e a ideia de que cabe ao Judiciário a defesa da Constituição, declarando nulas

³⁰Habermas, 2014, pg. 120.

³¹Jatobá, Lessa e Oliveira, 2013, pg. 44

³²Habermas, 2014, pg. 117

³³ Anderson, 2011, pg. 58.

as normas contrárias a ela, são consequência do caso *Marbury vs Madison*, decidido pela Suprema Corte em 1803.³⁴

Acentuando mais uma vez a relação com o constitucionalismo americano, os contornos do direito comunitário europeu também foram definidos a partir de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia e somente depois passaram a constar nos Tratados.

4.1 O Tribunal de Justiça da União Europeia

Nos anos da *euroesclerose*, a lógica intergovernamental prevaleceu sobre a supranacional. Considera-se comumente que o período tem início com a *crise da cadeira vazia* em 1965 e fim com a assinatura do Ato Único Europeu em 1986, a primeira reforma dos tratados constitutivos desde os anos 1950. Apesar da alcunha, no período a união apresenta avanços importantes, como o alargamento da comunidade para incluir Grã-Bretanha, Dinamarca e Irlanda em 1973, Grécia em 1981 e Portugal e Espanha em 1986, além das eleições diretas para o Parlamento Europeu em 1979.

Os impasses nas esferas política e diplomática foram contrabalançados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que estabeleceu o acesso direto do cidadão à ordem comunitária e a supremacia do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados-membros. O período é marcado também por uma importante aceitação do papel e da autoridade das decisões do TJUE por parte das Supremas Cortes dos países da comunidade.

No caso *Van Gend&Loos*, julgado em 05 de fevereiro de 1963, a empresa transportadora *Van Gend&Loos*, com sede em Utrecht, Holanda, acionou a Administração Fiscal Holandesa por introduzir uma taxa de importação majorada sobre a ureia formaldeído proveniente da República Federal da Alemanha. A conduta violava o art. 12 do Tratado de Roma, de 1957, que proibia aos Estados-membros a criação de direitos aduaneiros de importação e exportação, ou encargos equivalentes, sobre bens circulando entre os seus territórios.

³⁴ Paixão e Bigliuzzi, 2008, pgs. 150 e 167.

Antes de decidir o mérito, o *Tariefcommissie*, tribunal administrativo holandês que decidia em última instância sobre os litígios de matéria fiscal, submeteu prejudicialmente ao, na época, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE)³⁵ a seguinte questão: o art. 12 do Tratado de Roma tem efeito interno? Isto é, cabe ao órgão jurisdicional nacional tutelar direitos provenientes do direito comunitário?

A resposta do Tribunal de Justiça foi positiva. Para a Corte, o Tratado de Roma criou uma nova ordem jurídica internacional na qual os sujeitos não são apenas os Estados-membros, mas também o indivíduos. Portanto, o direito comunitário atribui direitos e obrigações aos particulares que podem ser aduzidos diante dos órgãos jurisdicionais nacionais sem a necessidade de mediação do direito interno.

No caso *Costa vs ENEL*, julgado em 15 de julho de 1964, o italiano Flaminio Costa se negou a pagar uma conta de luz no valor de 1926 liras, o que equivalia aproximadamente ao valor de um café na Itália. Perante o *Giudice Conciliatore* de Milão, Flaminio Costa alegou que a recusa em pagar o débito se devia ao fato de que a lei de nacionalização italiana de 1962 violava uma série de disposições do Tratado de Roma. A lei transferiu o patrimônio de várias empresas do setor elétrico para o da estatal ENEL. Entre elas incluía-se a empresa Edison Volta, da qual Flaminio Costa era acionista.

O *Giudice Conciliatore* submeteu então ao TJCE as alegações preliminares de violação de Flaminio Costa. Na decisão, o Tribunal recorre aos fundamentos lançados no precedente *Van Gend&Loos* e os aprofunda. Ao entendimento de que o cidadão pode recorrer diretamente ao direito comunitário, acrescenta-se o entendimento de que ao direito comunitário:

“emanado de uma fonte autônoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria comunidade”.³⁶

³⁵ Somente com o Tratado de Nice, de 2001, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias passa a ser denominado Tribunal de Justiça da União Europeia.

³⁶ *Costa vs ENEL*, 1964, pg. 556

Para o Tribunal, a transferência de determinadas competências dos Estados-membros para a Comunidade significou uma “limitação definitiva dos seus direitos soberanos”³⁷ e, como consequência, estabeleceu a supremacia do direito comunitário sobre quaisquer normas dos direitos nacionais, inclusive normas constitucionais. A previsão do primado do direito comunitário nos Tratados só ocorreu por meio da Declaração 17, anexa ao Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007.

Ao entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia, de que o primado do direito comunitário não encontra exceções, opõem-se posicionamentos das Cortes Supremas de alguns Estados-membros no que se refere à supremacia das normas do direito comunitário sobre normas constitucionais.

4.2 O Tribunal Constitucional Federal Alemão

Como já mencionado, a União Europeia não pode ser considerada um projeto entre iguais, embora se trate de um projeto comum. Confirmando os temores franceses, a Alemanha passou gradualmente a ocupar a posição dominante pertencente à França na origem do processo. O equilíbrio entre ambas sofreu um duro golpe com a reunificação alemã em 1990. Segundo Perry Anderson, “for the first time in its history, the process of European integration is now potentially confronted with the emergence of a hegemonic power, with a widely asymmetrical capacity to affect all other member-states”³⁸.

