

A integração pelo Direito e seus limites constitucionais

A União Europeia e a “Sentença Lisboa”, do Tribunal Federal Constitucional Alemão

PATRÍCIA LUÍZA KEGEL

Sumário

1. Introdução. 2. A integração pelo Direito. 3. A arguição de inconstitucionalidade do Tratado de Lisboa. 4. A “Sentença Lisboa”, do *Bundesverfassungsgericht*. 4.1. O Estado soberano. 4.2. O princípio democrático e a divisão de competências entre a União Europeia e seus Estados-membros. 4.3. O auto-outorgado direito que o Tribunal Constitucional passa a ter, de avaliar se a União está, ou não, excedendo suas competências. 5. A “Sentença Lisboa” e o espaço público europeu. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Patrícia Luíza Kegel é doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina; professora na Universidade Regional de Blumenau (FURB); membro fundador da European Community Studies Association (ECSA-Brasil) e vice-presidente na atual gestão; pesquisadora do Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI), da Universidade de Bonn.

Após o fracasso do projeto constitucional europeu, o Tratado de Lisboa (TL), celebrado em 2007, teve por objetivo proporcionar maior eficiência e, principalmente, legitimidade democrática a uma União Europeia (UE) já bastante alargada. No entanto, além dos problemas decorrentes dos diversos procedimentos nacionais de ratificação, o TL também teve sua inconstitucionalidade arguida na Alemanha, ou seja, comprovada sua incompatibilidade com o *Grundgesetz* (GG)¹, não haveria incorporação ao sistema jurídico alemão.

Ocorre que um dos pontos nevrálgicos da intersecção entre os sistemas jurídicos nacionais e o ambiente político se encontra nos chamados

¹ O *Grundgesetz*, ou Lei Fundamental de Bonn, de 1949, é a denominação dada à Constituição alemã.

“Direitos de Estado”, particularmente no Direito Internacional e no Direito Constitucional. No primeiro caso, porque o Direito Internacional normatiza e regula as relações, necessariamente perpassadas por elementos de disputa, confronto e poder, dos Estados entre si. No segundo, porque a consolidação dos Estados modernos (de matriz liberal) trouxe consigo a ideia de supremacia da Constituição, que determina o fundamento jurídico do Estado, a forma de todo o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por este ordenamento (LOIS, 2007). O Direito Constitucional, portanto, define as relações das diversas instâncias públicas nacionais entre si e com a sociedade civil em geral. Nesse sentido, é considerado um ramo do Direito com forte componente político, na medida em que a configuração do conjunto dessas relações (mais ou menos democráticas, por exemplo) indica uma opção política geral da sociedade e do Estado, consolidada mediante um conjunto de normas.

Baseada nesse conceito de “Supremacia Constitucional”, os Tribunais Constitucionais nacionais foram alçados à função de “Guardiões da Constituição”. Essa função é exercida por meio da interpretação do texto constitucional, vinculando diretamente os demais Poderes do Estado às suas decisões. Em outras palavras, todos os atos, jurídicos e políticos, controlados pelo Tribunal Constitucional têm a Constituição nacional como critério de adequação, o que significa a primazia do Direito Constitucional e a impossibilidade de desobediência à Constituição por todos os órgãos do Estado.

Na medida, portanto, em que o Poder do Estado é um poder político juridicamente estruturado, as discussões sobre as decisões das Cortes Constitucionais nacionais situam-se em um contexto necessariamente político, pois, além de interpretarem o conteúdo normativo da Constituição, também indicam o curso,

estabelecem as funções, traçam os limites e definem o quadro geral da atuação (inclusive internacional) do Estado.

É nesse contexto teórico que efetuaremos a análise da “Sentença Lisboa” (SL), do Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa, sob uma dupla perspectiva: de um lado, repercutir as principais consequências para a integração europeia da “Sentença Lisboa”; em um segundo momento, verificar até que ponto o comportamento do Estado alemão, no âmbito dos órgãos supranacionais, pode ser afetado por considerações de ordem constitucional interna.

Para tanto, o presente trabalho, além de conter esta Introdução e as Considerações finais, é dividido em outras quatro partes. A primeira reflete sobre o papel do Direito como um dos vetores para o sucesso da integração; na segunda, são expostos os principais argumentos contrários à adequação do Tratado de Lisboa ao *Grundgesetz*; a terceira apresenta a manifestação do *BVerfG* sobre o assunto; na quarta, são discutidas suas possíveis implicações no desenvolvimento da arquitetura institucional europeia.

Por fim, torna-se necessário registrar que a descrição dos principais aspectos abordados tanto nas arguições de inconstitucionalidade quanto no pronunciamento da Corte Constitucional alemã tem por finalidade expor alguns dos principais argumentos políticos, e não apenas jurídicos, relacionados ao aprofundamento da integração europeia.

2. A integração pelo Direito

Do início do processo de formação da União Europeia ao final de 2010, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, reduziram-se os espaços de atuação política nacional que não sejam total ou parcialmente determinados pelos

processos decisórios supranacionais da UE. De acordo com um levantamento efetuado pelo Ministério da Justiça alemão, entre os anos de 1998 e 2004, 84% dos atos jurídicos editados naquele país tiveram sua origem em Bruxelas, ficando apenas 16% sob a responsabilidade do governo de Berlim (GRIMMEL; JAKOBEIT, 2009, p. 16). Tais dados demonstram, inicialmente, a ampla teia de relações econômicas, políticas e sociais entre os diversos atores e instâncias nacionais e supranacionais, e o quanto seria difícil, e pouco desejável, um retorno a mecanismos decisórios meramente nacionais. Mas demonstram, também, a existência de um conjunto de valores compartilhados e a amplitude das expectativas quanto a um futuro comum após longos períodos de conflito armado.

