DO TRATADO DE NICE DE 2001 À CONVENÇÃO PARA A CONSTITUIÇÃO EUROPÉIA 2002/2003: RUMO A UMA ORDEM CONSTITUCIONAL NA EUROPA?[*] [**]

THOMAS OPPERMANN[***]

Resumo: No período que se estende entre a promulgação do Tratado de Nice de 2001 e a concretização do alargamento da União Européia em maio de 2004, de quinze para vinte e cinco Estados-Membros, a elaboração de um projeto legível e factível de uma Constituição Européia se constitui uma tarefa inevitável. Seguindo a esteira de resultados da Convenção Européia de Direitos Fundamentais de 2000, o Conselho da UE lança uma segunda Convenção dos Estados-Membros, a qual, até a segunda metade de 2003, deve apresentar o projeto de um Tratado Constitucional para a Comunidade. Paralelamente, uma Convenção Parlamentar do governo alemão decide sobre o referido projeto. O presente artigo descreve o percurso em direção a uma nova rodada de trabalhos em Bruxelas, sua formação e os resultados da Convenção até final de 2002, bem como contribui para o debate do tema da Constituição Européia até então desenvolvido no contexto europeu.

Palavras-chave: Unitermos: Direito da União Européia, Constituição Européia, natureza constitucional dos tratados, Tratado de Nice de 2001, Tribunal de Justiça das comunidades européias, processo europeu de constitucionalização, integração parcial e integral, Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, Carta de Direitos Fundamentais da União Européia de 2000, Conselho da UE de Laeken, Convenção da UE para a Constituição Européia, Estrutura da Constituição Européia, competências, processo legislativo, princípios constitucionais, Declaração de Nice sobre o Futuro da União Européia, papel dos parlamentos nacionais, reforma das instituições da União Européia.

Abstract: The article approaches some issues guiding the future of a Constitution for the European Union, particularly in the period between the entry into force of Nice Treaty of 2002 and the enlargement process of the European Union to be concluded in May 2004. The author contends that the drafting of a legible and factible text for the European Constitution appears to be an inevitable task. After the important results achieved by the Convention for the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2002, the Council of European Union has launched a second Convention of Member States, which would present a draft of a Constitutional Treaty for the Community (the Treaty establishing a Constitution for Europe). In the meanwhile, a assembly of the German government should decide upon the draft at stake. In its structure, the Oppermman's article analyses the path toward a new round of works of the European Union in Brussels, their premises, and the results of the Conventionuntil the end of the year 2002. Additionally, it contributes to the academic debate on the European Constitution that has been so far developed in Europe.

Key words: European Law, European Constitution, constitutional nature of thetreaties, Treaty of Nice of 2002, European Court of Justice, Europeanprocess of constitutionalization, partial and total integration , European Convention on Human Rights, the Charter of Fundamental Rights of the EuropeanUnion of 2000, Laeken European Council, legal framework of the European Constitution, competences, law-making process, constitutional principles, Declaration on the Future of the European Union, role of national parliaments, reform of the European institutions.

---

[*] A versão original do trabalho "Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003" está publicada na Revista *Deutsches Verwaltungsblatt*, n°118, Köln, Carl Heymanns, 2003, p.1-9, e foi concluída em Novembro de 2002. O autor agradece ao seu aluno Fabrício Pasquot Polido pelo trabalho de tradução e atualização, bem como as referências sobre doutrina e jurisprudência. Do mesmo modo, agradece a cooperação de Maria Paula Bertran, pós-graduanda pelo Departamento de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo, pela revisão da versão do presente trabalho em Português, na versão concluída em Setembro de 2003.

[**] Traduzido e adaptado por: Fabrício Pasquot Polido. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e *Juristische Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.* Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (FDUSP). Realizou estudos de graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e *Eberhard-Karls-Universität Tübingen,* Alemanha. Ex-Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do CNPq (2001/2002) e do Rotary International para o ano acadêmico 2002/2003. Atualmente é pesquisador-associado do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID) e Professor-assistente de Direito Internacional Privado e Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP).

[***] Prof. Dr. iur. Dres h.c. Professor Titular Emérito da Cadeira de Direito Europeu, Constitucional e Internacional, da *Juristische Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübinge*n, Alemanha. Membro do Tribunal de Justiça do Estado de Baden-Württemberg e Conselheiro do Primeiro-Ministro Erwin Teufel na Convenção da UE para a Constituição Européia em Bruxelas (2002-2003). Foi Professor-visitante nas Universidades de Chicago (1991), Aix-en-Provence (1993), Jerusalem (1999), Yokohama (2000), nas quais lecionou disciplinas de Direito Internacional, Direito Comunitário Europeu e Direito Econômico Internacional.

1. Rumo ao desenvolvimento dos tratados constitutivos, de Paris (1950) à Nice (2002).

1.1. A União Européia está pronta para uma Constituição?

Há alguns anos um fantasma ronda as instituições da União Européia trazendo consigo a questão de determinar como será empreendida a criação de uma "Constituição Européia". (seria melhor se falar em um "espírito do bem").[1] O modo como aqui se emprega a palavra Constituição não é novidade alguma ou um salto revolucionário. Ela é entendida em seu sentido genérico e inerente, qual seja, o ordenamento básico ou fundante de uma organização, que serve, igualmente, como ordem de legitimação da existência dessa organização. Em 1926, Verdross referiu-se à Liga das Nações como sendo Constituição da Comunidade dos Povos. Na atualidade, M. Nettesheim identifica a Organização Mundial do Comércio como sendo *aparência de ordenamento revestido de caráter constitucional*[2]. Essa definição de Constituição, muitas vezes utilizada em nível supranacional, é considerada indistintamente sem que sejam analisadas as suas particularidades. O procedimento para legislatura de uma Constituição não precisa se tornar um procedimento de desdobramento meramente estatal.

Por outro lado, existem opiniões expressivas na Alemanha a serem consideradas no debate, exemplificativamente as dos antigos juízes do Tribunal Constitucional, Dieter Grimm e Paul Kirchhoff, que se mantêm relutantes em relação à idéia de uma Constituição Européia positivada e sustentam que uma Carta como tal requer a presença de um Estado.[3] A União Européia e as Comunidades *não seriam* um Estado. Esse emprego diferenciado da linguagem

[1] Em relação ao debate sobre a Constituição Européia, os posicionamentos doutrinários são muito divergentes. Ver SCHWARSE, J. Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung. In: *Deutsches Verwaltungsblatt.* 1999, p.1677 e ss.; MÜLLES-GRAFF, P. C. Der Post Nizza-Prozess. Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Verfassung? In: *Integration*, n.24 (2001), p.208 e ss.; PETERS, A. *Element einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001; SCHÜSSELBAUER, G. *Erwartung an den Post-Nizza-Prozess*. In: *Orientierungen* n° 89 (2001), p.44 e ss.

[2] A expressão diz respeito à idéia de "Erscheinung konstitutionalisierter Ordnung". cf. VERDROSS, A. Die Verfassung der Völkergemeinschaft, 1926, e NETTESHEIM, M. Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung: Zur Entwicklung der Ordnungsformen des internationalen Wirtschaftsrecht. In: *Lieber Amicorum Oppermann*, 2001, p.381 e ss.