Para Luiz Alberto Moniz Bandeira, o ressurgimento da Alemanha unificada, dona do terceiro maior PIB do mundo na época e responsável por ¼ da produção total de bens e serviços entre os membros da zona de integração, provocou “o desequilíbrio dentro da União Europeia”.³⁹ Novamente a França se viu confrontada com a necessidade de criar instrumentos para limitar o poder alemão, o que foi implementado por uma nova etapa de transferência de funções estatais para o nível supranacional, no caso as políticas econômica e monetária.

Em 7 de fevereiro de 1992, foi assinado o Tratado de Maastricht, ou o Tratado da União Europeia (TUE), que criou a União Europeia e previu a criação do Banco

³⁷ Costa vs ENEL, 1964, pg. 556

³⁸ Anderson, 2011, pg. 26.

³⁹ Bandeira, 2001, pg. 205.

Central Europeu em 1998 e da moeda única em 1999. “In Paris the creation of a single currency under supranational control was conceived as a critical safeguard against the reemergence of German national hegemony in Europe”.⁴⁰

É por conta da relevância que as decisões tomadas pela Alemanha têm sobre os outros membros da União Europeia que serão analisados os precedentes mais importantes do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) sobre o direito comunitário.

A autoridade das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia já foram desafiadas pelas Supremas Cortes de outros países, como no caso *Frontini*, julgado em 1973 pela Corte Constitucional Italiana, por exemplo. No entanto, por causa do papel assumido pela Alemanha, principalmente após a reunificação, as decisões do TCFA são sem dúvida as que têm a maior capacidade de conduzir o processo de integração na direção, na medida e na velocidade desejadas pelo país.

“Um sintoma político da diminuta disposição de aprender são as sentenças do Tribunal Constitucional Federal a respeito dos tratados de Maastricht e Lisboa, que se agarraram às noções ultrapassadas da dogmática jurídica sobre a soberania. Circulando em torno de si mesma e normativamente despreziosa, a mentalidade de um colosso autista no meio da Europa não é sequer uma garantia de que a União Europeia vá permanecer em seu oscilante *status quo*”.⁴¹

Em 1974, no caso *Solange I*, o TCFA decidiu que, em caso de conflito entre o direito comunitário e normas que garantam direitos fundamentais presentes na Constituição da Alemanha, as últimas deveriam prevalecer. Para a Corte, enquanto um rol de direitos fundamentais com força e alcance similares ao previsto na Constituição Alemã não fosse aprovado por um parlamento supranacional democraticamente eleito, as normas constitucionais alemãs continuariam a afastar a incidência do direito comunitário no que se refere aos direitos humanos.

“In this, the present state of integration of the Community is of crucial importance. The Community still lacks a democratically legitimate parliament directly elected by general suffrage which possesses legislative powers and to which the Community organs empowered to legislate are fully responsible on a political level; it still lacks, in particular, a codified catalogue of fundamental rights, the substance of which is reliably and unambiguously fixed for the future in the same way as the substance of the Basic Law”⁴²

⁴⁰ Anderson, 2011, pg. 33

⁴¹ Habermas, 2012, pg. 131

⁴² Solange I, 1974, sem página

No dia 10 de julho de 1975, o Parlamento Europeu aprova uma Resolução em que clama pela criação de uma Carta de direitos dos cidadãos da Comunidade Europeia. Entre os dias 7 e 10 de junho 1979, realiza-se a primeira eleição direta para o Parlamento Europeu.

Em 1986, no caso *Solange II*, o TCFA contemporiza. Diante do empenho do TJCE em matéria de direitos fundamentais, a Suprema Corte Alemã abandona a exigência de que um documento prevendo um rol de direitos dessa natureza precisasse ser aprovado pelo Parlamento Europeu e passa a enfatizar a proteção efetiva desses direitos.

Não é sem motivo que a previsão de direitos fundamentais continuaria dispersa em inúmeras convenções, documentos e decisões judiciais da comunidade até o ano de 2000, quando a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi aprovada.⁴³ O precedente *Solange II* havia tornado inócua a exortação do Parlamento Europeu de 1975, obedecendo às pressões dos casos *Frontini* de 1973 e *Solange I* de 1974.

Decidiu-se em *Solange II* que, enquanto os órgãos supranacionais garantissem a efetiva proteção aos direitos fundamentais em medida “substancialmente similiar” à oferecida pela Constituição Alemã, a Suprema Corte deixaria de exercer a sua jurisdição quando em causa a aplicabilidade do direito comunitário secundário e, por consequência, não mais exerceria o controle de constitucionalidade desta legislação tomando como parâmetro a Constituição Alemã.⁴⁴

“As long as the European Communities, in particular European Court case law, generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation cited as the legal basis for any acts of German courts or authorities within the sovereign jurisdiction of the Federal Republic of Germany, and it will no longer

⁴³ É importante ressaltar que a Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950 foi adotada sob o patrocínio do Conselho da Europa, que, como já mencionado, é uma organização internacional e não um órgão da União Europeia.