Em grande medida, o êxito do mais bem-sucedido projeto de integração entre Estados pela via pacífica e institucional está vinculado ao engendramento de uma nova forma de articulação dos interesses e conflitos nacionais e externos. Nesse sentido, a supranacionalidade comunitária conferiu ao processo de integração europeu seu elemento de maior especificidade e ineditismo em relação à forma tradicional de relacionamento de Estados soberanos entre si e com organizações internacionais. É a expressão de um tipo particularmente intenso de cooperação internacional, que reúne em si competências legislativas e jurisdicionais próprias, independência em relação aos seus membros, sistema decisório pelo princípio majoritário e autonomia financeira.

Por outro lado, a concepção e a execução desse processo foram completamente distintas de quaisquer outras experiências históricas, sendo necessário o desenvolvimento de novas teorias no âmbito da Ciência Política, das Relações Internacionais e do Direito Internacional, que explicassem o fenômeno de uma organização internacional não mais regida pelos princípios

tradicionais da igualdade soberana entre os Estados e da não ingerência em seus assuntos internos. Foram necessárias, portanto, orientações teóricas que, ao estruturar, sistematizar e interpretar os fatos, possibilitassem a redução de uma realidade complexa e inédita a um conjunto ordenado de enunciados sobre as diversas instâncias, atores e interligações que constituem o sistema institucional da União Europeia.

Nesse contexto, algumas das questões centrais que se colocam estão relacionadas à definição dos atores relevantes para a integração – em particular, se são apenas os Estados nacionais e seus governos, ou se as instituições supranacionais e atores não governamentais também estão incluídos. Da mesma forma, é necessário indagar os motivos de sua atuação e em qual instância ela ocorre. Em especial, é indispensável estabelecer quais processos decisórios ocorrem no âmbito supranacional, de que forma eles interagem com os governos e qual é seu impacto para o futuro tanto da União quanto, em particular, dos Estados nacionais (GRIMMEL; JAKOBEIT, 2009, p. 20).

Algumas teorias a respeito são: a Federalista, que acentua questões relacionadas à paz e à segurança comuns; a Funcionalista, para a qual o futuro da UE não estaria em um Estado Federal, mas em uma integração setorial em questões substantivas; e a Neofuncionalista, segundo a qual o avanço da integração estaria em mecanismos de *spill-over*, envolvendo instâncias nacionais e supranacionais.

A partir da década de 1980, no entanto, acentua-se a constatação de que o Direito e as instituições jurídicas (especialmente o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE) foram decisivos para a fixação e a consolidação de elementos determinantes da integração, tais como a natureza supranacional do Direito Comunitário e a contínua expansão das competências da União em detrimento dos Estados-membros.

A denominada Teoria da Integração pelo Direito² teve como objeto de análise inicial a jurisprudência do TJUE, em particular os acórdãos que foram elevados ao *status* de “precedente jurídico”, estabelecendo, jurisprudencialmente, certas características do Direito Comunitário, em especial o “Efeito Direto e Imediato”, a “Tese dos Poderes Implícitos”, a “Supremacia Absoluta da Norma Comunitária sobre a Norma Nacional”, a “Equiparação dos Tratados Constitutivos à Carta Constitucional Europeia” e a “Interpretação Prejudicial”. Esta última característica permitiu ao TJUE manifestar-se sobre questões levantadas nos tribunais nacionais que envolvessem Direito Comunitário. Sua interpretação nestes casos vincula todos os Judiciários nacionais (inclusive as Cortes Constitucionais) em questões semelhantes.

Esse conjunto doutrinário se tornaria fundamental para o desenvolvimento político e institucional da UE, ao definir o quadro normativo da competência, esfera e atuação dos atores da integração, bem como sua interconexão com os sistemas jurídico-políticos nacionais. Nesse sentido, alguns estudos (HALTERN, 2006, p. 406) demonstram a conexão existente entre a atividade da Corte Europeia e a inatividade das instituições políticas. Em particular, as principais construções jurisprudenciais (“Efeito Direto e Imediato”, “Supremacia da Norma Comunitária”), ocorreram no período que vai de meados da década de 1960 a meados da década de 1980, portanto, da Crise da Cadeira Vazia ao Ato Único Europeu.

Apesar dos reconhecidos limites que a Teoria da Integração pelo Direito possui (quanto à questão da formação de uma identidade europeia, por exemplo), uma de suas vantagens foi estudar, pela perspectiva normativa, o efeito da dogmática desenvolvida pela Corte sobre os Estados-membros, na medida em que elementos essenciais à configuração estatal foram atingidos. Particularmente afetados foram as atribuições do Estado, a soberania do Parlamento, a intocabilidade da Constituição Nacional, a divisão de poderes entre Executivo e Legislativo, o sistema federativo e as prerrogativas constitucionais do Judiciário (GRIMMEL; JAKOBEIT, 2009, p. 358).

Por outro lado, em razão do desconforto causado pelo adelgaçamento contínuo dos limites entre o ordenamento jurídico da União e os ordenamentos nacionais, a profunda interconexão entre ambos possibilita que a arquitetura institucional da União venha a sofrer pressão exatamente dos órgãos constitucionais nacionais. Essa situação pode ser ilustrada, por exemplo, com as controvérsias envolvendo o TJUE, que, baseado na

2 A Teoria da Integração pelo Direito (*Integration Through Law*) foi, em grande medida, desenvolvida pelo jurista americano Joseph Weiler a partir da década de 1980, sendo um de seus principais objetivos o diálogo teórico entre o Direito e a Ciência Política na discussão da integração europeia.

“Teoria dos Poderes Implícitos”³”, permitiu que a União avançasse substancialmente nas competências dos Estados-membros.

Nesse contexto, tanto a arguição de inconstitucionalidade do Tratado de Lisboa quanto a manifestação do *BVerfG* a respeito da questão apresentam elementos de discussão dos rumos da integração, dos seus limites por meio do Direito e, em especial, do impacto na estruturação do espaço político europeu.