[3] GRIMM, D. Braucht Europa einer Verfassung? In: *Juristenzeitung*, 1995, p.581 e ss; KIRCHHOF, P. Der Verfassunsgstaat und seine Mitgliederstaat in der Europäische Union In: *Lieber Amicorum Oppermann*, 2001. p.201 e ss.

para exprimir o que seja Constituição relaciona-se com a diferenciação entre Direito Constitucional formal e Direito Constitucional material.[4]

No caso de se conceber a União Européia como uma organização de natureza próxima à do Estado ou de uma forma democrática dotada de soberania, atinge-se um problema de conceituação, que é igualar o Direito Comunitário primário a uma espécie de Constituição estatutária da União Européia. Em 1967, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu que o tratado que institui a Comunidade Européia (TCE) apresentar-se-ia, em certa medida, como sendo uma Constituição da Comunidade.[5] Em 1991, o Tribunal de Justiça das Comunidades (TJCE) definiu os tratados constitutivos como sendo atos fundantes da Comunidade (*Gründungsakte*) e estatutos de caráter constitucional (*Verfassungsurkunde*).[6] Com a concretização da União Européia, oriunda de Maastricht (1992), passando por Amsterdã (1997) e chegando até Nice (2001), essa concepção sobre a natureza constitucional dos tratados adquiriu completude.

1.2. O descontentamento com o status constitucional da União Européia na atualidade

A partir da ingerência da União no domínio da organização de suas instituições, desde os anos 90, cresceu vertiginosamente o descontentamento da opinião pública com a "Europa de Bruxelas".[7] A problemática da atual configuração constitucional da União, à qual se seguiu, desde a Convenção de Nice (2000/2001), uma discussão sobre a necessidade de uma Constituição Européia, está no fato de que quase a totalidade do Direito Comunitário primário tenha se tornado um ordenamento complexo e assistemático. Partindo-se da criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço de 1952 (por conta da iniciativa histórica de Robert Schumann, conjuntamente com Konrad Adenauer e Alcide di Gasperi, em 9 de maio de 1950), continuando pelos Tratados de Roma (1957) e pelo Ato Único Europeu (1986), e passando ainda pelos Tratados de Maastricht (1993), Amsterdã (1997) e Nice (2001), o "processo

[4] Sobre a diferenciação, ver BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 83 e ss e ss.; DA SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 42 e ss;

[5] Cf. Acórdão do *Bundesverfassungsgericht* alemão, BVerfGE 22, 292-296.

[6] Ver TJCE 1991, 6079 - Parecer 1/91 sobre a Comunidade Européia.

[7] A esse respeito, ver considerações de literatura especializada em ENZERBERGER, H. M. *Ach Europa!* Frankfurt: Suhrkamp, 1991; cf. também VERSDRAEGEN. *Die Europäische Union, Anspruch um Wirklichkeit*, 2001.

europeu de constitucionalização" ampliou-se sem igual.[8] Cada vez mais, a unificação européia segundo o "Método ou Paradigma Monnet" deu-se com pioneirismo, especialmente em torno de uma *integração parcial setorial* na Comunidade. Ao menos formalmente, isso ocorreu no decurso das reformas dos tratados, determinadas sob a ótica do Direito Internacional (hoje, cf. artigo 48 do Tratado da UE, que dispõe sobre as deliberações dos governos dos e a ratificação pelos parlamentos nacionais). Graças à atuação da Comissão Européia, do Parlamento e, mais recentemente, do atual Banco Central Europeu, elementos de teor constitucional foram propositalmente incluídos a tal processo. Nesse contexto encontram-se as modificações dos tratados constitutivos operadas em função do processo de alargamento da Comunidade em 1972 (Dinamarca, Grã-Bretanha, Irlanda), em 1981 (Grécia), 1986 (Portugal e Espanha) e 1995 (Finlândia, Áustria e Suécia), e que determinaram, a partir de uma União original de seis membros, uma nova União de quinze Estados-Membros. Como atualmente disciplinado pelo Tratado de Nice, o alargamento da União em direção aos candidatos do leste e sul da Europa se concretiza a partir de maio de 2004.[9]

Por meio de tal desdobramento, operado sob várias modalidades, a estrutura formal do ordenamento comunitário primário revela-se, na atualidade, um contexto inviável e, mesmo para os especialistas, uma ordem sobre a qual não se pode empreender uma análise coerente. Além de uma minoria de dispositivos básicos dos tratados constitutivos (como o artigo 6º do Tratado da União, o qual dispõe sobre os princípios das liberdades, democracia e direitos fundamentais, ou os relativos aos órgãos da comunidade que contêm regras de Direito Comunitário primário), existem centenas de regras que descem a detalhes e se revestem de cunho meramente acessório. No contexto comunitário europeu tem-se, no momento, a pior modalidade de Constituição, exatamente por conta de sua extensão e obscuridade. Por receio e insatisfação, o cidadão europeu se afasta dessa realidade de reformas.

[8] Para uma crítica da formação da Comunidade Européia, ver STOLLEIS, M. *Europa – Seine historischen Wurzeln und seine künftige Verfassung*. Tartu, 1997; e BÄRENBRINKEN, F.; e.SACUBOWSKY, C. Die Geschichte der europäischen Integration. In: *Integration.* 1998, pp.103 e ss.

[9] A respeito do alargamento da União Européia para os países do leste europeu, ver estudo de ZOHLNHÖFER, W. *Perspektiven der Ostererweiterung und Reformbedarf der Europäischen Integration*, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd.243. Berlin: Dunckler & Humblot, 1996.

2. Mudança de paradigma: A Convenção da UE em 2002-2003

2.1 Colônia (1999) e Nice (2001): rumo ao processo da Convenção de Estados-Membros

Seguindo as opiniões acerca dos métodos de alteração dos tratados constitutivos, passando pelas discussões em conferências de Estados-Membros da União, a problemática reforma empreendida em Nice (2001) chegou ao seu limite no que diz respeito aos resultados efetivos.[10] Até agora, os Estados-Membros não se encontram aptos para dispor, democraticamente, de um poder constituinte (domínio sobre os tratados). A Convenção do governo alemão embate-se nessas discussões, sendo sua atuação política um instrumento vinculante aos trabalhos da Convenção da UE para a Constituição, sobre a qual o governo deve verificar a qualidade e poder persuasivo de seus resultados.

O Conselho da UE repartiu os poderes para a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União na convenção em Colônia, na Alemanha, e em Tampere, na Finlândia, em 1999, pela primeira vez.[11] Com isso pôde-se esclarecer o complicado *status* dos direitos fundamentais na esfera do ordenamento da União, situados entre Direito Comunitário não escrito e categoria normativa de aplicação decorrente da Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950. Esta abrange 62 Estados, sendo eles membros do Parlamento da Europa e dos parlamentos nacionais, bem como representantes dos Estados e chefes de governo dos Estados-Membros e um membro da Comissão da União Européia. Sob mandato do então presidente Roman Herzog, a Presidência comandou a Convenção, com o objetivo de que, em 2 de Outubro de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, com 54 artigos, fosse promulgada.[12] O Conselho da União Européia, à época de Nice, festejou a promulgação da Carta. Até 2004, a atual Convenção deve decidir sobre a aplicabilidade deste documento no âmbito da União, bem como em relação à futura Constituição Européia. A Carta é tida

[10] Sobre a decisão acerca da Conferência de Nice, ver PLEUGER, G. Der Vertrag von Nizza: Gesamtbewertung und Ergebnisse. In: *Integration* n° 24, 2001, p.1 e ss; PACHE, E.; SCHORKOPF, F. Der Vertrag von Nizza. In: *Neue Juristische Wochenschrift* n° 19, 2001 p.1377 e ss; POCAR, F.; SECCHI, C. *Il Trattato di Niza e l'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2001.

[11] Sobre a Convenção para a Carta Européia dos Direitos Fundamentais, ver HILF, M. *Charta der Grundrechte der UE - Sonderbeilage Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p.5 e ss.