⁴⁴ O direito comunitário primário é constituído pelos Tratados. O secundário são as normas criadas pelos órgãos comunitários nos limites conferidos pelo direito primário.

review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Basic Law[grifo meu].”⁴⁵

É importante notar que o Tribunal não afirma que lhe falta a competência para decidir nesses casos e sim que não mais a exerceria, em razão da proteção alcançada em nível supranacional. Ou seja, apenas o exercício da competência foi suspenso, não a competência em si. A distinção seria mero diletantismo se não tivesse uma importante consequência prática: caso ocorram mudanças fáticas que signifiquem menor proteção em nível supranacional, o TCFA pode reaver o exercício da competência assim que o desejar.

No julgamento do caso *Brunner vs. Tratado da União Europeia* ou *Decisão de Maastricht* ou *Solange III*, de 1993, questionava-se a constitucionalidade da ratificação do Tratado de Maastricht diante da Constituição Alemão. No caso, o campo de análise foi ampliado para além dos direitos humanos, que conduziu os precedentes mencionados, para incluir a relação entre o direito comunitário e o direito constitucional alemão e a discussão sobre legitimidade e democracia no âmbito supranacional.

Os principais argumentos que sustentavam a inconstitucionalidade do Tratado de Maastricht eram que, em primeiro lugar, a criação da União Europeia significava uma ameaça à soberania alemã. Em segundo lugar, a transferência de parte dos poderes soberanos, cujo titular é o povo, para uma instância não democrática era uma violação ao art. 20-1 e 20-2 da Constituição Alemã, segundo o qual a Alemanha é um Estado federado social e democrático e que todo poder emana do povo. A principal crítica era que o único órgão eleito era também o mais fraco, o Parlamento Europeu.

O terceiro argumento diz respeito aos efeitos futuros que o Tratado de Maastricht poderia ter sobre a soberania alemã, o “ponto sem retorno”. A principal preocupação se relacionava à divisão de competências entre a União Europeia e os Estados-membros. Embora o parágrafo 3º do artigo F do Tratado não estabelecesse inequivocamente o princípio do *kompetenz-kompetenz*; segundo o qual o TJCE teria

⁴⁵ Solange II, 1986, sem página

a prerrogativa de definir, e possivelmente ampliar, a sua própria competência; não havia garantias de que no futuro a Corte Europeia não o interpretasse dessa forma.

No julgamento, o déficit democrático na União Europeia assumiu papel central para o TCFA. Segundo a sentença, a participação da Alemanha em uma comunidade de Estados organizada de forma supranacional não viola, por si, o art. 20 da Constituição Alemã. No entanto, a participação popular neste âmbito é um pressuposto e o órgão apto para isso, o Parlamento Europeu, não o fazia de maneira satisfatória. Assim sendo, o Parlamento Alemão deveria manter poderes suficientes para garantir o cumprimento da cláusula democrática prevista na Constituição Alemã.

Também a ideia da integração como um “ponto sem retorno” foi relevante. Para o Tribunal, a afirmação de que o Tratado de Maastricht representava “uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa” (art. A, parágrafo 2º) não significava que a Alemanha deveria se comprometer com quaisquer compromissos que não tivessem sido previamente aceitos. O parágrafo 3º do artigo F do Tratado não poderia no futuro ser interpretado como fundamento para a aplicação do princípio do *kompetenz-kompetenz*. Ou seja, qualquer entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido de ampliação das próprias competências seria considerado inconstitucional e não vincularia a Alemanha.⁴⁶

Em 30 de junho de 2009 foi a vez do Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, sofrer o escrutínio do TCFA. O Tratado de Lisboa foi resultado do “período de reflexão” imposto ao Conselho Europeu pela rejeição da Constituição Europeia em meados de 2005. Para a Corte Alemã, o Tratado de Lisboa não se limitava a alterar o Tratado de Maastricht, como os Tratados de Amsterdã (1997) e de Nice (2001).

“Unlike the Single European Act and the Treaties of Amsterdam and Nice, the Treaty of Lisbon provides for a fundamental change of the existing treaty system. It dissolves the pillar structure of the European Union and formally confers legal personality on the Union. It therefore resembles the Treaty of Maastricht in terms of its significance for the development of the European Union.”⁴⁷

⁴⁶ Makowski, 2014, pg. 163

⁴⁷ Decisão Lisboa, 2009, parágrafo 2º

O Tratado de Lisboa foi questionado diante do TCFA porque, em tese, violava o princípio da democracia, a soberania da República Federativa da Alemanha e a conservação das competências do Parlamento Alemão. Os argumentos que motivaram o questionamento da constitucionalidade do Tratado de Lisboa são basicamente os mesmos que motivaram o do Tratado de Maastricht.

A grande diferença entre a *Decisão de Lisboa* e o precedente sobre o Tratado de Maastricht, no que se refere à soberania da Alemanha, é a afirmação explícita que a Constituição Alemã não autoriza a entrada do país em um estado federal regional apenas pela decisão de órgãos representativos. Para isso, seria exigida a declaração direta de vontade do povo alemão.⁴⁸

Já no que se refere ao papel do Parlamento Alemão, ao contrário dos precedentes, a *Decisão de Lisboa* explicita algumas competências específicas que devem permanecer de forma substancial sob a competência do Parlamento Alemão: cidadania, monopólio civil e militar do uso da força, finanças e gastos públicos, direito penal e questões culturais de particular importância, como o direito de família, o uso da língua, o sistema educacional e o tratamento de comunidades religiosas.⁴⁹

Novamente, o déficit democrático assumiu papel central nas discussões. As críticas ao papel do Parlamento Europeu foram ainda mais duras do que na *Decisão de Maastricht* e a preocupação com os interesses da Alemanha, em detrimento dos interesses da união, ficaram ainda mais evidentes do que nos precedentes. Para a Corte Alemã, a própria composição do Parlamento Europeu representa um obstáculo à democracia no âmbito da União Europeia.