3. A arguição de inconstitucionalidade do Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa foi celebrado em dezembro de 2007, e, ao contrário do que ocorre em alguns países integrantes da União Europeia, tal como na Irlanda, não existe previsão constitucional na Alemanha de um referendo popular que anteceda a ratificação da alteração dos Tratados Constitutivos da União Europeia.

Essa ratificação, portanto, é efetuada unicamente pela via parlamentar e passa pela adoção de um conjunto de leis que foram objeto de duas arguições de inconstitucionalidade, paradoxalmente de ambas as extremidades do espectro político alemão. A primeira delas foi interposta pelo grupo parlamentar (*Fraktion*) do Partido *Die Linke* – “A Esquerda”. A argumentação apresentada sustentou a inconstitucionalidade do Tratado de Lisboa pelo fato de ele infringir o princípio democrático, na medida em que concedeu à economia de mercado e à economia neoliberal *status* constitucional, retirando, dessa forma, toda perspectiva de alternativa real dos cidadãos europeus em direção a uma mudança social. Da mesma forma, a elevação das liberdades de circulação (livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e pessoas) a princípios estruturantes da UE seria contrária aos direitos fundamentais por submeter o princípio da dignidade da pessoa humana a valores de mercado.

A outra arguição de inconstitucionalidade – bem mais densa, sob a perspectiva da teoria constitucional – foi de autoria do Deputado Peter Gauweiler, da Social Democracia Cristã bávara (CSU), de direita. Argumenta-se que o TL seria incompatível com o *Grundgesetz* por vários motivos, entre os quais se destacam dois (MURSWIEK, 2008):

A) inicialmente é questionada a perda da soberania do Estado, decorrente da premissa de que o TL induziria à criação de uma Federação Europeia. Essa situação estaria em desacordo com o GG, que autoriza a

³ A tese dos “Poderes Implícitos” tem origem na doutrina constitucional norte-americana e designa o conjunto de competências que, mesmo não sendo expressas, são inerentes à realização dos fins propostos no texto legal. Ela vem sendo largamente utilizada pela jurisprudência do TJUE para justificar a expansão das competências comunitárias em detrimento das nacionais.

participação alemã no processo de integração apenas no âmbito de um sistema de união contratual entre Estados (*Staatenverbund*), baseado na soberania de seus Estados-Membros. Nesse sentido, a transferência do exercício da “*Kompetenz-kompetenz*” para a UE e a substituição do princípio da atribuição individual de competências pelo da competência geral comunitária, estabelecida em catálogo próprio, têm por consequência o esvaziamento do poder do Estado Nacional⁴;

B) em segundo lugar, está o risco de lesão grave ao princípio democrático (*Demokratieprinzip*), que, vinculado à essência do Estado alemão, implica o direito fundamental de todo cidadão de participar, mediante o sufrágio universal, da legitimação dos órgãos aos quais compete o exercício do poder e da soberania do Estado. A legitimidade do poder assim adquirida é indisponível e integra as cláusulas pétreas do GG, não podendo ser, portanto, objeto de uma alteração constitucional.

Dessa forma, de um lado, a transferência de poderes de soberania a favor da UE não pode levar a uma situação em que o Poder de Estado (*Staatsgewalt*) alemão não corresponda mais ao princípio democrático. De outro, tais poderes de soberania apenas podem ser transferidos para a UE sob a condição de que ela esteja igualmente organizada em torno do princípio democrático.

Nessa perspectiva, a Lei de Aprovação ao Tratado de Lisboa é incompatível com o princípio democrático em três aspectos essenciais:

a) a comunitarização do “Terceiro Pilar” reduz a competência legislativa do legislador alemão e implica uma diminuição progressiva de sua substância;

b) o déficit democrático estrutural da UE, apesar de substanciais ampliações de competência, não foi superado; ao contrário, foi fortalecido, tanto em relação às estruturas decisórias não democráticas (particularmente o sistema decisório por maioria no Conselho), quanto no âmbito institucional;

c) além desses aspectos, o Tratado de Lisboa contém os seguintes dispositivos que, de forma intensa, colidem com o princípio da democracia:

c.1) alteração institucional sem aprovação parlamentar, por meio de um dispositivo do TL segundo o qual a alteração não seria mais pela via de um tratado internacional, sujeito a todo o procedimento parlamentar e de legitimidade que acarreta, mas apenas mediante resolução do Con-

⁴ A “*Kompetenz-kompetenz*” é um termo que, desde o início da integração, vem sendo utilizado pela literatura europeia, em especial a alemã (BLECKMANN, 1990), para designar a capacidade dos Estados de criar novas competências de ação executivas, legislativas e jurisdicionais. É exatamente essa falta de competência originária que caracteriza a União Europeia, pois suas competências são derivadas, ou seja, são competências de atribuição – atribuídas pelos Estados-membros aos órgãos comunitários, só podem ser exercidas dentro de estritos padrões de procedimento.

selho Europeu, e no qual o Parlamento Europeu (PE) é apenas ouvido, sem direito de co-decisão⁵;

c.2) passagem para o sistema decisório por maioria por meio da Cláusula de Passarela, segundo a qual o Conselho Europeu pode determinar que, nas hipóteses para as quais atualmente o Tratado preveja a unanimidade, poderá vir a ser utilizado o sistema decisório por maioria. Nesse sentido, a Cláusula de Passarela é de grande abrangência, pois permite que praticamente todas as decisões sejam tomadas por maioria, dificultando o exercício da legitimidade popular mediante a soberania dos Estados-membros⁶;

c.3) ampliação das competências da União sem a aprovação dos Parlamentos nacionais, por meio da “cláusula de flexibilidade”, que autoriza o Conselho, com a aprovação do Parlamento Europeu, a efetuar complementações no Tratado sempre que as competências necessárias para alcançar seus objetivos não tenham sido expressamente previstas. Dessa forma, a UE pode-se outorgar novas competências por intermédio apenas de decisão do Conselho e sem necessidade de novo tratado internacional, adquirindo, assim, um elemento importante de *Kompetenz-kompetenz*.