[12] Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Européias (C364/1) em 18.12.2000. No que toca à doutrina sobre a Carta, uma vasta literatura foi desenvolvida, como PERNICE, I. Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union. In: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, p.847 e ss.; MEYER, J.; ENGELS, M. Die Charta der Grundrechte der EU. In: *Berichte und Dokumentation*, 2001.; NETTESHEIM, M. Die Charta der Grundrechte in der Europäische Union. In: *Integration*, Heft 1, 2001, p.35 e ss.

atualmente como sendo expressão do consenso europeu sobre valores fundamentais da Comunidade, consubstanciados num rol de enunciados abrangentes que integram a mesma posição ocupada por outros documentos básicos sobre direitos fundamentais. Atualmente, os advogados-gerais do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) já admitem vincular-se aos efeitos da Carta, e os Tribunais de primeira instância sustentam a mesma opinião.[13]

O êxito da Convenção de Direitos Fundamentais levou à instalação de uma convenção para a Constituição da UE. O ambiente propício para tanto é resultado da experiência adquirida com a Conferência de Nice, pela qual se constatou a insuficiência da ordem constitucional (apesar das reformas empreendidas em Amsterdã e Nice), para compreender o alargamento em relação aos 12 Estados do Leste Europeu que são candidatos, além de Malta e Chipre. A reforma, à primeira vista necessária, tornar-se-ia impossível sob a égide dos atuais 25 Estados-Membros, além de futuros casos. No contexto da entrada em vigor do Tratado de Nice, as declarações referentes ao futuro da União Européia estimulam um "debate amplo" entre os parlamentos nacionais e os setores públicos em conjunto (setores políticos, econômicos, universidades, sociedade civil, etc.), empreendendo a projeção de uma "Grã-União", que se concretiza após o alargamento.[14] Para justificar esse debate, são levantados temas centrais em Nice, especialmente em torno do interesse da legitimação democrática e da transparência da União e de seus órgãos.

2.2 A chamada para a Constituição Européia em Laeken (2001)

A *Declaração do Conselho da UE de Laeken em 15 de dezembro de 2001 sobre o futuro da União Européia* concentrou a discussão pública acerca de uma série de questões elementares da Comunidade.[15] Em Laeken, na esteira do que vinha ocorrendo em Nice, houve a convocação de uma convenção para o futuro da Europa. A tarefa foi a de editar, até meados de 2003, um documento definitivo que apresentasse o projeto para a Constituição da Europa, por meio do qual os tratados constitutivos vigentes deveriam ser unificados em um só

[13] Cf. ALBER, S.; WIDEMAIER, U. Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung. In: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* n° 27, 2000. pp.497 e ss.

[14] Cf. 23ª Declaração sobre o Tratado de Nice de 2001 e Declaração sobre o Futuro da UE; a esse respeito, ver RONGE, F. *In welcher Verfassung ist Europa – Welche Verfassung für Europa?* Baden-Baden: Nomos, 2001.

[15] A respeito da Declaração de Laeken, ver WÄGENBAUR, R. Die Erklärung von Laeken zur Zukunft der EU. In: *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2002, p.65.

documento. Caso a Convenção não atingisse o consenso entre os governos dos Estados, então ela poderia apresentar "opções" alternativas. Os resultados da Convenção irão para a mesa de trabalho da Conferência dos chefes de governo dos Estados-Membros a partir de 2004, os quais emitirão uma posição definitiva acerca do processo de mudança do Tratado, segundo o artigo 48 do Tratado da UE. A Itália pretende ocupar a presidência dessa conferência até o início de março de 2003 e terminar o mandato antes do fim do ano. Alguns Estados-Membros, exemplificativamente a Grã-Bretanha, posicionam-se com muita cautela, pois pretendem erguer um muro entre a conclusão dos trabalhos da Convenção e o início da conferência de governos, com o intuito de enfatizar a *liberdade de ações* dos Estados-Membros. Se a Convenção pretender exercer influência sobre a Conferência de governos, então ela precisa reunir uma maioria para definir um projeto único de Constituição.

A tarefa de uma convenção constituinte nesse moldes seria muito difícil se comparada à Convenção dos Estados-Membros para os Direitos Fundamentais da UE. Sobre as mesas de discussão da Convenção estão incluídas as questões sobre o futuro do alargamento da União Européia. A Convenção deverá regulamentar a divisão das tarefas futuras entre a União e os Estados-Membros, assim como introduzir a reforma das instituições nucleares da União Européia (Conselho, Comissão, Parlamento e Jurisdição, dentre outros), a fim de receber os novos Estados e conformar seus representantes à Comunidade.[16] Um consenso predominante deveria haver também no que concerne à inserção da Carta de Direitos Fundamentais da UE no Tratado Constitucional.

3. A força política e jurídica da Convenção para a Constituição Européia

A Convenção da UE para a Constituição Européia, iniciada em 28 de fevereiro de 2002, no Parlamento Europeu, em Bruxelas, é composta por um total de 105 membros. Dentre eles, 66 têm direito absoluto de voto (o chamado núcleo da Convenção). A estes somam-se outros 39 membros, oriundos dos 13 Estados candidatos, inclusive a Turquia. Eles podem participar

[16] Desde o inverno de 2002, a Convenção, ao tratar da elaboração dos tratados constitutivos, lança uma série de grupos de trabalho temáticos, como, por exemplo, sobre a subsidiariedade, as competências, a jurisdição e a estrutura orgânica interna, o papel dos parlamentos nacionais, personalidade jurídica unificada, simplificação dos tratados, inclusão da Carta de Direitos Fundamentais, política externa e segurança comuns. A utilização de grupos de trabalho pressupõe o debate na Convenção, com o qual se pode identificar a linha de opiniões sobre as temáticas. Após a elaboração dos relatórios finais pelos grupos de trabalho, os mesmos serão apresentados no plenário da Convenção. Nesse sentido, ver ainda HAENSCHE. Aus der aktuellen Arbeit des Konvents: Stand und Perspektiven. In: *Integration* n° 4, 2002, p.262 e ss.; e MRAHOLD, H. *Der Konvent zwischen Konsens und Kontroversen: Zwischenbilanz*. In: *Integration* n° 4, 2002, p.251 e ss.

amplamente da assessoria, ainda que sem direito de voto de caráter definitivo. Outros membros são convidados como observadores da Convenção Econômica e Social, como aqueles referentes aos parceiros europeus da Comunidade, das assembléias regionais e dos representantes da União Européia. Cada Estado-Membro e Estado candidato envia um representante de governo e dois representantes dos parlamentos nacionais.[17] Ainda pertencem à Convenção 16 membros do Parlamento Europeu e dois representantes da Comissão. Com essa configuração, dá-se uma maioria parlamentar idêntica àquela da Convenção de Direitos Fundamentais da UE. Do mesmo modo, importa considerar os *interesses nacionais diversificados*. A Convenção Européia é concentrada por meio de difusão e multipolaridade, muito mais intensa que uma assembléia nacional constituinte (daí porque estão inseridos interesses de grandes braços políticos, como os liberais, partidos populares, socialistas, etc.). A nacionalidade dos Estados-Membros reflete-se nos trabalhos da Convenção, como por exemplo, a ala pessimista da União Européia (e.g. Inglaterra, Dinamarca, coligação franco-alemã, entre outros). Muito freqüentemente as frentes da Convenção são substituídas em função de questões particulares dos Estados-Membros. Para a representação em Nice e Laeken, a Convenção instituiu, ainda, uma audiência com a sociedade civil e com a Convenção de Jovens.[18]

A Convenção é liderada por uma presidência composta de 12 membros, em cujo cargo máximo está o antigo chefe de estado francês, Valéry Giscard d'Éstaing. Assim, ela é representada por um círculo de Chefes de Estado e de Governo e Membros do Conselho da UE, por quem são regularmente produzidos os relatórios.

