

A ARTICULAÇÃO ENTRE ORDENAMENTOS JURÍDICOS: A UNIÃO EUROPÉIA E OS DESAFIOS À CIÊNCIA CONSTITUCIONAL

Mauro Viveiros¹

Sumario: I) Introdução; II) O ponto de partida: o chamado *déficit* democrático europeu; III) Modelos de relação entre ordenamentos; IV) Autonomia do ordenamento comunitário e sua recepção constitucional; V) Tipos e critérios de exercício de competência no âmbito da União Européia: a sistematização no Tratado de “Constituição”; VI) O funcionamento do sistema Jurídico da União Européia; VII) Primazia ou supremacia do direito comunitário sobre o direito dos Estados? VIII) O duplo controle de constitucionalidade do tratado de direito comunitário: A) O controle jurisdicional prévio dos tratados comunitários; B) O controle do direito comunitário derivado: os limites da primazia; Conclusão.

I. Introdução:

O fenômeno da integração europeia é reconhecido como a mais exitosa experiência jurídica integradora até agora conhecida, modelo para outros sistemas. O caráter paradigmático dessa nova realidade tem justificado permanentes reflexões na comunidade jurídica, especialmente o estudo dos problemas de relacionamento entre o ordenamento jurídico estatal e o ordenamento supraestatal.

A formação de uma Comunidade ou União de Estados, com objetivo de unificação parcial de territórios e população dos Estados membros, incidindo de forma inevitável sobre a soberania estatal clássica, vinculada ao território, formando um novo e peculiar ordenamento jurídico, dotado de potestade legislativa e judiciária, que produz direito público de aplicação imediata, com efeito direto e com primazia de aplicação na ordem jurídica interna, exige esforços teóricos no sentido, não só de explicar, mas sobretudo de desenhar esquemas de relações adequados entre ambos ordenamentos.

Nosso objeto neste ensaio é examinar como se articulam o direito comunitário e o direito nacional e em que medida os esquemas jurídicos atuais satisfazem os objetivos da integração sem renunciar ao patrimônio representado pela teoria constitucional de mais de dois séculos. Adicionalmente, se indaga se o direito comunitário, possuindo aplicabilidade imediata, efeito direto e primazia sobre o direito interno, pode – ou deve? – ser objeto de controle de constitucionalidade por parte dos Tribunais Constitucionais nacionais. Entre as muitas questões que gravitam em torno desse problema teórico-prático limitaremos nosso enfoque ao tema anunciado, tomando a categoria da competência como polo metodológico, em torno da qual se estruturam as relações ordenamentais, e a partir dela desenvolveremos nossas observações.

A oportunidade do tema parece irrefutável se temos em conta que, nesse momento, se submete a discussão e ratificação o projeto de tratado, firmado em Roma em 29 de outubro de 2004, por meio do qual se institui uma “Constituição para Europa. De maneira que nossa pretensão não é mais que estimular o debate entre os especialistas brasileiros que se dedicam ao estudo das questões atinentes ao Mercosul e a possibilidade da formação de semelhante integração em torno à comunidade latino-americana de nações, preconizada no artigo 4º, par. Único da Constituição Federal brasileira.

II) O ponto de partida: o chamado *déficit* democrático europeu.

É ineludível que diversos problemas surgidos no processo de integração têm uma origem comum: o fato de que a União Européia nasce e se desenvolve até o presente momento sob o signo de uma contradição: padece de um alto *déficit* democrático. Conforme assinala Canotilho “por um lado a União Européia é uma organização supranacional fundada em tratados internacionais sem constituição própria. Em este ponto, a União não é um Estado, não é um Estado constitucional soberano. Por outra parte, os órgãos da Comunidade criam direito europeu vinculante para os

Estados membros. Aqui a União Européia dispõe de 'poderes soberanos' tendencialmente reservados ao estado e individualizados nas distintas constituições. Ademais, os órgãos executivos da Comunidade obtêm sua legitimação dos governos dos Estados membros. Por conseguinte, não são órgãos de um 'Estado Europeu' que haja sido criado por um ato de vontade livre dos "cidadãos europeus unidos".