Nesse contexto de questionamento dos rumos da integração europeia, ambas as representações políticas, baseadas em suas respectivas argumentações, arguíram a incompatibilidade do Tratado de Lisboa com o *Grundgesetz*, a qual foi definitivamente julgada no final de junho de 2009.

4. A “Sentença Lisboa”, do *Bundesverfassungsgericht*

Tendo sido instado a manifestar-se a respeito da constitucionalidade do Tratado de Lisboa, em 30 de junho de 2009, o Segundo Senado do *BVerfG* proclamou sua “Sentença sobre o Tratado de Lisboa”⁷. A decisão foi que a Lei de Aprovação (*Zustimmungsgesetz*) ao Tratado de Lisboa e a correlata alteração constitucional são compatíveis com o *GG*. No entanto, a Lei de Acompanhamento (*Begleitgesetz*), na qual os direitos do *Bundestag* e do *Bundesrat* são definidos de acordo com as novas disposições do Tratado de Lisboa, é incompatível com o *GG*, devendo, portanto, ser alterada, o que efetivamente ocorreu mais tarde.

5 Segundo o art. 48, 6.2, do Tratado da União Europeia (TUE), os dispositivos da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (Políticas e ações internas) podem ser alterados pelo Conselho Europeu pelo processo de revisão simplificada dos Tratados.

6 Segundo o art. 48 do TUE, no âmbito do processo de revisão simplificada dos Tratados Constitutivos, o Conselho Europeu pode determinar que, em alguns casos nos quais ele atualmente decide por unanimidade, passe a decidir por maioria no futuro.

7 A partir de agora citada como “Sentença Lisboa” (SL).

Essa sentença possui múltiplas dimensões e consequências, tanto jurídicas quanto políticas. Segundo Becker e Maurer (2009), quanto mais densa é a teia da integração europeia, mais o *BVerfG* se orienta pelo *standard* e pelos preceitos do *Grundgesetz* em sua avaliação jurídica da integração. Nessa perspectiva, a abertura do GG em relação à integração europeia não é questionada, mas seus limites acentuados por meio dos princípios constitucionais da democracia e dos direitos humanos. Dessa forma, são retomados determinados argumentos já expostos na “Sentença Maastricht”⁸, em especial a qualificação da UE como “*Staatenverbund*” – Confederação de Estados –, cuja ordem jurídica repousa em uma transferência não definitiva de poderes de soberania dos Estados em favor da União.

Entre seus vários desdobramentos, a “Sentença Lisboa” pode ser dividida em alguns aspectos principais, relacionados aos seguintes temas, os quais serão detalhados a seguir: o atributo da soberania do Estado; o princípio democrático e a divisão de competências; e o autoconcedido Direito de Conferência, que permite ao *BVerfG* avaliar se a União Europeia está, ou não, excedendo suas competências.

4.1. O Estado Soberano

Para que não parem dúvidas sobre o *ethos* integracionista na Alemanha, o *BVerfG* recorda que o GG foi originalmente concebido como um mecanismo que, entre outros, permitisse a participação da Alemanha em processos internacionais de integração, particularmente na integração europeia. O objetivo principal era impedir o desenvolvimento de uma política externa isolacionista e expansionista, possibilitando a construção da paz no continente. Seguindo esse raciocínio, a “Sentença Lisboa” destaca que a integração europeia não é uma simples opção, mas, ao contrário, é uma imposição do GG, ou seja, a decisão de participar da União Europeia não depende da discricionariedade dos órgãos de Estado alemães, mas de uma orientação constitucional favorável (*Europarechtsfreundlichkeit*).

Dessa forma, é rejeitada a ideia da soberania como o direito dos Estados de adotarem qualquer atitude, baseados apenas em seus interesses e objetivos. Em outras palavras, o Estado não é imutável, mas sim uma construção histórica em permanente transformação, o que remete a uma concepção de poder de Estado segundo a qual a soberania é uma liberdade organizada e vinculada ao Direito Internacional.

8 A “Sentença Maastricht” foi pronunciada pelo *Bundesverfassungsgericht* no âmbito do processo de ratificação do Tratado da União Europeia e, pelo impacto de suas conclusões, redirecionou o debate acerca das relações entre os Direitos Constitucionais nacionais e o Direito da União Europeia.

Ocorre que os termos que permitem a integração europeia estão descritos no art. 23 do GG, introduzido no âmbito das reformas constitucionais necessárias à ratificação do Tratado de Maastricht⁹. Esse dispositivo constitucional fixa os critérios de participação da Alemanha na União Europeia e, de certa forma, define os objetivos a serem atingidos por uma Europa unificada. Assim, os “*princípios democráticos, do Estado de Direito, social e federativo, (...) de subsidiariedade e (...) proteção dos direitos fundamentais*” são as condições consideradas obrigatórias e indispensáveis para que a integração europeia possa ocorrer.

Portanto, a interpretação desse dispositivo, que possibilita a abertura da ordem jurídico-constitucional alemã à integração, deve ser efetuada considerando-se a obrigação do Estado alemão de ser um Estado democrático, federal e social, que assegure a separação de poderes e o controle do poder pelo povo, garantindo o direito de resistência a quem procure subverter essa ordem. Isso significa que, caso os princípios democráticos não sejam observados pela União Europeia, não existe um imperativo de integração.