O art. 38-1 da Constituição Alemã prevê que os membros do *Bundestag* são escolhidos mediante eleições “iguais”, o que significa que o voto de cada cidadão tem o mesmo peso para a escolha dos membros da Casa, que representa “todo o povo” alemão. Para o TCFA, a previsão de que a representação dos cidadãos da União no Parlamento Europeu é regressivamente proporcional, assegurando-se um mínimo de 6

⁴⁸ Decisão Lisboa, 2009, parágrafo 228

⁴⁹ Ceia, 2009, pg. 103

assentos e um máximo de 96 por Estado-membro (art. 14-2 TUE), viola a noção de igualdade eleitoral prevista na Constituição Alemã.

Por causa da atual forma de eleição do órgão, o voto de um cidadão dos Estados-membros menos populosos vale mais do que o voto de um cidadão dos membros mais populosos, como a Alemanha. Por consequência, para o TCFA, o Parlamento Europeu não é um órgão apto a representar “uniformemente a vontade do povo”.⁵⁰ Enquanto os assentos forem alocados por Estados-membros, e não pelo critério que assegure o mesmo peso para o voto de cada cidadão da União, o Parlamento Europeu “factually remains a representation of the peoples of the Member States”⁵¹ e não dos cidadãos da União enquanto membros de um povo europeu.

5. A Constituição da Europa

Não se pode compreender o que a modernidade entende por Constituição sem a referência ao contexto histórico preciso no qual o termo ganhou o significado que se mantém até hoje. Ao contrário do que afirmam muitos doutrinadores, não é possível fazer retroagir o conceito atual de Constituição a nenhuma época anterior às revoluções liberais do fim do século XVIII, Americana e Francesa, sem incorrer em um grave anacronismo.⁵²

É somente a partir de então que o termo passa a significar um ato solene e consciente que cria uma nova estrutura política, em contraste com o sentido difundido no século XVII, segundo o qual constituição significava meramente *governo* ou *regime político*.⁵³ Em uma atitude caracteristicamente moderna, os revolucionários do século

⁵⁰ Decisão Lisboa, 2009, parágrafo 280

⁵¹ Decisão Lisboa, 2009, parágrafo 284

⁵² “Como se sabe, a Constituição norte-americana alterou completamente as bases políticas, econômicas e institucionais vigentes até o momento de sua ratificação”. Paixão e Bigliuzzi, 2008, pg 145.

⁵³ “Em suma, em todos os tipos de formação social hierárquica pré-moderna, em cujo cume se encontram entrelaçadas a estrutura de dominação fundada na distinção “poder superior/ poder inferior” e a semântica moral religiosa baseada na diferença “bem/ mal”, não pode estar presente uma Constituição no sentido moderno. Quando se utiliza o termo “Constituição” em relação a uma dessas experiências, aponta-se, descritivamente, para a estrutura social ou política que caracteriza uma dada sociedade, nos termos de um conceito empírico válido para toda e qualquer formação social”. Neves, 2009, pg. 17.

XVIII rompem com o passado e deslocam a perspectiva para o futuro.⁵⁴

Na maior parte da época pré-moderna, inexistiam dois elementos básicos do direito moderno. O primeiro é a noção de direito subjetivo. Um período no qual os privilégios e os deveres de uma pessoa não se distinguiam dos da camada social à qual pertencia não conhecia a noção de indivíduo titular de direitos. A segunda é a limitação do poder do governante. Até o advento da modernidade, “pode-se falar de uma subordinação do direito ao poder”.⁵⁵ Era inconcebível a ideia de que o poder do soberano pudesse se subordinar a leis. Cumpria ao direito legitimar a política. A ausência desses dois elementos se transformaria no problema principal a ser solucionado pela Constituição.

O Absolutismo representa um longo período de transição no qual um grau mais elevado de complexidade social começa a destruir os fundamentos da velha ordem. Vislumbram-se a origem de direitos subjetivos titularizados por indivíduos, que poderiam opor suas pretensões entre si, mas não contra o soberano, e as primeiras limitações jurídicas ao poder do governante. As cartas de liberdade ou pactos de poder não podem ser consideradas ainda Constituições. Falta-lhes a pretensão de universalidade, de abrangência e de inovação. Não há a intenção de aplicação a todos, pois se trata de um pacto entre o monarca e determinada camada social. As cartas e pactos têm finalidades pontuais e não existe a intenção de regulamentar todos os processos relacionados ao poder. E por último, eles não têm a intenção de inaugurar uma nova ordem política.⁵⁶

A ruptura trazida pelas revoluções liberais veio acompanhada de um dilema, era necessário construir tudo do princípio: a estrutura e as atribuições dos órgãos do Estado, a separação dos poderes, os direitos dos cidadãos, o papel da religião etc. A Constituição foi a solução encontrada para os dois grandes problemas já mencionados: a exigência de direitos fundamentais em uma sociedade que se tornou complexa demais em um curto período de tempo e a questão da limitação do poder estatal, em sua face interna, pela separação dos Poderes, e em sua face externa, pela fiscalização e participação popular nos procedimentos de decisão.