A essa crítica dos "constitucionalistas" ou "euroescépticos", respondem os "europeístas" que, se bem é verdade que o Parlamento era a principio uma simples assembléia integrada por representantes de parlamentos nacionais, sem nenhuma das competências características dos parlamentos tradicionais, desde 1979 começou a ter plena legitimidade democrática formal, já que desde então seus membros são eleitos por sufrágio universal direto e passou a assumir funções características dos Parlamentos: controla a ação da Comissão (investidura, moção de censura, perguntas e interpelações), legisla em colaboração com o Conselho, incluída a aprovação do orçamento comunitário, etc.

O conselho, por outro lado, se não é designado pelo Parlamento, porém integrado por representantes dos Estados membros, ainda assim ditos representantes provêm de governos democráticos que estão submetidos a toda classe de controles internos, praticados pelos parlamentos nacionais de cuja raiz democrática não só não cabe duvidar, senão que vem diretamente exigida pelo Tratado da União. Seu artigo 46, em relação com o art. 6.1, impôs como requisito para a aceitação da adesão de um novo Estado membro a existência de um regime democrático interior; por outro lado, o art. 7.1 do mesmo Tratado estabelece que no caso de que tal condição desapareça, o Estado membro pode ser privado de seus direitos políticos.

Na base de toda essa problemática estaria a indagação sobre a própria natureza da União Européia. Seria uma Federação ou Confederação de Estados, uma Associação de Estados, Estados independentes com responsabilidades estatais principais? Quais os limites das competências transferíveis a União, o que implica perguntar: quanto de Estado definido e constituído pela Constituição poderá ser preservado?

Pontualizado esse universo de questões, que já nos situa num marco teórico central e permite uma noção sobre a amplitude dos problemas jurídico-teóricos sobre os quais debate a comunidade de juristas, sobre ela não incidiremos especificamente. Por ora, e antes de adentrarmos o estudo dos princípios e regras de funcionamento da União Européia, convém esboçar algo sobre a teoria que informa a relação entre ordenamentos jurídicos, base da qual devemos caminhar para melhor compreender os limites em que devemos nos mover sem nos afastarmos em demasia de nosso objetivo que, por certo, não permite que aprofundemos no âmbito da filosofia política.

III) Modelos de relação entre ordenamentos

Existem, conforme ensina Rainer Arnold, três modelos de relação complexa entre ordenamentos: 1) complementariedade; 2) acumulação; e 3) paralelismo. O primeiro modelo se caracteriza pela combinação de dois (ou, teoricamente, de mais) ordenamentos que regulam alternativamente a totalidade de matérias. Cada ordenamento tem competência (o, con carácter más general, poder) para regular una parte das materias. Este modelo pode ser um modelo estável (com distribuição prefixada de poder) ou, o que parece mais adequado no Estado moderno, flexível, com um mecanismo variável de distribuição do poder que permite a transferencia de um ordenamento ao outro.

O segundo modelo supõe a coincidência (parcial) de vários ordenamentos, o que leva a uma vigência acumulada de normas de diversa origem. O conflito entre estas últimas deve ser resolvido mediante uma regra que determine a primazia de uma delas. Esta primazia pode expressar-se de forma forte, com a anulação de uma das normas em conflito, o de forma mais moderada, de modo que se aplica o ordenamento prevalente no caso enquanto que o ordenamento ou os ordenamentos que não gozem de primazia ficam sem aplicação, ainda que se mantenha a existência de todos eles.

O terceiro modelo é o da coexistência horizontal de ordenamentos não integrados, mas existentes de forma paralela, numa relação de independência. Haverá uma conexão pontual nos casos em que um órgão de um ordenamento (geralmente um tribunal) se refira a outro ordenamento, mecanismo tipicamente aplicável no âmbito do Direito Internacional Público. Sendo modelo de relação tradicional entre Estados, sem conseqüências para sua soberania, não tem interesse para o nosso tema e, portanto, dele prescindiremos.