A Convenção é auxiliada por uma Secretaria. O Secretário-Geral é o britânico John Kerr. Após o envio de seus representantes, os Estados-Membros parecem ver com outros olhos o significado político e o sentido da Convenção. A Itália enviou políticos de alto escalão, como o presidente Giuliano Amato, Lanberto Dini, assim como o representante do governo Berlusconi,

[17] Na Alemanha, um dos representantes é membro do *Bundesrat* e o outro do *Bundestag*.

[18] Dentre os membros da sociedade civil, a respeito da tarefa da Convenção, ouviram-se, entre 24 e 25 de junho de 2002, sob a coordenação do Presidente Dehaene, inúmeras organizações, associações de defesa do meio ambiente, facções acadêmicas, grupos de cidadãos, empresas, organizações de defesa dos direitos humanos, instituições de fomento ao desenvolvimento dos Estados da União, instituições culturais e representantes da Igreja, travando um importante diálogo. O contato com a sociedade civil continuou por meio da internet. A Convenção de Jovens, da qual participaram representantes com idade de 18 a 25 anos das associações de jovens dos Estados-Membros, atuou paralelamente à Convenção, entre 9 e 12 de julho de 2002, e entregou à "Convenção Sênior" uma resolução muito específica sobre os temas da Convenção, defendendo progressos em relação à integração (*Final Text adopted by the European Youth Convention*, de 12 de julho de 2002). Ainda que se considere imperfeita a representação atinente aos 570 milhões de cidadãos europeus, esse primeiro contato com a sociedade civil e com a convenção de jovens oferece uma perspectiva imediata sobre as ponderações e problemas admitidos aos cidadãos.

Gianfranco Fini. Após as eleições presidenciais de 2002, a Alemanha também intensificou seu interesse em relação à Convenção, enviando o ministro das Relações Exteriores Joseph Fischer. Igualmente são membros da Convenção o presidente Erwin Teufel, como representante do *Bundesrat* alemão, e Klaus Hänsch, do Parlamento da UE. Outros países, como França, Portugal, Espanha e Estados do BENELUX, também participam da Convenção com muita seriedade. Há Estados da UE, contudo, que ainda se posicionam com muita reserva.

No que concerne ao debate político, podem ser identificados na Convenção uma maioria de "europeus tendentes à integração" e os "europeus céticos". As discussões nos primeiros meses trazem em si essa impressão[19]. A Convenção é composta, sobretudo, por membros que apresentam tendências políticas alinhadas às Conferências dos governos, o que determina, para agenda do dia, resultados satisfatórios. Outro rumo seria observado caso a Convenção operasse em função de uma estrutura fracionada de Estados-Membros.

4. Uma Constituição para a União Européia com mais de 25 Estados-Membros?

4.1. Os poderes da Convenção: um antigo desafio político na Europa

Como se sabe, até hoje apresenta-se como desafio o fato de uma Convenção oficial de Estados-Membros satisfazer uma tarefa legiferante, ou seja, iniciar a elaboração do projeto de uma Constituição e, finalmente, empreender sua promulgação. Iniciativas passadas do Parlamento Europeu (*Projeto-Spinelli* e *Hermann*, de 1984 e 1994, respectivamente) não tiveram êxito algum.[20] Da literatura pertinente surgiu uma idéia de "Pan-Europa", vinda desde as lições de Coudenhove-Kalergi, nos anos 20, até uma tentativa de se emprestar à Europa um poder constituinte efetivo e permanente, idéia defendida após a conclusão do Tratado de Maastricht, em 1992.[21] As metas a esse respeito são bastante claras e foram definidas pela ordem encetada em Nice e Laeken. Em si, a tarefa da Convenção se mostra muito significativa.

[19] Por meio de uma sustentação oral com tempo limitado, os membros têm pleno acesso às plenárias. A Presidência tem condições de obter algumas impressões sobre as tendências predominantes nos grupos da Convenção, o que, para o projeto a ser elaborado, é de grande relevância. O comportamento "tipicamente europeu" da maioria da Convenção deve-se em grande parte à atuação dos 16 parlamentares europeus e seus representantes. cf. HAENSCHE. *Aus der aktuellen Arbeit des Konvents: Stand und Perspektiven*, op.cit. (nota 18 *supra*), p.68.

[20] Dentre todos, ver importante trabalho de BORCHARDT, K. D. *Die Europäische Einigung* Luxemburg: Europäische Dokumentation, 1995.

[21] LOTH, W. *Entwürfe einer europäischen Verfassung. Eine historische Bilanz*, 2002.

A Declaração de Laeken de 2001 lançou a Europa num caminho de mão única, o qual, em caráter definitivo, superou os resquícios da divisão do continente na ordem do Pós-1945. Atualmente esse caminho possibilita à União assentar uma estrutura apta à concretização da Grã-União de 25 Estados, ou irá condená-la a uma unidade falha, uma espécie de "ONU Européia" fragilizada.

O desafio da legislatura para uma Constituição Européia é dobrado.[22] De um lado, a União deve se tornar internamente mais democrática, próxima aos cidadãos e eficiente. De outro, a União deve incrementar seu atual papel no contexto mundial globalizado. O desdobramento da política de relações internacionais no mundo ora em curso, especialmente após o trágico 11 de Setembro de 2001, além dos conflitos beligerantes no Oriente Médio, abre espaço para a influência da União, a qual, todavia, nunca conheceu uma política externa efetiva que por si só merecesse esse nome. Do mesmo modo, outras questões vão sendo exteriorizadas, tais como a falta de uma política comum de imigração, de proteção das fronteiras da Comunidade e da ação positiva da União contra a criminalidade em nível transfronteiriço.

4.2 Simplificação do sistema de tratados constitutivos por meio de bipartição?

Considerado seu aspecto jurídico formal, a Convenção está diante de uma tarefa extremamente difícil, qual seja, a de simplificar o conjunto de tratados existentes. O cidadão da União precisa de uma Constituição legível e prática, ainda que ele pouco se identifique com a concepção da "Pan-Europa" Tecnicamente, o trabalho das comissões mostrou, quando da participação de Armin v. Bogandy e Claus-Dieter Ehlermann, que os tratados podem ser simplificados e ganhar objetividade.[23] Tais esforços conflitam-se, todavia, contra as dificuldades políticas que restaram evidentes após cerca de meio século de história da Comunidade, especialmente com relação a vários dispositivos dos Tratados constitutivos, como em matéria de política de transporte, política agrária e de defesa da concorrência,

[22] Cf. *Declaração de Laeken* (nota 17 supra), seção I.

[23] BOGANDY, A.; EHLERMANN, C. *Consolidation of the European Treaties*, Common Market Law Report, 1996, p.107 e ss. No ano de 2000 o Instituto Europeu de Estudos em Florença entregou o projeto de um Tratado para a UE, coordenado pela iniciativa de Ehlermann e Mény, o qual uniformizou as bases da União em 314 artigos constantes do direito vigente. No meio tempo a Convenção em 2002 é presenteada com diferentes projetos de tratados, advindos da prática e pesquisa, dentre eles o *Proketo Brok* , o Projeto de Freiburg (organizado pelo Prof. Jürgen Schwarze), o Projeto de Berlim (organizado por Gloser e Roth), o *Cambridge Text* (organizado pelo Prof. Alan Dashwood) e a *Constitution Européenne* (de autoria de Robert Badinter).

anteriormente objetos de polêmica, e hoje *compromissos* dos Estados-Membros a serem mantidos na União. É extremamente questionável saber se a Convenção, dentro de um ano, encontrará forças e espaço para abrir essa "caixa de Pandora". A Declaração sobre o Futuro da União Européia incentivou a simplificação dos tratados com o objetivo de torná-los mais claros e compreensíveis, sem que o conteúdo seja materialmente transformado.