Em uma sociedade regionalmente integrada, como a da Europa de hoje, não é

⁵⁴Paixão e Bigliuzzi, 2008, pg. 170

⁵⁵Neves, 2009, pg. 9

⁵⁶Neves, 2009, pg. 21.

possível solucionar esses dois problemas pelas ordens jurídicas estatais adstritas aos próprios territórios.

“De certa maneira, essa dependência persistente da segmentação territorial em Estados, especialmente no que concerne ao problema da legitimação, torna a política e o direito relativamente fracos diante dos sistemas que se reproduzem no plano mundial de forma cada vez mais intensa, desenvolvidos primariamente com base em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou no nível semântico (meios de comunicação de massa), sem dependerem de segmentação territorial”⁵⁷

Referir-se aos mentores do processo de integração europeu como *Founding Fathers*, termo que remete explicitamente à Revolução Americana, é de fato adequado. Em meio a uma tragédia que destruiu as bases do que se conhecia até então, propor não alimentar o ressentimento, uma fórmula que já tinha sido utilizada e cujos frutos tinham resultado em um novo conflito mundial, pode ser considerado um ato verdadeiramente constituinte.

No dia 12 de maio de 2000, o Ministro das Relações Exteriores da Alemanha, Joschka Fischer, apresentou o discurso intitulado *From Confederacy to Federation: Thoughts on the Finality of European Integration* na Universidade Humboldt de Berlim. Esclarecendo que não se tratava de um posicionamento oficial do governo alemão, mas sim da opinião de um “europeu leal e de um parlamentar alemão”,⁵⁸ Fischer defende que os desafios enfrentados pela União Europeia no início do novo século não poderiam ser solucionados com a organização institucional existente.

Na sua opinião, o “Método Monnet” de avanço institucional gradual e de revisão dos Tratados havia atingido o seu limite. Concebido inicialmente para um união entre seis membros, não era mais suficiente para dar conta dos desafios que a União Europeia tinha diante de si no início do século XXI, entre eles a introdução do Euro e a inclusão acelerada de novos membros. Até o ano de 2000, a União Europeia possuía quinze membros. Entre os anos de 2000 e 2013, treze novos foram incluídos.

Assim como para Winston Churchill há aproximadamente 50 anos, Joschka Fischer considerava a solução “simples”: a transição de uma união de Estados para uma Federação Europeia, com efetivos poderes executivos e legislativos, baseada em uma Constituição.

O discurso de Fischer iniciou um amplo debate sobre a constitucionalização da

⁵⁷Neves, 2009, pg. 31

⁵⁸Fischer, 2000, sem página

União Europeia. Em dezembro de 2001, o Conselho Europeu emitiu a *Declaração Laeken*, na qual a relação entre o déficit democrático e a adoção de uma Constituição é evidenciada. No mesmo sentido do discurso de Fischer, defende-se que uma redefinição das competências da União e dos Estados-membros, um problema tipicamente federativo, deveria ser implementada. Além disso, a declaração reconhece que o direito da União Europeia é complexo e obscuro demais, o que contribui para a desconfiança e o distanciamento do cidadão, e propõe a sua simplificação.

O texto conclui questionando se essa atividade de simplificação e reorganização não poderia levar, “no longo prazo”, à adoção de uma Constituição pela União Europeia e convoca a Convenção Sobre o Futuro da Europa, ou Convenção da Europa, como foi designada posteriormente, com o fim de debater o futuro da união e apresentar um documento final com as conclusões alcançadas.⁵⁹

A Convenção iniciou os trabalhos em fevereiro de 2002 e em junho de 2003 submeteu à apreciação do Conselho Europeu o projeto do Tratado que Estabelece Uma Constituição para a Europa, que foi aprovado em junho de 2004. Em outubro de 2004, os 25 chefes de Estados e governo da União Europeia o assinaram.

“The founders of the American republic would have rubbed their eyes in disbelief at such a ponderous and rickety construction”⁶⁰: o resultado não era nem simples nem democrático. Com 448 artigos e 36 protocolos anexos, a Constituição padecia dos mesmos vícios que supostamente lhe haviam inspirado a criação. A finalidade da Convenção da Europa convocada na *Declaração Laeken* era a seguinte:

“It will be the task of that Convention to consider the key issues arising for the Union's future development and try to identify the various possible responses. (...) The Convention will consider the various issues. It will draw up a final document which may comprise either different options, indicating the degree of support which they received, or recommendations if consensus is achieved. Together with the outcome of national debates on the future of the Union, the final document will provide a starting point for discussions in the Intergovernmental Conference, which will take the ultimate decisions.”⁶¹

⁵⁹ A Convenção era composta por um presidente, Giscard d’Estaing; dois vice-presidentes, Giuliano Amato e Jean-Luc Dahan; um representante de cada chefe de Estado ou de governo dos Estados-membro, na época 15; dois membros de cada parlamento nacional dos Estados-membros, totalizando 30; dois representantes da Comissão e 16 do Parlamento Europeu; um representante de cada chefe de Estado ou de governo dos Estados candidatos a ingressarem na União Europeia, totalizando 13; e dois membros de cada parlamento nacional governo dos Estados candidatos, totalizando 26.

⁶⁰ Anderson, 2001, pg. 57.