IV) Autonomia do ordenamento comunitário e sua recepção constitucional

Só é factível falar-se de relação entre ordenamentos autônomos; e, para que um ordenamento possa ser considerado autônomo se exige, basicamente, os seguintes elementos: a) a existência de mecanismos de produção normativa (órgãos específicos, com funções legislativas), dotados de poderes jurídicos materiais de normação; e b) um fundamento de validade desse ordenamento. Por sua vez, referido fundamento de validade deve assentar em um elemento subjetivo, representado pela vontade popular, do poder criador num Estado Democrático de Direito (o poder constituinte) e, em um elemento objetivo, que expressa a existência de um sistema normativo com certa pretensão de homogeneidade em espaços materiais próprios e definidos. No âmbito dos estados federais, poderíamos dizer com José Afonso da Silva que a autonomia assenta-se em dois elementos básicos: a) existência de órgãos governamentais próprios e b) a posse de competências exclusivas, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. Ou seja, os Estados federados são compreendidos como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.

No caso da União Européia, são várias as razões que justificariam essa autonomia. Em primeiro lugar, porque as normas de Direito Comunitário procedem de um ordenamento próprio separado do ordenamento nacional, ainda que este constitua, desde uma perspectiva histórica, a origem e a fonte última do ordenamento comunitário. E o seu fundamento de validade se confirmaria mediante os seguintes argumentos: 1) a transferência de poderes à Comunidade por parte dos Estados membros cria competências novas que não são idênticas às competências internas destes, se diferenciando em termos de *alcance territorial* (validade transnacional das normas), em sua *finalidade* (cumprimento de uma tarefa comunitária), que influi essencialmente em seu conteúdo, e também no *alcance material* das respectivas competências.

A visão europeísta, manifestada em reiterada jurisprudência do Tribunal de Justiça, sustenta que não corresponde a uma norma nacional interna decidir acerca da força e valor jurídicos de uma regra comunitária supranacional. Esta obtém seu valor – o valor de norma comunitária - do próprio sistema jurídico-comunitário. Precisamente por isso se torna insustentável o recurso a normas da Constituição de cada estado membro para “legitimar” e “fundar” a hierarquia das normas comunitárias. Esta forma de arrazoar se articula ademais com outro *modus* argumentativo do Tribunal de Justiça das Comunidades: o ordenamento comunitário pressupõe funcionalmente a idéia de aplicação preferente das normas comunitárias sob pena de que no exista o direito comunitário (exigência existencial).

Canotilho mostra a tautologia do argumento: 1) o ordenamento comunitário é superior sob pena de que não exista um ordenamento comunitário; 2) o ordenamento comunitário obtém dele mesmo (de sua constituição?) a força de suas normas. A posição constitucionalista pode invocar dois argumentos: 1) não existe uma base constitucional comum para afirmar a “verdade” de um supranacionalismo normativo da União; 2) a preferencia de aplicação e inclusive a invocada primazia do direito comunitário dá como demonstrado precisamente o que é necessário demonstrar: quem tem a competência da competência...Não existe na Comunidade Européia nenhum poder para legitimar sua existência como ordenamento jurídico nem para modificar ou aumentar seu âmbito de competências. Em isto consiste a competência da competência.

A questão da legitimidade da União Européia, contudo, parece impossível de teorizar-se hoje, com alguma base

empírica, sob os mesmos aparatos ópticos que serviram à construção de algumas categorias jurídico-constitucionais tradicionais, sendo assente que os conceitos de soberania nacional e democracia receberam novos influxos da realidade ao longo das últimas décadas, cujos impactos produziram uma nova densidade exigindo dos juristas uma postura revisionista-evolucionista sobre diversos dogmas. O *quantum* de legitimação daquela não tem que corresponder, necessariamente, como num jogo de perde-ganha, à perda de essência dos Estados. Trata-se de um novo organismo com vida própria, que acrescenta valores impulsionados pela sinergia própria de um jogo em equipe.