4.2. O princípio democrático e a divisão de competências entre a União Europeia e seus Estados-membros

Mesmo em um contexto de soberania diluída (em especial se comparada aos conceitos utilizados pela Teoria Geral do Estado alemã

⁹ A polêmica relacionada à ratificação do Tratado da União Europeia na Alemanha propiciou uma reforma constitucional que vinculou a participação alemã no processo de integração europeia aos chamados “princípios constitucionais estruturantes” (*Verfassungsrechtlichen strukturprinzipien*), os quais se tornaram condicionantes do posterior desenvolvimento da União Europeia, ao estabelecer determinados limites para a participação alemã na estruturação normativa e política da União.

do século XIX), o *BVerfG* enfatiza que o GG garante o direito de cada indivíduo ao voto como exigência da democracia e ressalta a existência de eleições proporcionais na Alemanha, que resultam na formação da maioria no Parlamento e de um governo que executa a vontade do povo expressa nas urnas. Dessa forma, considera que a existência do debate democrático, de partidos e de oposição estruturada é igualmente fundamental para a manutenção da democracia. Se transposto ao âmbito institucional europeu, contudo, o princípio democrático sofre uma séria limitação. O fundamento dessa argumentação é a constatação de um déficit democrático inerente à construção europeia, na medida em que não se tem um verdadeiro Parlamento Europeu, representando um povo europeu.

Duas ordens de consideração fundamentam a opinião. A primeira está relacionada à natureza jurídica da UE, que a impede de basear-se, de forma própria, autônoma, independentemente dos Estados-membros, em um povo europeu que lhe sirva de fundamento de legitimidade. Em outros termos, a qualificação da UE como uma formação política democrática é negada, na medida em que, faltando-lhe os elementos jurídicos que conformam um Estado ou uma Federação, faltam-lhe, também, os requisitos para o exercício democrático do poder (ao menos de acordo com a doutrina constitucional clássica). Dessa forma, o princípio de união de Estados soberanos (*Staatenverbund*) não fixa apenas os limites “jurídicos” das competências da União (aquelas relacionadas às competências de atribuição), mas igualmente fixa os limites “absolutos”, que correspondem às competências relevantes do domínio do Estado-Nação, para que este ainda possa ser qualificado de “soberano”.

A segunda consideração sobre o déficit democrático da UE refere-se ao modo de eleição do Parlamento Europeu, que é avaliado como

não sendo equitativo, uma vez que não respeita o princípio “uma pessoa – um voto”. Ou seja, o PE, apesar de seu fortalecimento constante desde o Ato Único Europeu, não é democraticamente legitimado, visto que não é eleito com base na igualdade democrática. O PE exerce, no máximo, uma legitimação democrática subsidiária, e não autônoma, a qual complementa a legitimidade democrática exercida pelos Paramentos e governos nacionais. Nesse raciocínio, o Parlamento Europeu não é um órgão de representação de um povo europeu soberano, o que significa que ele representa distintos povos europeus e está dividido em contingentes nacionais, não representando, portanto, os cidadãos da União como uma unidade indivisível e baseada no princípio da igualdade eleitoral. Como a eleição do PE não respeita tal preceito, o princípio democrático não é efetivado. Dessa forma, mesmo após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, falta um órgão decisório de representação popular que seja eleito de forma geral e equitativa por todos os cidadãos da União e possua a capacidade de representação integrada da vontade popular.

Por outro lado, no plano europeu, o Conselho também não pode ser comparado à Câmara Alta ou à representação das unidades federadas nos Estados com estrutura federativa, na medida em que é o órgão de representação dos Estados, considerados como os Senhores dos Tratados (*Herren der Verträge*). Ao contrário, o atual sistema de votação, baseado na proporcionalidade relativa dos votos de cada Estado no Conselho, passa a ser substituído, com o Tratado de Lisboa, por um sistema de dupla maioria, que representa 55% dos votos dos Estados-membros e 65% da população da União. O Conselho passa, assim, a ser constituído de acordo com o princípio da igualdade soberana entre Estados (típica do Direito Internacional Público), e não mais de acordo com a representatividade proporcional. Sob a perspectiva da legitimidade democrática, a inserção da dupla maioria como sistema de votação no Conselho também não agrega maior valor, uma vez que a representação se faz por meio da população dos Estados-membros, e não do conjunto de cidadãos da União como sujeitos de autoridade política própria (*Subjekte politischer Herrschaft*).

Nesse sentido, as contínuas reformas efetuadas com o objetivo de introduzir elementos de democracia formal-institucional no sistema decisório da União tiveram por efeito demarcar (negativamente) seu desenvolvimento institucional. O déficit democrático da UE teve por consequência uma hiperfederalização da União, que os mecanismos introduzidos no Tratado de Lisboa não conseguiram compensar.

Por outro lado, a utilização contínua pelo Tribunal de Justiça da União Europeia da “Teoria dos Poderes Implícitos” ampliou substancialmente as competências da União, que passou a regular as condições de vida

dos cidadãos em vastos setores. Dessa forma, a quantidade excessiva ou indefinida de competências transferidas pelos Estados à UE fragiliza o princípio democrático, visto que não existem mecanismos que possibilitem ao cidadão comum efetiva participação e controle democrático sobre os atos dos organismos da União.

A essas competências alargadas o Tratado de Lisboa adiciona algumas novas, como a competência exclusiva da UE na política comercial, abrangendo o conjunto das negociações multilaterais no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e bilaterais no caso de acordos comerciais com outros países ou regiões. Em ambos os casos, a UE passa a deter competência exclusiva não apenas no comércio de bens, mas também na propriedade intelectual, serviços e investimentos diretos externos.

Embora as competências da União já tenham sido largamente ampliadas pela jurisprudência do TJUE, sua atuação pode ocorrer apenas dentro dos limites das competências que lhe foram atribuídas pelos Estados-membros. Assim, é proibida a transferência ilimitada e definitiva de poderes de soberania, que viesse a caracterizar uma *Kompetenz-kompetenz* própria e autônoma da União. Nesse sentido, os Estados-membros permanecem soberanos e somente as decisões dos cidadãos dos Estados da União podem legitimar democraticamente a atuação da União.

Nesse contexto, retoma-se a discussão sobre a soberania do Estado, que passa a ser compreendida como a capacidade do povo alemão de pronunciar-se, de forma democrática, sobre questões que o afetem ou lhe interessem de forma especial. Essas questões fundamentais, que devem necessariamente permanecer na esfera da soberania nacional, são, em particular, a cidadania, o monopólio da força civil e militar, o direito penal, os impostos e os gastos públicos, as liberdades fundamentais, a organização das relações sociais, o direito de família, a liberdade de imprensa e de opinião, questões religiosas e de educação.