Dentro dessa percepção, é possível extrair da Declaração de Laeken uma idéia que foi desenvolvida pela primeira vez na primavera de 1999, por conta do Relatório Dehaene/Simon/v.Weizsäcker.[24] Trata-se da *bipartição* do Direito Comunitário vigente. A tarefa da Convenção seria, sobretudo, a de elaborar um projeto de "Tratado Base" Esse documento dever-se-ia limitar à recepção de valores elementares e políticas públicas da União Européia, inclusive no tocante à incorporação das normas da Carta de Direitos Fundamentais da União, de 2000, e também para disciplinar a ordem institucional da União e seus instrumentos jurídicos, promover a divisão de tarefas e competências entre a União e seus Estados-Membros e, finalmente, disciplinar o processo legislativo e orçamentário da União.

Do mesmo modo, sabe-se que a questão sobre a "personalidade jurídica da União Européia" é um ponto difícil de ser resolvido. Talvez ela seja esclarecida pela inserção do EURATOM nos tratados constitutivos ou, possivelmente, pela inclusão simultânea dos pilares institucionais da União Européia — Política Externa e Segurança comuns — à estrutura da Comunidade.

Se a Convenção alcançar êxito, propugnando pelo consenso sobre o Tratado-Base, sua tarefa principal terá sido concretizada. *O Tratado-Base não seria outra coisa senão a própria Constituição Européia em sentido material*.

Nesse intervalo de tempo, a presidência da Convenção apresentou, em 28 de outubro de 2002, o anteprojeto de um Tratado Constitucional, no qual a totalidade do Direito Comunitário primário se concentra, segmentado em duas partes que formam o *Tratado sobre a Constituição Européia*.[25] A segunda parte, "Políticas e Execução das Ações da União", associa-se com a primeira parte ,"Estrutura da Constituição", sobre cujos lineamentos ainda pouco se pode dizer. Resta saber se o grande projeto sobreviverá com a Convenção, a qual já percorreu o Direito Comunitário primário relativamente às políticas de mercado interno, indo pela

[24] cf. *Die institutionellen Auswirkungen der Erweiterung*: Bericht an die Europäische Kommission von 18.10.1999.

[25] Documento CONV 369/02, de 28 de Outubro de 2002, relativamente ao anteprojeto da Convenção para a Constituição Européia.

política econômica e monetária até outras áreas políticas, de modo conciso e conforme uma *orientação constitucional*.

4.3 Prevalência de uma Constituição de fato ou igualdade hierárquica de duas partes?

Por meio de uma bipartição do futuro Tratado da UE, certos dispositivos do tratado vigente conflitariam com aqueles a serem inseridos no Tratado Base conforme a formulação apresentada na Declaração de Laeken.[26] A segunda parte do tratado contém em seu cerne as *Políticas da União* até então vigentes, como, por exemplo, as liberdades fundamentais do mercado comum, agricultura, transportes, defesa da concorrência, política econômica e monetária, política comercial e muitas outras. A estas devem ser inseridas as novas tarefas da Comunidade, como as referentes ao segundo e terceiro pilares institucionais da União, tanto no que concerne ao incremento da política exterior e de segurança, como ao setor de política interna (âmbito relativo à segurança e ao Direito).

Com essa bipartição dos tratados em "Constituição" (Tratado-Base) e em "outros dispositivos do Tratado", surge um problema central quanto à delimitação das regras jurídicas sobre as relações de hierarquia entre as normas. O primeiro reflexo das teorias de Direito Constitucional talvez esteja em se conceber a parte constitucional do Tratado-Base como sendo uma parte interpretativa do conjunto. Pergunta-se: não deve o ordenamento constitucional "real" prevalecer? Ambas partes do conjunto das regras que serão estabelecidas no Tratado Constitucional deverão ser ratificadas pelos parlamentos dos Estados-Membros como sendo igualmente pertinentes ao Direito Comunitário primário, segundo o procedimento previsto pelo Art.48 do Tratado da UE. Por meio dessa fórmula, da qual pode dizer-se, ao menos, incomum, uma espécie de "Direito Comunitário primário de primeira e segunda ordem" poderia ser criada. Como ficaria o Tratado-Base enquanto categoria constitucional hierarquicamente superior ao Direito Comunitário primário, isto é, um *supra-ordenamento* dotado de prevalência em relação aos "outros dispositivos do Tratado"? A conseqüência disso seria inevitavelmente rebaixar o Direito Comunitário secundário (resoluções e diretivas) a uma nova categoria de Direito Comunitário terciário. Como já ocorre atualmente, uma tal configuração tridimensional do Direito Comunitário seria ainda muito mais complicada e difícil de ser interpretada, além de serem criados problemas desnecessários. Exemplo disso seria a

[26] Cf. Seção II da Declaração de Laeken.

situação em que os Direitos Fundamentais no Tratado-Base adquirissem *status* preferencial em relação às liberdades fundamentais do mercado comum interno. Seria difícil, nesse caso, manter a prevalência geral de três categorias do Direito Comunitário em relação ao Direito dos Estados-Membros, inclusive em relação à Constituição dos Estados, com o que se chega à conclusão acerca de um sério prejuízo quanto à prevalência do Direito Comunitário na União.

Nesse sentido, afastando-se as interpretações artificiosas, é preciso conceber o Tratado-Base e a segunda parte do Tratado como componentes fundamentais de um *Direito Comunitário primário de igual hierarquia*. Aqui também se faz referência ao anteprojeto da Presidência da Convenção. As divergências entre regras de ambos Tratados poderiam ser resolvidas conforme as clássicas regras de interpretação, sem que as questões sejam lançadas para operações de desestruturação do Direito da União.

4.4 Sentido da bipartição: mutabilidade diferenciada para os tratados?

O sentido de uma bipartição dos Tratados reside na idéia de igual hierarquia entre eles, sobretudo em relação à mutabilidade diferenciada de seus textos. Com relação à Constituição Européia, considerada em seu caráter de norma fundamental da União de Estados, pode-se esperar que sua modificação dependa do *consenso* entre os Estados-Membros (em conformidade com o artigo 48 do Tratado da UE). Com uma União de 27 Estados-Membros, tal procedimento, por razoes práticas, raramente produziria efeitos. Do mesmo modo, como acontece com a Carta da Organização das Nações Unidas, a Constituição Européia sofreria um engessamento de sua estrutura, com o que apenas a qualidade de seu conteúdo restaria importante.

Algumas outras questões se esbarram contra a mutabilidade da segunda parte do Tratado Constitucional. Aqui se confrontam duas diferentes interpretações. De um lado, a experiência do processo de integração mostrou que as políticas comunitárias operadas sempre devem ser ajustadas dinâmica e flexivelmente. Aqui caberia um antigo instrumento, o chamado processo de cerceamento das competências, previsto no artigo 308 Tratado da Comunidade (antigo artigo 235).[27]

[27] SCHWARZ, J. Art.235 EGV nach Maastricht. In: *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*. Baden-Baden: Nomos, 1996.