O instrumento jurídico de legitimação do ordenamento comunitário europeu continua sendo os tratados mediante os quais os Estados independentes transferem o exercício de competências soberanas às instituições comunitárias. É esse documento jurídico atributivo de poderes que habilita aquele, dentro do marco competencial estabelecido, em todos os setores previstos, inclusive no âmbito jurisdicional. E, se não parece correta a argumentação de auto-suficiência do ordenamento europeu – pois do ponto de vista jurídico ele é e sempre será subordinado à vontade dos Estados membros-, tampouco se pode esquecer que a integração entre Estados conforma uma nova realidade política, econômica e social diversa da que postula a lógica simplesmente cooperatária própria dos tratados comuns de direito internacional onde os Estados se situam como “Senhores absolutos”.

Com efeito, todas as Constituições dos Estados membros da União Européia dispõem de um regime constitucional específico de controle interno sobre as transferências de competências a uma organização supranacional. Assim, por exemplo, a Constituição espanhola, cujo artigo 93 contém uma regra para celebração de tratados por meio dos quais se atribua a uma organização internacional o exercício de competências derivadas da Constituição. O controle se perfectibiliza na medida em que a autorização exige uma lei orgânica (lei complementar no direito brasileiro), responsabilizando-se as “Cortes Generales” (Câmara dos Deputados e Senado) ou o Governo, pela garantia de cumprimento desses tratados e das resoluções emanadas dos organismos internacionais ou supranacionais titulares da cessão.

Ao contrario do regime comum, para o qual o Governo não está obrigado mais que informar ou pedir autorização previa às “Cortes Generales” para celebrar tratados, quando se autoriza a celebração de um tratado comunitário há co-responsabilidade do Parlamento, o que supõe uma fiscalização pelos representantes do povo quanto a compatibilidade do tratado com o texto da Constituição; em caso de dúvidas a respeito de sua constitucionalidade, tanto o Governo quanto qualquer das casas legislativas podem requerer ao Tribunal Constitucional que declare, previamente, se existe ou não contradições (art. 95.2 CE); havendo no tratado estipulações contrárias à Constituição, exige-se prévia revisão constitucional. (art.95.1 CE).

No mesmo sentido é o atual artigo 23 da Ley Fundamental de Boon, introducido precisamente para compatibilizá-la a regras e princípios estabelecidos no Tratado de *Maastricht*, que implicavam profunda transformação de algumas instituições e princípios nela estabelecidos. De acordo com este dispositivo, se regula detalhadamente a intervenção dos órgãos legislativos e executivos da Federação, bem como dos *Länders* nos processos de formação das decisões comunitárias. O extenso preceito contém três notas especiais: 1)cria a obrigação da União Européia de salvaguardar os princípios democráticos, do Estado de Direito, social e federativo, e do principio de subsidiariedade e garante uma proteção dos direitos fundamentais comparável no essencial a assegurada pela Constituição; 2)autoriza a transferencia de direitos de soberania por uma lei que requer a aprovação do *Bundesrat* e; 3) impõe o respeito à clausula de intangibilidade do art. 79.2 e 3 da LF, tanto para a criação da União Européia como para efeito de reformas dos tratados constitutivos e a toda normativa análoga mediante a qual a LF seja reformada o completada em seu conteúdo ou torne possível tais reformas ou complementação.

França também, após decisão do Conselho Constitucional em 9 de abril de 1992, que respondendo a consulta formulada pelo Presidente da República afirmou a necessidade de reforma constitucional em função do mesmo

Tratado da União Européia, introduziu em sua Constituição o art. 88.1, por Lei de 25 de junho de 1992, *verbis*: “A República participa nas Comunidades Européias e na União Européia, constituídas por Estados que escolheram livremente, em virtude dos tratados que as instituíram, exercer em comum algumas competências”. No par. 2 do mesmo artigo acrescenta: “França consente as transferências de competências necessárias para o estabelecimento da União Monetária em Europa, assim como a determinação das regras relativas a franquia das fronteiras exteriores dos Estados membros da Comunidade”.

O parágrafo 3º, do mesmo artigo aceita a elegibilidade dos cidadãos da União residentes na França em eleições municipais -norma que em Espanha também foi introduzida por força de decisão do Tribunal Constitucional por ocasião do Tratado de Maastricht, em função de consulta formulada pelo Governo-. Por sua vez, o art. 88.4 pretende incrementar a legitimação democrática das decisões comunitárias, favorecendo a maior participação da Assembléia Nacional e do Senado nas proposições de atos comunitários que “comportem decisões de natureza legislativas”.