4.3. O auto-outorgado direito que o Tribunal Constitucional passa a ter, de avaliar se a União está, ou não, excedendo suas competências

O conceito de “núcleo de identidade constitucional intocável”, que não pode ser transferido para a UE enquanto o GG estiver em vigor, serviu de base para um conjunto de argumentações que permitiriam ao *BVerfG* exercer seu direito de verificar a compatibilidade dos atos da UE com o *Grundgesetz*. Esse raciocínio parte de duas premissas. Inicialmente, da existência do povo soberano alemão, que decide seu futuro político por meio de eleições e da existência de um Estado detentor de uma esfera própria de competências (ou Direitos de Soberania) e guardião da soberania da Nação. Se mediante atos próprios, a UE apropria-se de

competências que vão além daquelas já estabelecidas, ela retira (extrai) a soberania dos Estados-membros e torna-se, ela própria, um Estado Federal (*Bundesstaat*).

Nessa hipótese, a Alemanha tem duas possibilidades: sair da União Europeia ou mudar a Constituição a fim de permitir a adesão a um *Bundesstaat* (com a condição de que os direitos fundamentais sejam garantidos). Esse princípio de união de Estados soberanos, relacionado ao perigo de ausência de legitimidade democrática na UE, justifica, portanto, uma delimitação bastante restritiva da ampliação das competências da União.

A segunda premissa é a de que a União funciona de uma maneira muito pouco transparente e não está submetida ao controle democrático tradicional, apenas a um controle nacional de integração. Essa ausência de mecanismos democráticos no sistema decisório da União não apenas afeta os direitos fundamentais de cada cidadão (por exemplo, o direito à iniciativa individual, à segurança pessoal e os direitos sociais), mas compromete também o conjunto das decisões políticas que dependem, particularmente, de pressupostos culturais, históricos ou linguísticos.

Consequentemente, a Corte Constitucional alemã anunciou que exercerá futuramente um controle rigoroso da legislação europeia para assegurar que ela permaneça nos limites fixados e não ultrapasse as fronteiras rumo a um Estado federal.

5. A “Sentença Lisboa” e o espaço público europeu¹⁰

Entre as várias dimensões do debate que a “Sentença Lisboa” suscitou, uma das mais per-

¹⁰ Partes deste trecho do artigo foram publicadas no *Boletim Meridiano* 47, edição de dezembro de 2010. Ver Kegel (2010).

tinentes é a relacionada ao déficit democrático da UE. Um dos fundamentos de tal déficit seria a inexistência de um “povo europeu”, que fosse, concomitantemente, o sujeito e o detentor de uma legitimidade democrática europeia, o que ocasionou a circunscrição da esfera pública comunitária a setores políticos e econômicos extremamente especializados.

Tal circunstância levou à formação de um denominado “consenso permissivo”, que designa a histórica conformidade da maioria das populações nacionais com a política pró-integracionista de suas elites (SEEGER, 2008, p. 237). Essa ausência de um espaço público europeu amplo, contudo, tem provocado uma situação de crescente alienação dos cidadãos europeus em relação ao debate de temas vinculados à integração. Em outras palavras, o espaço reduzido de debate sobre temas europeus decorre não da ausência de questões controversas, mas da incapacidade de gerar instrumentos de formação e inclusão dos cidadãos nos processos decisórios da UE (SEGER, 2008, p. 236). Em particular, encontra-se a fragilidade das estruturas intermediárias que são centrais na formação desse espaço público, especialmente partidos, associações e imprensa em nível europeu, e não de forma fragmentada, em cada Estado-membro. É essa situação que leva Habermas (2002) a afirmar que é absolutamente necessária a construção de uma esfera pública integrada no âmbito europeu, ou seja, é necessário alcançar um contexto de comunicação pública que transcenda as fronteiras das limitadas esferas públicas nacionais.

Além dessa ausência de um espaço público compartilhado, o déficit democrático também decorre do fato de que o destinatário da cada vez mais ampla gama de decisões adotadas pelos órgãos supranacionais não é idêntico ao *demos* que elegeu os órgãos que adotam tais decisões (GRIMMEL; JAKOBEIT, 2009, p. 362).

O Conselho de Ministros e o Conselho Europeu, que continuam como os órgãos com maior capacidade decisória, permanecem sendo eleitos de forma indireta, mediante eleições nacionais. O mesmo vale para a Comissão, que, apesar de não ser diretamente eleita, é o órgão executivo comunitário e interfere intensamente em uma parcela significativa do cotidiano dos cidadãos europeus. Por fim, o Parlamento Europeu é diretamente eleito, mas, apesar da ampliação de suas competências, continua sem poder de iniciativa legislativa própria, dependendo, para tanto, da Comissão e do Conselho.

Conectada ao déficit democrático está a complexa questão da legitimidade da União Europeia. A expansão contínua das competências comunitárias à custa das nacionais e o concomitante aprofundamento da utilização do princípio majoritário no processo decisório supranacional induzem a uma situação de profundo desconforto no âmbito dos Estados nacionais. A diminuição da possibilidade de controle nacional, pelo Parlamento e pela opinião pública, dos atos comunitários por meio do direito de veto no Conselho tende a enfraquecer a legitimidade europeia e introduz questões de complexa articulação (HALTERN, 2006, p. 407).

Entre elas, encontram-se a dificuldade de definir o sentimento de pertencer (*Zugehörigkeit*) a uma comunidade política que se estende bastante além dos limites geográficos do Estado e a correlata solidariedade a tal comunidade. Particularmente espinhosa, a ausência de um povo europeu dificulta a formação de laços de dependência e solidariedade recíprocos, bem como inibe a compreensão dos potenciais ganhos pela adoção de medidas que favorecerão, em um primeiro momento, outro Estado-membro ou grupo nacional. Dito em outros termos, a solidariedade existente dentro de uma mesma comunidade política, que permite que parcelas da população concordem com eventuais sacrifícios em prol de parcelas menos favorecidas, não se estende na mesma intensidade para o âmbito comunitário.