Talvez a futura União necessite de um procedimento parecido, ainda que ela disponha de organização e competências substancialmente claras. Por outro lado, deve-se enfrentar o risco de que, por meio de uma modificação dos tratados, com vistas à simplificação, ocorra um alargamento das competências da União sem uma pré-legitimação por parte dos Estados-Membros.[28]

5. Ênfase dos trabalhos da Convenção para a Constituição da UE

5.1 As rodadas de Nice e Laeken

Do ponto de vista político, tanto a Declaração de Nice como a Declaração de Laeken delimitaram e tornaram mais concretos *os poderes da Convenção*.[29] Além do objetivo de simplificação dos tratados com relação ao projeto de uma Constituição básica para a União (*Kernverfassung*), diversas questões devem ser tratadas com mais ênfase, dentre as quais é possível enumerar:

i) a delimitação exata das competências entre União e Estados-Membros, o que toca o princípio da subsidiariedade [30]

ii) o *status* da Carta Européia sobre Direito Fundamentais, tão festejada em Nice, no contexto da Constituição Européia e, nesse âmbito, a expectativa dos cidadãos europeus face à Europa (proximidade do cidadão da União Européia); e

iii) o papel dos parlamentos nacionais no sentido de contribuir para a construção da Europa.

É necessário salientar, sobretudo, que a Declaração de Laeken estendeu os poderes originários de Nice dentro de uma série de temas básicos — *democracia*, *transparência* e

[28] Um "novo artigo 308" poderia prever a adaptação das competências por meio de decisão do Conselho da União por maioria unânime ou "superqualificada", sob aprovação do Parlamento. Na esteira das modificações dos tratados, as quais possam afetar direitos de soberania dos Estados-Membros, parece ser inafastável o critério da aprovação pelos parlamentos nacionais, ainda em relação à segunda parte da futura Constituição Européia. cf. HÄDE, U.; PÜTTLER, A. Zur Abgrenzung des Art.235 EGV von der Vertragsänderung. In: *Europäische Zeitschrift für Wirtchaftsrecht*, 1997, p.13 e ss.

[29] Cf. notas 16 e 17 *supra*.

[30] O princípio da subsidiariedade foi alcançado pelo Tratado de Maastricht e estabelece que a União deva atuar apenas, salvo em domínios de sua competência exclusiva, quando sua ação for mais eficaz do que uma ação realizada nacional, regional e localmente. Esse princípio se constitui em um enunciado fundamental do Direito da União e atualmente é rediscutido nos Trabalhos da Convenção para a Constituição Européia, como será visto a seguir. Nesse sentido, ver Relatório CONV 286/02 do Grupo de Trabalho I sobre o Princípio da Subsidiariedade, editado em 23 de setembro de 2002.

eficiência da União e o papel da Europa no mundo globalizado — e, por último, veio a Convenção incumbir-se da elaboração de uma Constituição nova e coerente.

5.2 Iniciativa própria da Convenção?

Por conta dos antigos trabalhos da Convenção é possível observar que as rodadas de Nice e Laeken foram fundamentais para contribuir com temas centrais para a reforma das instituições da União. Por sua própria iniciativa, a Convenção passa a enfrentar de perto a questão de elaborar um projeto de uma Constituição, o que é, na verdade, o objetivo nuclear dos seus trabalhos. A Convenção não pode ser encarada precisamente como uma "assembléia constituinte" da Europa dotada de soberania, que clame para si um poder constituinte originário.[31] Contra isso surge a questão da competência de instauração da Convenção pelos governos dos Estados-Membros, com participação limitada dos representantes dos Estados na Convenção e com tarefas atribuídas para apresentação do projeto de uma Constituição para a União. Por outro lado, a Convenção não é uma simples sede de conferência dos governos; antes de tudo, trata-se de uma instituição dotada de natureza parlamentar e independente para o exercício e cumprimento de suas tarefas, o que lhe dá uma ampla legitimação para melhor abranger sua própria competência decisória.

5.3 Uma melhor organização das competências na União Européia – delimitação e fortalecimento do poder da União

Dentre as áreas problemáticas dos trabalhos da Convenção, a reforma da repartição de competências entre a União Européia e seus Estados-Membros ocupa o primeiro plano. Trata-se de uma tarefa extremamente difícil. De um lado, esbarra-se, por exemplo, com o problema da consideração dos estados alemães enquanto "regiões" da Comunidade, bem como qual seria a medida de neutralidade do Direito da União em relação à integridade do Direito interno dos Estados.[32] Essa crítica é, contudo, nem sempre legítima, sobretudo porque mesmo os Estados-Membros deram ensejo à violação da legislatura da Comunidade em muitos setores. Há vários exemplos em que o legislador comunitário comprovou ser muito preciso e técnico,

[31] KOENIG, C.; PECHSTEIN, M. Die EU Vertragsänderung. In: *Europarecht* n° 2, 1998, p.130 e ss.

[32] A esse respeito ver as discussões em OPPERMANN, T. Regulierungswut der Europäischen Union? In: KITAGA; MUKAMI; NÖRR; OPPERMANN; SHIONO. *Regulierung – Deregulierung – Liberalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p.337 e ff

como no que concerne ao critério do *effet utile* das diretivas, hoje confirmado e consubstanciado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades.[33]

Do mesmo modo, a unidade européia centrada na figura do cidadão deve ser um importante tema para a Convenção, como seriam as ordens política e partidária dos Estados-Membros. A necessidade de se contar com representantes dos Estados na Convenção, enquanto possibilidade de devolução implícita dessas competências comunitárias para a esfera nacional (as quais, na prática, não têm sido observadas), parece compreensível. Elas residem no interesse de consecução de uma *Europa próxima ao cidadão*, sobre a qual o artigo 1º do Tratado da União faz referência.

Por outro lado, é difícil constatar se o crescimento da União, quer dado em caráter da expansão da Comunidade Econômica, quer num contexto político e social, tenha trazido novas propostas de fortalecimento do poder da União. Dentre os exemplos mais conhecidos, a discussão sobre inúmeras necessidades da Comunidade, especialmente em torno de comunhão mais efetiva de política externa e segurança comum, assim como no que toca à política interna. A Declaração de Laeken fez referência expressa sobre esse tema, e, nos debates da Convenção, tornou-se visível a necessidade de um amplo consenso acerca do *fortalecimento do papel da União Européia nas relações internacionais*, inclusive em favor da inserção do segundo pilar (Política Externa e Segurança Comum) na própria estrutura da União.[34]

Para esses objetivos de fortalecimento e delimitação das competências comunitárias na futura Constituição são oferecidos *três instrumentos:*

a) *delimitação clara de competências e sua orientação para o futuro da União*. Uma difícil tarefa da Convenção surge em se examinar o sistema atual de repartição de competências. Esse objetivo teria como proposta a reordenação das competências da Comunidade, possivelmente no tocante à clareza dos dispositivos, empreendendo as

[33] Um exemplo recente foi a tentativa da Comissão de, mediante a proibição da propaganda para consumo de tabaco na União, harmonizar as competências atinentes à política de saúde na Comunidade. Ver decisão do TJCE 2000, I-8419, Caso 376/98, que refuta o alargamento dessa competência. Em outros casos parecidos, a Comissão ainda insiste em tal tendência. Cf. OPPERMANN, T. EU-Tabakwerbungsverbot am Europäischen Gerichtshof vorbei? In: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2001, p. 950 e ss, e no contexto geral, ver SCHENEIDER, H. P.; STEIN, T. *The European Ban on Tobacco Advertising*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

[34] As opções para o incremento das competências da Comunidade nessas áreas foram examinadas em dois grupos de trabalhos da Convenção: Defesa e Relações Exteriores, sob a coordenação, respectivamente, de Dehaene e Barnierh. A Comissão também apresentou sua própria proposta: "Um Projeto para a União Européia", publicada em 22 de maio de 2002. (Doc.22002 - 247).