⁶¹ Conselho Europeu, 2001, sem página

Além de não respeitar o “longo prazo” mencionado pela *Declaração Laeken*; que, se não pode ser definido objetivamente, sem dúvidas não cabe entre dezembro de 2001 e outubro de 2004; a Convenção investiu-se de poderes para os quais não foi explicitamente convocada; elaborou como “documento final” um projeto de Constituição, o que não pode ser deduzido inequivocamente da Declaração; e o submeteu à aprovação de um órgão que sob nenhum ponto de vista poderia ser considerado sequer parecido com uma Assembleia Constituinte.

Os tecnocratas haviam confundido o assentimento popular tácito, acompanhado de uma boa dose de conformismo, que caracterizou a União Europeia desde a origem com “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo não definido” e haviam ultrapassado os limites da tolerância dessa vez. O simulacro de Constituição foi rejeitado em referendo por 55% do franceses, em 29 de maio de 2005, e por 61,5% dos holandeses três dias depois.

5.1 Os pressupostos para uma Constituição da Europa

A precipitação teve consequências graves. O impasse causado pela rejeição alimentou os argumentos dos *eurocéticos*. Passou a ser contestada a ideia da integração como um projeto que assumiu gradativamente características constitucionais e que, em algum momento, poderia adotar formalmente uma Constituição.

Segundo Marcelo Neves, a União Europeia possui uma constituição supranacional incompleta, que foi construída e aprofundada fundamentalmente pelas decisões judiciais do TJUE e pelos juízes e tribunais nacionais. “Em suma, a juridificação está em uma relação fortemente assimétrica com a democratização no plano europeu”.⁶²

Apesar da constante e inevitável alteração entre o TJUE e as Supremas Cortes nacionais, pode-se afirmar que a União Europeia caminhava na direção da criação de uma constituição supranacional. A tentativa de criá-la na ausência das condições necessárias para isso colocou em xeque o próprio processo de constitucionalização.

A mais urgente condição a ser preenchida é a solução do déficit democrático, que passa obrigatoriamente pelo fortalecimento do Parlamento Europeu, inclusive com

⁶² Neves, 2009, pg. 107.

a assunção do papel central na criação de uma eventual Constituição. Isto é, o caminho contrário ao adotado pelo Tratado que Estabelece Uma Constituição para a Europa, que pretendia solucionar esse problema posteriormente.

Além desse pressuposto, Marcelo Neves enumera outros. Primeiramente, uma certa simetria no nível de desenvolvimento dos Estados-membros. Presentes disparidades muito graves em assuntos importantes; como legislação orçamentária, social, trabalhista e de saúde, por exemplo; se torna impossível, ou ao menos muito difícil, a incorporação imediata, isto é, sem ratificação, das normas supranacionais pelos Estados-membros. Em segundo lugar, a concretização do Estado de Direito e da democracia no âmbito interno dos Estados-membros, uma condição já plenamente preenchida na União Europeia.

O terceiro pressuposto, diretamente ligado ao déficit democrático, é a formação de um povo constitucional europeu. Em uma democracia, o povo é a instância última de legitimação. Ele representa a condensação da esfera pública difusa e plural em uma “unidade procedimental construída constitucionalmente”.⁶³ Não é legítima, portanto, uma decisão que considere que o povo errou ou que não tem condições de decidir.

Em torno deste ponto, reside uma das maiores diferenças entre os *eurocéticos* e os *eurodemocratas*. Um dos principais argumentos dos *eurocéticos* contra uma constitucionalização da União Europeia é a ausência do próprio titular do poder constituinte: um povo com identidade própria capaz de legitimar a criação de uma Constituição em seu nome. Subjacente está a crença na existência de um povo nacional relativamente homogêneo, em contraste com a artificialidade da existência de um povo que ultrapasse as fronteiras nacionais.

“Euroscptics reject a shift in the basis of legitimation of the Union from international treaties to a European constitution with the argument, ‘there is as yet no European people’. According to this view, what is missing is the very subject of a constituent process, the collective singular of ‘a people’ capable of defining itself as a democratic nation. I have criticized this ‘no-demos’ thesis on both conceptual and empirical grounds. A nation of citizens must not be confused with a community of fate shaped by common descent, language and history. This confusion fails to capture the voluntaristic character of a civic nation, the collective identity of which exists neither independent of nor prior to the democratic process from which it springs. Such a civic, as opposed to ethnic, conception of ‘the nation’ reflects both the actual historical trajectory of the European nation-states and the fact that democratic citizenship establishes an abstract, legally mediated solidarity between strangers [grifo meu]”⁶⁴

⁶³ Neves, 2009, pg. 70

⁶⁴ Habermas, 2001, pgs. 15-16

Habermas e Marcelo Neves negam que a identidade cultural seja um pressuposto para a constituição de uma comunidade política. A ideia de *nação* como a essência e o parâmetro de legitimidade de uma unidade política, cujos limites devem corresponder aos do território sobre o qual essa cultura supostamente homogênea se estende, é reconhecidamente construída e imposta, não raramente pela violência.⁶⁵

Ambos, Habermas e Marcelo Neves, defendem exatamente o contrário. É a existência da diferença e não da homogeneidade que representa um pressuposto para a existência de uma comunidade política democrática. Beneficiando-se do pensamento de Niklas Luhmann,⁶⁶ Marcelo Neves desloca a ênfase da legitimidade popular da identidade cultural para a possibilidade de determinação dos procedimentos políticos de decisão.