Semelhantes previsões se encontram nas constituições dos Países Baixos (arts. 91, 92, 94 e 120); de Luxemburgo (art. 49 bis); Bélgica (art. 25 bis); Dinamarca (art.20.1); Irlanda (3ª Emenda à Constituição de 1972); Grécia (art. 28 apartados 2 e 3, da Constituição de 1975) Itália (art. 11) e Portugal (art. 8, apartado 3, com a revisão de 1982). No Reino Unido, a concepção da soberania parlamentar levou a necessidade de um texto especial (*European Communities Act, 1972*) para que pudesse excepcionar a primazia da lei posterior. Como se vê, algumas constituições se achavam aptas a permitir originariamente essa abertura, outras se viram especialmente modificadas a tal efeito.

Essas sensíveis adaptações constitucionais, por meio das quais se submetem os referidos tratados a reserva de lei e a procedimentos parlamentares de fiscalização configura um mecanismo político especial de controle sobre o processo de transferência de competência estatal à União Européia conferindo maior nível de legitimidade ao ordenamento comunitário. O controle de constitucionalidade a que podem ser submetidos os tratados, perante os Tribunais Constitucionais, de maneira geral, quer sob a modalidade de consulta prévia – no caso a mais vantajosa-, quer sob a via do controle repressivo e direto, a instância do parlamento, do governo, de minorias e outros agentes públicos, assim como as leis que o autorizam, por outro lado, completa e reforça as garantias de defesa da supremacia constitucional e, particularmente, a defesa de um núcleo essencial de estatalidade intransferível.

Esse regime específico decorre logicamente da natureza política das competências transferidas, a impor provisões e cauces jurídicos mais estritos de defesa do Estado nacional, ou o que se chamou a preservação da “competência das competências”; de outro ângulo traduz a chamada abertura constitucional para a conexão e recepção de novos conjuntos normativos que se incorporam nas constituições nacionais (não formalmente) por uma decisão política fundamental gestada a décadas e precedida, em vários casos, da co-participação inestimável dos Tribunais Constitucionais, cuja jurisprudência veio, desde muito tempo, condicionando e mesmo determinando conteúdos e formas constitucionais possíveis para o “enganche” próprio das “Constituições Abertas” na construção da União Européia.

Por essa abertura/recepção se transferem competências que não se limitam às pertencentes ao Estado central ou federal, mas também envolvem competências dos entes políticos internos, e se recebe um direito produzido fora do Estado com grave repercussão para os cidadãos como sujeitos de direitos e obrigações perante a Comunidade, num regime em que todo o debate, fiscalização e controle, se impõe sobre os tratados em fase prévia à ratificação, tornando despicinda uma decisão legislativa posterior que referende ou introduza o tratado no sistema jurídico como condição de eficácia. Daí que a vigência dos tratados de integração, pelo próprio regime diferencial a que estão submetidos, seja mais compatível com a concepção monista, como inclusive postula o Tribunal de Justiça, o que não significa, contudo, que todos os Estados europeus sigam essa teoria.

Em suma, se constata que a legitimação da União Europeia se conforma num processo de recepção constitucional por parte dos estados-membros mediante a técnica de transferência consentida de competências em tratados específicos e a consequente reserva de instrumentos de controle de constitucionalidade, tanto político-governamental quanto jurisdicional. O processo legitima a União ao mesmo tempo em que autoriza o trânsito interno do Direito comunitário.