Por outro lado, também se tornam pouco compreensíveis os motivos da submissão voluntária a normas com as quais o Estado não concordou e que são contrárias aos seus interesses específicos, além de induzirem a situações que afetam os Judiciários nacionais e a Corte Europeia (MAYER, 2009, p. 604). Um exemplo dessa situação pode ser encontrado na normativa comunitária sobre a “Organização Comum de Mercado de Bananas”, que, ao instituir a preferência de importação de bananas das ex-colônias europeias, em especial inglesas e francesas, provocou enormes prejuízos aos importadores alemães. Naquela ocasião, o Regulamento sobre o assunto foi adotado por maioria no Conselho e contra a manifesta oposição da Alemanha. Ocorre que essa normativa comunitária provocou problemas de ordem constitucional interna na Alemanha, pois haveria

uma pretensa colisão com Direitos Fundamentais garantidos no *Grundgesetz*, em especial o Direito à Livre Atividade Econômica.

Uma das consequências, portanto, da ampliação do princípio majoritário como forma de adoção de decisões supranacionais reside no perigo de retirar dos Executivos nacionais sua função de guardião de determinadas preocupações nacionais. De um lado, se tais preocupações estiverem imbricadas a questões jurídico-constitucionais (em particular Direitos Fundamentais), as Cortes Constitucionais nacionais poderão, elas próprias, assumir uma postura ativa como guardiãs de tais temas (MAYER, 2009, p. 605). De outro lado, o que é bem mais complexo, existe, porém, o potencial impacto negativo no espaço público nacional, tornando-se mais aguda a sensação de déficit democrático e de perda de legitimidade.

A contínua expansão das competências europeias altera também a divisão de competências entre a UE e os Estados-membros, o que gera consequências na formulação dos distintos cenários políticos em que o poder é exercido. Nessa perspectiva, as principais implicações da SL, no âmbito interno, são duas.

A primeira é o direito que o *BVerfG* se outorga de controlar a dinâmica da integração europeia por meio do exame e eventual paralisação de normativas que excedam as competências comunitárias e sejam, portanto, contrárias ao ordenamento constitucional alemão. Dessa forma, a Corte Constitucional alemã, a partir de agora, exercerá um controle mais acentuado de dois elementos: a) se os órgãos da União Europeia excederam a base de suas competências (*Ausbrechender Akt*); e b) se os órgãos da UE violaram a identidade constitucional alemã (*Identitätskontrolle*). Para Cantaro (2010), a “Sentença Lisboa” explicita uma nova filosofia, segundo a qual a integração europeia passa a ser tutelada pelos órgãos constitucionais nacionais.

Assim, de um lado, o *BVerfG* distancia-se do relacionamento de cooperação com o TJUE (*Kooperationsverhältnis*). Ao contrário, na hipótese de não haver proteção jurídica (*Rechtsschutz*) pelo Tribunal Europeu, a Corte Alemã exercerá seu direito de manifestação final. Por outro lado, e fundamental, o *BVerfG* nega ao TJUE o desenvolvimento (*Fortbildung*) do Direito Comunitário mediante a interpretação autônoma dos Tratados Constitutivos (*autonome Vertragsausdehnung*). Interpretação sim, mas Direito Pretoriano (*Richterrecht*) não.

Esse posicionamento relativiza preceitos jurídicos fundamentais do Direito Comunitário (e que foram desenvolvidos pela via pretoriana), tal como a responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário (Doutrina Francovich) ou os Direitos Fundamentais “criados” pelo TJUE (“*geschöpfte Grundrechte*”), como no caso da proibição de discriminação por idade (“Sentença Mangold”). É interessante observar que esses são

dois exemplos de integração pelo direito e da simbiose entre os sistemas jurídicos nacionais e o Comunitário (KARPENSTEIN; PERNICE; MAYER, 2009).

No entanto, o modo como o atual posicionamento do *BVerfG* foi formulado deixa antever um potencial conflito com o TJUE. As consequências seriam particularmente desastrosas. Na hipótese de uma normativa ou uma sentença comunitária não ser adotada na Alemanha (*unandwendbar*), a Comissão deveria iniciar, imediatamente, um Procedimento por Incumprimento dos Tratados (*Vertragsverletzungverfahren*), na medida em que se torna imperativo evitar danos ou, pior, precedentes negativos em outros Estados-membros. O que se iniciou como um mero conflito jurídico poderia muito rapidamente transformar-se em um conflito sobre direitos e deveres dos Estados-membros (KARPENSTEIN; PERNICE; MAYER, 2009).

Por outro lado, o fato de as manifestações da Corte Constitucional serem vinculantes para as autoridades alemãs, inclusive em suas ações externas, amplia a dimensão da “Sentença Lisboa”, uma vez que afeta a própria União Europeia como um todo. Isso significa que, a necessária vinculação da política europeia alemã à determinação do BVerfG de manter intacto o núcleo da identidade constitucional alemã e não permitir que sejam ultrapassadas as fronteiras rumo a um Estado federal necessariamente terá consequências na postura do governo alemão. Dessa forma, o BVerfG outorga-se não apenas o direito de verificar a constitucionalidade dos atos normativos europeus, mas também, e de forma muito mais efetiva, a possibilidade de exercer tal controle sobre o conjunto da política e do posicionamento alemão no âmbito das instituições europeias (BECKER, 2009).

Como forma de compensar o reiteradamente lembrado déficit democrático, o *BVerfG* propõe reforçar o papel dos Parlamentos

nacionais no âmbito do processo decisório europeu. Essa sentença, portanto, impõe maior controle parlamentar sobre os atos legislativos da União Europeia, visto que as competências do *Bundestag* e do *Bundesrat* em assuntos comunitários são ampliadas em todo o conjunto de extensão das competências da União. Além da interferência direta na formulação da política europeia da Alemanha, o fato de ambas as Casas Legislativas terem de posicionar-se sobre qualquer assunto que seja debatido na instância supranacional pode levar a certa imobilidade do próprio governo.