“Além dos pressupostos no nível dos Estados, a formação de uma Constituição supranacional transversal depende da construção de um povo constitucional *determinante dos procedimentos* no plano supraestatal. Não se trata, porém, de um povo caracterizado por uma identidade cultural coletiva ou por uma comunidade de valores, que, aliás, também não existe no Estado constitucional, mas sim de um povo que se distingue, antes de tudo, por uma forte heterogeneidade cultural [itálico no original]”.⁶⁷

O quarto e último pressuposto é a formação de uma esfera pública regional forte, isto é, capaz de influenciar os procedimentos políticos de decisão. Esfera pública pode ser compreendida como a “pluralidade complexa de valores, interesses, expectativas e discursos que se relacionam dissensualmente”⁶⁸ da qual o povo retira seletivamente os conteúdos para o desempenho da sua função de instância procedimental última da democracia.

Também nesse caso, a diferença, e não a homogeneidade, é um pressuposto e também aqui a experiência constitucional norte-americana dá a sua contribuição ao projeto constitucional europeu.

“The word ‘people’ retained for them [the founders] the meaning of manyness, of the

⁶⁵ “Nations as a natural, God-given way of classifying men, as an inherent though long-delayed political destiny, are a myth; nationalism, which sometimes takes pre-existing cultures and turns them into nations, sometimes invent them, and often obliterates pre-existing cultures: *that* is a reality, for better or worse, and in general an inescapable one. (...). But we must not accept the myth. Nations are not inscribed into the nature of things, they do not constitute a political version of the doctrine of natural kinds. Nor were national states the manifest ultimate destiny of ethnic or cultural groups. What do exist are cultures, often subtly grouped, shading into each other, overlapping, intertwined; and there exist, usually but not always, political units of all shapes and sizes. In the past the two did not generally converge”. Gellner, 1983, pg. 49.

⁶⁶ Niklas Luhmann foi co-orientador da tese de doutorado de Marcelo Neves, na Universidade de Bremen, na Alemanha.

⁶⁷ Neves, 2009, pgs. 101-102

⁶⁸ Neves, 2009, pg. 72

endless variety of a multitude whose majesty resided in its very plurality. Opposition to public opinion, namely to the potential unanimity of all, was therefore one of the many things upon which the men of the American Revolution were in complete agreement; they knew that the public realm in a republic was constituted by an exchange of opinion between equals, and that this realm would simply disappear the very moment an exchange became superfluous because all equals happened to be of the same opinion.”⁶⁹

6. Conclusão

A rejeição do Tratado que Estabelece Uma Constituição para a Europa, em 2005, representou a maior crise de legitimidade já enfrentada pela União Europeia. A ela vieram se juntar uma crise econômica, iniciada em 2008, e a pior crise de refugiados desde o fim da Segunda Guerra Mundial. A crise econômica se aprofundou, ao invés de ser dirimida ou acentuada, colocando em risco a própria união. A crise de refugiados, por sua vez, ofereceu ao mundo episódios de horror em 2015 e continua testando até que ponto os Estados-membros da União Europeia estão dispostos a resolver unidos problemas que afetam a todos.

A disposição para tentar transformar em meros recursos retóricos conceitos caros à modernidade; como democracia, legitimidade e Constituição; associada a um perigoso excesso de confiança, teve um papel central na atual crise de legitimidade. Se até a tentativa de adotar uma Constituição para a Europa, o processo de integração havia caminhado sem a participação efetiva dos cidadãos, agora precisava contar com a sua oposição.

Em meio a essa circunstância, na qual os mais pessimistas chegaram a vaticinar o fim do processo de integração europeu, a União Europeia foi laureada com o Prêmio Nobel da Paz, no ano de 2012. Ao mesmo tempo em que reconhece que “The EU is currently undergoing grave economic difficulties and considerable social unrest”⁷⁰, ou talvez exatamente por isso, o Comitê Norueguês do Prêmio Nobel relembra ao mundo os frutos mais importantes da União Europeia: paz, reconciliação, democracia e o respeito aos direitos humanos.

O clamor por *Mais Europa* sofreu um duro golpe com a rejeição do Tratado que Estabelece Uma Constituição para a Europa. A derrota não deve, porém, ser encarada

⁶⁹ Arendt, 1963, pg. 93

⁷⁰ Comitê Norueguês Do Prêmio Nobel, 2012, sem página

como um motivo para que o projeto constitucional seja abandonado. A inspiração constituinte já se encontra presente nos *Founding Fathers* da Europa, quando optaram por abandonar a perspectiva do passado, que alimenta o ressentimento, e apostar no futuro, onde se encontra a esperança.

O caráter constitucional da integração se aprofundou, porém, de maneira assimétrica. Dependendo excessivamente das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, a União Europeia manteve o vício de origem da insuficiente participação cidadã no nível supranacional, o que teve papel decisivo na rejeição do projeto da Constituição da Europa em 2005.

Um ato de coragem é exigido novamente. Agora é preciso reconhecer que o único caminho possível para alcançar a democracia é apostar nela desde o princípio. Para isso, o povo europeu deve ser situado no seu devido lugar: no centro e na origem do processo constituinte, por meio de um Parlamento Europeu forte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS e ARTIGOS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Sovereignty and Regional Integration in Latin America: a Political Conundrum?** Revista Contexto Internacional, Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p.471-495, julho/dez. 2013.