mudanças necessárias para tanto.[35] Nesse contexto está inserida a diferenciação das competências exclusivas da União em relação às competências complementares a dos Estados-Membros. As últimas referem-se às competências dos Estados-Membros, pelas quais a União pode ser auxiliada efetivamente, inclusive no que concerne ao apoio financeiro.[36]

b) observância do princípio de exercício das competências. O conflito de competências entre a União e os Estados-Membros acentua-se ainda pelo detalhamento do exercício das competências, como atualmente estabelecido pelos tratados constitutivos. A isso devem ser acrescentados:

- elucidação do princípio das competências exclusivas da Comunidade, conforme previsto no artigo 5, I, do Tratado que institui a Comunidade, no sentido de uma presunção de fixação de competências em favor dos Estados-Membros;[37]

- delimitação de qual seria a extensão do conceito jurídico indeterminado contido no *Princípio da Subsidiariedade* (artigo 5º, n° 2, do Tratado que institui a Comunidade), enquanto possa ser ele melhor concretizado no âmbito comunitário, contribuindo para elucidar o parâmetro de justiça material por meio do qual ele deve ser aplicado.[38]

- a atual fórmula do *princípio da Proporcionalidade* (art. 5, n.3 do Tratado que institui a Comunidade) é vista, ao contrário, como sendo acessória e poderia ser recepcionada pela Constituição Européia como um dispositivo intangível e imutável;

- a função atinente ao *princípio da fidelidade* no âmbito da União, hoje previsto no artigo 10 do Tratado que institui a Comunidade. Até o momento fala-se em *deveres de lealdade no trânsito institucional* entre os Estados-Membros e a União. Segundo o atual estágio do desenvolvimento da União Européia e do processo de integração, é importante que o dever de lealdade encontre aceitação plena na ordem da Constituição Européia. Tal como no Direito Constitucional alemão, e na idéia da fidelidade recíproca entre Estados[39], deve-se incentivar

[35] PERNICE, I. Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund. In: *Juristenzeitung* 2000, p. 866 e ss; BOGANDY, A.; BAST, L. Die vertikale Kompetenzordnung der EU. In: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2001, p. 441 e ss.; e V.GÖTZ e J.M.SORÍA, *Kompetenzverteilung zwischen EU und den Mitgliedstaaten*, Baden, Nomos, 2002.

[36] Cf. MAYER, F. C. *Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte*, ZaörRVR, 2001, p. 577 ff.

[37] KRAUSSER, H. P. *Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.

[38] Cf. ZULLEG, M. Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips. In: NÖRR, K.; TOPPERMANN, T. *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 185 e ss.

[39] Trata-se da *beiderseitige Bundestreue*, pela qual os Estados em nível federal devem se comportar de modo a prezar pelo dever de fidelidade no relacionamento entre eles, quer nas matéria a serem observadas nas esferas estaduais e federais de competências constitucionais, quer na tutela de direitos fundamentais.

uma "fidelidade recíproca comunitária" em relação aos Estados-Membros e vice-versa.[40] Trata-se de um princípio a ser observado no contexto das ações dos Estados-Membros e da Comunidade, enquanto componente do *princípio do exercício das competências comunitárias*;

- manifestação da *observância da identidade nacional dos Estados-Membros*, como hoje se infere do artigo 3º do Tratado da UE. Segundo a idéia predominante, a Grã União dos 25 Estados não será convertida em um Estado europeu; permanece, contudo, enquanto um agrupamento "aberto" de Estados (*Union of Member States*). Em última análise, esse modelo é difícil de ser rompido, em que pese perspectiva de irreversibilidade de sua desconstituição.[41] Uma das tarefas da Constituição Européia deverá ser a de identificar os elementos essenciais dessa identidade nacional intangível, como, por exemplo, a que se sucede com a estrutura do Estado e da administração pública segundo parâmetros constitucionais e com as relações entre Estado e Igreja, dentre muitas outras situações. Para as ações da União, a identidade nacional significa um último estágio de exercício das competências. Um critério a ser considerado, portanto.

Quando esses princípios elementares forem assentados expressamente enquanto princípios constitucionais na União, então será possível assegurar o exercício ponderado das competências pertinentes.

c) controle efetivo da ordem de competências na União. Para a hipótese de restar conflito de competência dentro da sistemática do futuro Direito Constitucional da União, segundo o que se verificou acima sobre os princípios, é necessário se fixar uma nova instância de competências.[42] Ela reside na atual conformação do Tribunal de Justiça das Comunidades. Conforme o Direito Comunitário vigente, o Tribunal de Justiça pode decidir sobre atos comunitários apenas posteriormente à entrada em vigor dos mesmos (controle repressivo). Em certos casos, atua ele apenas eventualmente. Além disso, após muitos anos de atividade do Tribunal, um certo ceticismo em relação à jurisprudência comunitária desenvolvida em Luxemburgo (*in dubio pro communitate*) foi cultivado. Enquanto tarefa da Convenção, é possível visualizar imediatamente a criação de uma instituição para controle efetivo do

[40] Nesse sentido, cf. DUE, O. *Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue in der EG*. Bonn, 1992; UNRUH, P. Die Unionstreue. In: *Europarecht* n° 37, 2002, p. 41 e ss.

[41] BLECKMANN, A. Die Wahrung der "nationalen Identität" im Unionsvertrag.In: *Juristenzeitung*, 1997, p. 265

[42] GOLL, M.; KENNTNER, U. Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht?. In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 101 e ss; para uma crítica a respeito do tema, ver EVERLING, U. Quis custodiet custodes ipsos? In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, p. 357 e ss.

exercício das competências pelo legislador comunitário, da qual as instâncias nacionais também possam participar. Para isso, pode-se pensar na criação de um corpo político-parlamentar, o qual venha exercer controle *ex ante* sobre o processo de produção normativa da Comunidade, enfatizando-se a concretização do princípio do exercício das competências.[43] A fraqueza desse modelo reside no fato de que um órgão como esse poderia apenas pronunciar-se a favor de recomendações em casos isolados, principalmente na hipótese de se pretender manter intacto o processo legislativo. Partindo do modelo francês do *Conseil Constitutionnel*, a instituição de uma espécie de Câmara de Competências junto ao Tribunal de Justiça das Comunidades, com a participação de juízes nacionais, a qual poderia exercer efetivamente o controle prévio de competências, parece plausível. Por meio de uma sentença anterior à entrada em vigor do ato comunitário, esse controle se concretiza.[44]

5.4 Inserção da Carta da UE sobre Direitos Fundamentais de 2000 na Constituição Européia

Talvez fique mais fácil conceber na Convenção uma outra releitura para a Declaração de Nice sobre o Futuro da UE. Considerando o bem sucedido processo de elaboração da Carta da União sobre direitos fundamentais entre os anos de 1999 e 2000, a incorporação desse documento enquanto parte vinculante da Constituição Européia (na parte designada Tratado-Base) dever-se-á concluir sem problemas.[45] Além das questões técnico-jurídicas, existe dificuldade de a Convenção superar conflitos de natureza política. Vale, nesse caso, a alusão à resistência do governo britânico e a necessidade de se buscar uma superação. A tradição do país em matéria constitucional, que perfaz cerca de quatro séculos, chocou-se novamente com as tarefas da Convenção, tal como ocorrido com a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, no que concerne à recepção desse diploma no ordenamento inglês. A mesma dificuldade pode ser sentida em relação à Carta da União sobre Direitos Fundamentais,

[43] Na Convenção, o grupo de trabalho sobre o princípio da subsidiariedade é coordenado pelo Prof. Iñigo Mendéz de Vigo e apresentou a proposta de criação de um "sistema de alerta ex ante" para tal controle político do princípio da subsidiariedade na União. Assim, ver o Relatório Final CONV 286/02 do Grupo de Trabalho, emitido em 23 de setembro de 2002.