6. Considerações finais

A grande questão levantada pela “Sentença Lisboa” é a explicitação jurídica de um mal-estar político subjacente ao atual estado de funcionamento da União Europeia: o déficit democrático e a questão de sua legitimidade no contexto de competências cada vez mais extensas (BARRIERE; ROUSSEL, 2009). O *BVerfG* nega legitimidade democrática à União Europeia na mesma extensão da realizada na Alemanha por meio do GG basicamente por dois motivos. O primeiro é de ordem formal e diz respeito ao problema da representatividade distorcida dos cidadãos alemães no Parlamento Europeu e a suas consequências negativas ao princípio democrático. Já o segundo é de ordem substantiva, pois se nega, no limite, que uma organização supranacional, na qual os Estados continuam sendo Senhores dos Tratados, possa ter a mesma densidade democrática que um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a tripla indicação de valores a serem resguardados no decorrer da integração, a “soberania do Estado alemão, o princípio da identidade constitucional alemã e a responsabilidade do Estado em prover as condições essenciais de vida aos cidadãos alemães”, indica, por

parte da Corte Constitucional, a procura por um paradigma de integração distinto dos modelos clássicos, de corte supranacional, particularmente do “Federalismo” e do “Funcionalismo” (CANTARO, 2010).

Em especial, a reiterada advertência efetuada ao Tribunal de Justiça da União Europeia de que a UE não possui a *Kompetenz-kompetenz*, ou seja, de que não tem a competência de se atribuir novas competências independentemente das decisões do Poder Legislativo dos Estados-membros indica o esgotamento da possibilidade de aprofundar a integração pela via jurisprudencial.

Ao reafirmar a importância de incluir os Parlamentos nacionais no sistema institucional comunitário, o *BVerfG* acentua a necessidade de aproximar o cidadão alemão do processo decisório europeu e, concomitantemente, outorga-se o direito de controlar a dinâmica da integração mediante o exame de normativas que excedam as competências europeias e sejam contrárias ao *Grundgesetz*. Em outros termos, são fixados os limites considerados intransponíveis na transferência de direitos de soberania no âmbito das relações intracomunitárias e a questão constitucional no entrelaçamento das ordens jurídicas nacionais e da União é enfatizada.

Nesse sentido, os limites constitucionais à integração estão condicionados por valores e identidades nacionais e assim permanecerão enquanto o Estado Soberano continuar como elemento indisponível desse processo e as Constituições Nacionais, como fonte última da legitimidade da União Europeia e de sua estrutura jurídica.

Referências

BARRIÈRE, Anne-Lise; ROUSSEL, Benoit. Le traité de Lisbonne, étape ultime de l'intégration européenne?: Le jugement Du 30 juin 2009 de La Cour Constitutionnelle allemande. *Note Du Cerfa*, Paris, n. 66, sept. 2009.

BECKER, Peter. *Kontrollierten Dynamik: Die neue EU Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: SWP-Aktuell, 2009.

_____; MAURER, Andreas. *Deutsche Integrationsbremse: Folgen und Gefahren des Karlsruhe Urteil für Deutschland und der EU*. SWP-Aktuell, 2009.

BLECKMANN, Albert. *Europarecht: das Recht der Europäischen Gemeinschaft*. Köln: Carl Heymanns, 1990.

CANTARO, Antonio. Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”: la integración protegida. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, año 7, n. 13, p. 121-164, enero/jun. 2010.

DEUTSCHLAND (BUNDESREPUBLIK) BUNDESTAG. *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste*. Bonn: Aktueller Begriff, 2008.

GRIMMEL, Andreas; JAKOBEIT, Cord. (Hrsg.). *Politische Theorien der Europäischen Integration*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Por qué la unión europea necesita un marco constitucional. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico, v. 35, n. 105, p. 947-978, sep./dic. 2002.

HALTERN, Ulrich. Integration durch Recht. In: BIELING, Hans Jürgen; LERCH, Marika (Hrsg.). *Theorien der europäischen Integration*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

KARPENSTEIN, Ulrich; PERNICE, Ingolf; MAYER, Franz. *Denkschrift zur Vorlageverpflichtung des BVerfG: Aufruf zur Einführung einer ausdrücklichen Vorlageverpflichtung des BVerfG*. [S.l.]: [s.n.], 2009. Disponível em: <<http://whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2009.

KEGEL, Patrícia Luiza. A sentença Lisboa: legitimidade democrática e os limites constitucionais à integração europeia. *Boletim Meridiano*, Brasília, v. 11, n. 122, p. 11-17, nov./dez. 2010.

LOIS, Cecília Caballero. Teoria constitucional e neoconstitucionalismo no limiar do século XXI: mudança política e aceitabilidade racional no exercício da função jurisdicional. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coord.). *A Constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate: homenagem a Silvio Dobrowski*. São Paulo: LTR, 2007.

MAYER, Franz C. Verfassungsgerichtsbarkeit. In: BOGDANDY, Armin von; BAST, Jürgen. *Europäisches Verfassungsrecht: theoretische und dogmatische Grundzüge*. Heidelberg: Springer, 2009.

MURSWIEK, Dietrich. *Der Vertrag von Lissabon und das Grundgesetz: Rechtsgutachten über die Zulässigkeit und Begründetheit verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelfe gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und die deutsche Begleitgesetzgebung*. Freiburg: Institut für Öffentliches Recht, 2008.

SEEGER, Sarah. Die EU im Spannungsfeld von Demokratiedefizit, Politisierung und Vertragsratifikation. In: WEIDENFELD, Werner (Hrsg.). *Lissabon in der Analyse: der Reformvertrag der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos, 2008.