ANDERSON, Perry. **The New Old World**. London, UK: Verso, 2011.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Cia das Letras, 1999. Tradução de José Rubens Siqueira.

_____. **On Revolution**. New York: Penguin Books, 1963.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **A Reunificação da Alemanha: do ideal socialista ao socialismo real**. Brasília: Editora Unb, 2001.

BORCHARDT, Klaus-dieter. **O ABC do direito comunitário**. Bruxelas: Comunidades Europeias, 2000. (Documentação Europeia).

CEIA, Eleonora Mesquita. **A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 49, p.89-107, jul. 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17034>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

FRANSEN, Frederic. **The Supranational Politics of Jean Monnet: Ideas and Origins of the European Community**. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 2001.

GELLNER, Ernest. **Nations and Nationalism**. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1983.

HABERMAS, Jurgen. **Na esteira da tecnocracia: Pequenos escritos políticos XII**. São Paulo: Unesp, 2014.

_____. **Sobre a constituição da Europa: um ensaio**. São Paulo: Unesp, 2012.

_____. **Why Europe needs a Constitution**. In: **New Left Review**, London, Uk, n. 11, p.5-26, sep oct 2001.

HAYEK, Friedrich. **The economic conditions of interstate federalism**. In: **Individualism and economic order**. Chicago, Us: The University Of Chicago Press, 1948.

JATOBÁ, Daniel; LESSA, Antônio Carlos; OLIVEIRA, Henrique Altemani de. **Teoria das Relações Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é o Esclarecimento?** Königsberg: 5 de dezembro de 1783. Traduzido por Luiz Paulo Rouanet. Disponível em: <http://www.uesb.br/eventos/emkant/texto_II.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2015.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: Unb, 1980

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

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** Brasília: Unb, 2008.

PIODI, Franco. **From the Schuman Declaration to the birth of the ECSC: The role of Jean Monnet.** European Union: Directorate-general For The Presidency Of The European Parliament, 2010. (CARDOC Journals). Disponível em: <http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_1_tarihce/from_the_schuman_declaration_to_the_birth_of_ecsc.pdf>. Acesso em: 28 out. 2015.

MAKOWSKI, Kevin D. **Solange III: The German Federal Constitutional Court's Decision on Accession to the Maastricht Treaty on European Union.** University Of Pennsylvania Journal Of International Law, Philadelphia, v. 16, n. 1, p.155-179, abr. 1995. Published by Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014. Disponível em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1491&context=jil>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

DOCUMENTÁRIO

. Denver: University of Denver, Sturm College Of Law, 2011. (90 min.). Disponível em: <<http://www.law.du.edu/index.php/jean-monnet-father-of-europe/documentary>>. Acesso em: 28 out. 2015.

DISCURSOS e DECLARAÇÕES

COMITÊ NORUEGUÊS DO PRÊMIO NOBEL. **The Nobel Peace Prize for 2012 Press Release.** Oslo, 12 de outubro de 2012. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2012/press.html. Acesso em 09 nov. 2015.

CONSELHO EUROPEU. **Declaração Laeken.** Bruxelas: 15 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.cvce.eu/en/obj/laeken_declaration_on_the_future_of_the_european_union_15_december_2001-en-a76801d5-4bf0-4483-9000-e6df94b07a55.html>. Acesso em: 07 nov. 2015.

CHURCHILL, Winston. **The Sinews of Peace ("Iron Curtain Speech").** Westminster College, Fulton, Missouri, 5 de março de 1946a. Disponível em:

<<http://www.winstonchurchill.org/resources/speeches/1946-1963-elder-statesman/120-the-sinews-of-peace>>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. **United States of Europe**. University Of Zurich, Zurich, 19 de setembro de 1946b. Disponível em: <<http://www.winstonchurchill.org/resources/speeches/1946-1963-elder-statesman/2970-united-states-of-europe>>. Acesso em: 28 out. 2015.

FISCHER, Joschka. **From Confederacy to Federation: Thoughts on the Finality of European Integration**. Berlim: 12 de maio de 2000. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do;jsessionid=9TXVSzSHrJ4WmfrgWXjLpLNZSnXQtGypBkh2S2GGnD3K9MW6wybp11615003456?docId=192161&cardId=192161>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

SCHUMAN, Robert. **Declaração Schuman**. Paris, 9 de maio de 1950. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

DECISÕES JUDICIAIS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **Decisão Lisboa**. Processo nº BVerfG, 2 BvE 2/08.. Karlsruhe, 30 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html>. Acesso em: 06 nov. 2015.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **Solange I**. Processo nº BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71. Karlsruhe, 27 de maio de 1974. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=588>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **Solange II**. Processo nº BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83. Karlsruhe, 22 de outubro de 1986. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=572>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. **Costa vs Enel**. Processo nº 6/64. Luxemburgo, 15 de julho de 1964. Luxemburgo, . Disponível em: <<http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/costaenel.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. **Van Gend&Loos vs Administração Fiscal Holandesa**. Processo nº 26/62. Luxemburgo, 05 de fevereiro de 1963. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026&from=EN>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

LEGISLAÇÃO

ALEMANHA. Constituição (1949). **Basic Law For The Federal Republic Of Germany**. Bonn am Rhein, Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**, Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Que Estabelece Uma Constituição Para A Europa.**, Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia**, Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2015.