[44] Essa concepção foi trazida à baila pela Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de Maio de 2002, referente à delimitação das competências entre a União e os Estados Membros.

[45] Um amplo consenso sobre a inclusão da Carta de Direitos Fundamentais enquanto parte vinculante da futura Constituição Européia foi manifestado pelo então grupo de trabalho sobre a Carta, coordenado por Vitorino. Sobre isso, ver Relatório Final CONV 345/02, de 22 de outubro de 2002.

especialmente em face da resistência do legislador nacional britânico de permitir incorporar outro catálogo de Direitos Fundamentais no direito interno.

5.5 O papel dos parlamentos nacionais na Constituição Européia

Na Convenção tem sido difícil, senão atrapalhada, a tarefa de se encontrar *um papel para os parlamentos nacionais quanto à arquitetura de uma nova Europa*.[46] O fundamento do desconforto gerado é a preocupação com a crescente desconstituição das competências dos parlamentos nacionais "soberanos" por conta de um alargamento dos poderes legislativos da Comunidade. Uma repartição de competências entre a União e os Estados-Membros, a qual torna evidente o campo de ação dos poderes legislativos nacionais, representa, igualmente, uma *valorização* dos parlamentos dos Estados-Membros.[47] Estes também podem encontrar um mecanismo adequado para concretização do *controle de competências*, especialmente por meio de propositura de ações na Câmara de Competências do Tribunal de Justiça das Comunidades.

A forma de participação dos parlamentos nacionais na produção de normas na Comunidade está sob influência de seus representantes no Conselho da UE, por força do Direito Nacional. Essa participação foi disciplinada de modo satisfatório na Alemanha após 1992, com a nova versão do artigo 23 da Constituição. Em relação a esse ponto, outros Estados-Membros têm muitas deficiências. Ao contrário do que se imagina, o pensamento ocasionalmente trazido à tona na Convenção acerca da reunião dos parlamentares nacionais e europeus sobre uma instituição nova a ser criada ("Congresso dos Povos da Europa") pode sugerir algo muito mais decorativo do que instrutivo.[48]

5.6 Reforma das instituições e demais tarefas da Convenção

Em meio às discussões, pôde-se verificar que a Presidência da Convenção tomou para si o tratamento de questões problemáticas. Possivelmente, ela foi pressionada para terminar seus trabalhos até julho de 2003, baseando-se em compromisso conjunto entre os membros.

[46] Cf. nota 36 *supra*.

[47] Ver Relatório Final do Grupo de Trabalho da Convenção sobre o papel dos parlamentos nacionais, coordenado por Stewart, de 22.10.2002, Documento CONV 353/02. Uma relevante proposta reside na recomendação para as aliterações substanciais do tratado que sejam empreendidas no futuro.

[48] KÖNIG, D. *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozess: Anwendungsbereich und Schranken des Art.23 des Grundgesetztes*, 2002.

Nesse contexto está inserida a reforma das instituições da União Européia (sobretudo o Conselho, a Comissão e o Parlamento). Após ter obtido êxito nas Conferências de Nice e Laeken, que objetivaram reformular as estruturas e funções dos órgãos da União, nos quais 25 ou mais membros permanecerão aptos à negociação, a Convenção segue enfrentando esse desafio. A reforma das instituições está associada ao fortalecimento do poder da União, especialmente no que concerne nos demais pilares da União (política externa e segurança comum, cooperação judiciária e política interna). A Convenção se encontra, antes de tudo, numa encruzilhada ideológica acerca da futura União, a saber, as diversas concepções que são defendidas pelos Estados como sendo premissas de integração. O debate precedente, dentro e fora da Convenção, mostrou que é evidente o dissenso entre os pró-Europa e os céticos. Esse dissenso decorre do atual quadro das discussões e talvez se torne mais visível ainda na Conferência de Estados Membros de 2004. O deputado europeu Elmar Brok exteriorizou esse dissenso por meio de uma simples indagação: "Monnet ou Metternich?". Do ponto de vista político, ou se trata de uma continuação do método comunitário clássico (*Paradigma Monnet*), empregado ante a Declaração de Schumann de 1950, ou se trata de uma transição para as formas de ações intergovernamentais, tal como se verificava em relação às políticas conjuntas adotadas no passado por Charles de Gaulle e Margareth Tatcher. Uma coligação parecida foi construída por Blair, Chirac e Aznar por meio do apoio de um Presidente do Conselho, assim como a Comissão de Prodi em conjunto com outros Estados-Membros, os quais estabeleceram a eleição para Presidente da Comissão pelo Parlamento e uma política externa comum e uma representação única relativamente às ações empreendidas pela Comissão.[49]

O teste de prova para Goscard d'Estaign e sua Executiva na Convenção será fato, especialmente em se tratando de uma busca interminável pela legitimação dos poderes na Constituição Européia. Isso deve ser conduzido em conjunto, a saber, como na fórmula "Convenção mais governos dos Estados-Membros", por métodos plausíveis e praticáveis.

[49] A propósito, confrontar as opiniões manifestadas, de um lado, no discurso do Presidente Aznar, no Conselho da UE, em Oxford em 20 de maio de 2002 e, de outro lado, o Comunicado da Comissão em 22.5.2002 (ver nota 37 *supra*)

6. Consolidação do movimento de unificação européia ou triunfo do ceticismo?

"Leicht beieinander wohnen die Gedanken, doch Hart im Raume stoβen sich die Sachen" (Friedrich v. Schiller)[50]. Os ideais teóricos acerca de um melhor status constitucional para Europa no século 21 estão mais próximos de nós do que a concretização dos objetivos da Convenção Européia. Levando-se em consideração sua composição heterogênea e a diversidade de interesses nela existente, a Convenção não tem como assegurar o êxito de um projeto de Constituição concebido por amplo consenso. Isso depende muito mais da força de coordenação da Presidência, a qual conduz e planeja os trabalhos para exercício de tarefas conjuntas, do que de promessas e discursos vazios de sentido.

A Declaração de Laeken enfatizou, com razão, que a Europa se situa num caminho sem rumo no início do novo milênio.[51] Após meio século de história de Comunidade, substitui-se a criação de uma estrutura integrada, a União Européia, pela vontade política? Ou será que os reflexos dos debates até então divulgados pretendem firmar um contexto que privilegie uma suposta dependência da vontade isolada dos Estados? De um lado, tem-se um *Direito à Europa*, *à paz* e *ao bem-estar*, o qual se pretende internamente assegurar para que encontre um lugar no mundo globalizado. Por outro lado, os Estados-Membros, regiões e, sobretudo, os cidadãos de Bruxelas pretendem prescrever o que eles mesmos não podem realizar. A chave para o sucesso do trabalho da Convenção para a Constituição Européia está na *conseqüente observância e aplicação do princípio da subsidiariedade*.

Na verdade, seria muito sensato saber se, a partir de 1989, a superação da divisão do continente europeu realmente concluiu a edificação da União, com o que se poderia afirmar que os países da Europa ocidental aprenderam as lições das duas grandes Guerras Mundiais. Com efeito, ainda se questiona se as esperanças políticas sobre uma concepção européia teriam alcançado o que a Convenção, até a segunda metade de 2003, esperaria alcançar.

De Tübingen para São Paulo, Julho/Agosto de 2003.

[50] "As idéias convivem facilmente, mas os fatos se entrechocam duramente no espaço."

[51] Cf. nota 17 *supra*; ver, também, OPPERMANN, T. *Der europäische Traum zur Jahrundertwende*, 2001.