V) Tipos e critérios de exercício de competência no âmbito da União Europeia: a sistematização no Tratado de “Constituição”

A regulação do sistema de distribuição de competências entre a União e os Estados membros tem sido qualificado como o “ponto negro” de sua estrutura constitucional, pois, em lugar de fixar critérios de repartição de competências por matérias nos próprios tratados constitutivos, seguindo técnica semelhante a das Constituições federais dos Estados membros, se adotou um método que resultava atribuir a Comunidade a responsabilidade de realizar diversas políticas e ações a efeito de alcançar o estabelecimento de um mercado comum. Estas políticas eram definidas em termos gerais no tratado com uma cláusula de encerramento que permitia às instituições comunitárias adaptar suas competências quando fosse necessário para alcançar os objetivos assinalados; tinham uma configuração finalística. Em verdade, expressava a teoria norte-americana dos poderes implícitos segundo a máxima de que “quem quer os fins, dá os meios”.

Na prática, isso era um método funcional, porém confuso, altamente flexível, assistemático e que, portanto, gerava insegurança jurídica na medida em que permitia às instituições uma adaptação imediata sem modificar os Tratados, tornando cada vez mais difícil reconhecer as potestades de cada uma delas, os atos ditados em virtude dessas atribuições, e identificar a natureza exclusiva ou compatida das competências. Por isso, a partir do Tratado de *Maastricht*, de 7 de dezembro de 1992, se produz a “correção desse critério, reforçando-se os princípios da subsidiariedade e o da proporcionalidade.

Com o Tratado da União se elevou essa regra da subsidiariedade a categoria de princípio geral. Segundo o artigo 5 (antigo art. 3B), do vigente Tratado, “A Comunidade atuará dentro dos limites das competências que lhe atribui o presente Tratado e dos objetivos que este lhe assina. Nos âmbitos que não sejam de sua competência exclusiva, a Comunidade intervirá, conforme o princípio de subsidiariedade, só na medida em que os objetivos da ação pretendida não possam ser alcançados de maneira suficiente pelos Estados membros, e, por conseguinte, possam lograr-se melhor devido a dimensão ou aos efeitos da ação contemplada a nível comunitário. Nenhuma ação da comunidade excederá do necessário para alcançar os objetivos do presente Tratado”.

O regime básico de competência da União segue, portanto, um critério de “atribuição pelos Estados-membros e o exercício das competências transferidas obedece aos princípios de “subsidiariedade” e “proporcionalidade”. E dizer, a União exercerá unicamente as competências expressamente atribuídas pelos Estados membros, e executará outras na medida em que estes não possam exercê-las diretamente; neste caso deverá fazê-lo de modo que atenda as necessidades legítimas da Comunidade com adequação entre meios e fins, pautada na razoabilidade. As competências não atribuídas, conforme o sistema tradicional, residualmente pertencem aos Estados. As competências, conforme se observa do dispositivo supra, são exclusivas e compartilhadas e a execução está a cargo dos Estados membros, como administração comunitária descentralizada.

A subsidiariedade, segundo a interpretação feita pelas instituições da União, não é mais que “um princípio de sentido comum, em virtude do qual, a Comunidade, no exercício de suas competências, não deveria fazer senão o que pode ser melhor realizado desde este nível, fórmula que, ademais, “existe em todos os federalismos ou Estados complexos de qualquer gênero, nos quais se procura que as decisões se adotem de maneira mais próxima aos cidadãos e só por exceção as decisões sejam tomadas por escalões mais elevados do corpo político”.

O critério da subsidiariedade, contudo só tem pertinência no campo das competências compartilhadas, pois só em relação a elas ocorre uma superposição de ordens sobre uma mesma linha e se admite a discricionariedade da União entre atuar ou não atuar; no campo das competências exclusivas a questão não se coloca, logicamente, porque aí, mais do que faculdade, haverá um dever de atuação. Não obstante, o problema radica em saber quando uma competência é verdadeiramente exclusiva e, mesmo em caso de considerar-se que a competência é compartilhada, complexa será a definição concreta dos critérios que justificam, ou não, a intervenção.

Essa flexibilidade, somada a genérica previsão finalista de competências, se revela como uma fissura que necessitava reparação sob o ângulo jurídico. A insuficiência no nível de garantias que os Tratados da União e de *Amsterdam* permitem no manejo do princípio de subsidiariedade, inclusive reconhecida e placitada na jurisprudência do Tribunal de Justiça, cuja Corte nos anos noventa se enfrentara a impugnações de atos comunitários (Sentenças de 12 de novembro e de 13 de maio de 1997), motivaram a institucionalização de mecanismos de reação no Tratado de “Constituição”, cujo protocolo 2 anexo a ele prescreve diversas medidas, tais como: a) a obrigação da Comissão de motivar suas propostas de modo que se possa avaliar sua adequação aos princípios indicados justificando, em particular, as razões que fundamentem que um objetivo da União pode ser alcançado melhor por ela; b) todo Parlamento nacional de um Estado membro o toda Câmara de um Parlamento nacional poderá, no prazo de seis semanas a partir da data de transmissão da proposta legislativa da Comissão, enviar aos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho de Ministros e da Comissão um “Ditame” motivado que exponha as razões pelas quais se considera que a proposta não se ajusta ao princípio de subsidiariedade; c) quando os “Ditames” motivados sobre o descumprimento do princípio de subsidiariedade por parte da proposta da Comissão representem ao menos um terço do total de votos atribuídos aos Parlamntos nacionais dos Estados membros e das Câmaras dos Parlamntos nacionais, a Comissão deverá voltar a estudar sua proposta. Depois deste estudo, poderá decidir mantê-la, modificá-la ou retirá-la motivadamente; d) o Tribunal de Justiça será competente para conhecer dos recursos por descumprimento do princípio de subsidiariedade por um ato legislativo.

A racionalização das competências compartilhadas, permitindo, inclusive, a integração dos parlamentos nacionais no processo de fiscalização dos atos legislativos da União, a depender da capacidade de mobilização dos parlamentos, contribuirá para restringir o uso imoderado de tarefas que se ajustam mais as idiossincrasias locais, sobre as quais os Estados e os seus entes políticos ficavam privados de intervenção e controle. A nota mais saliente do procedimento, a par do direito de informação previa, é o reconhecimento de legitimação aos Parlamntos nacionais ou de uma Câmara dele, conforme preveja o ordenamento jurídico interno de cada Estado, e ao Comitê das Regiões (aplicável aos Estados compostos, como Espanha e Itália, p. ex.), além dos Estados membros, para recorrerem ao Tribunal de Justiça contra um ato legislativo europeu por violação ao princípio de subsidiariedade, conforme dispõem os arts. 8 e 9 do Protocolo 2 Sobre a Aplicação dos Princípios de Subsidiariedade e Proporcionalidade.

Importa assinalar que, conforme dispõe o artigo 1-12, apartado 2, embora os Estados membros, em princípio, possam legislar e adotar atos juridicamente vinculantes sobre o mesmo âmbito competencial, a parte final do dispositivo prescreve que eles “exercerão sua competência na medida em que a União não haja exercido a sua o haja decidido deixar de exercê-la”, regra que conferindo preferencia em favor da União poderia neutralizar facilmente a potestade legislativa dos Estados. Todavia, nos parece que esse risco se evita com a interpretação conjugada do artigo 1-11 e apartados 3 e 4, da “Constituição”, dado que no âmbito da competência compartilhada o respeito ao princípio fundamental da subsidiariedade o cumprimento por parte da União do procedimento acima referido é um pressuposto essencial. É dizer que, se antes havia uma ampla discricionariedade da União, agora o princípio é o da discricionariedade regrada e a decisão inclusive passível de revogação.

As competências residuais dos Estados membros também poderiam ser, ao que parece, alcançadas pela regra do art.

I-11, apartado 3, já que a literalidade do dispositivo prevê a intervenção da União nos âmbitos “que não sejam de sua competência exclusiva”, o que abrange, logicamente, competências não transferidas, como inclusive vem entendendo o Tribunal de Justiça ao admitir “incurções da competência comunitária nas soberanias nacionais, onde são necessárias, afim de que, em função dos poderes retidos pelos Estados membros, o efeito útil dos tratados não se veja muito diminuído e sua finalidade comprometida”. Aqui, com mais dose de razão, é aplicável o princípio de proporcionalidade (art. I-11, apartado 4).

A falta de sistematicidade na regulação da competência reclamava, contudo, mais do que explicitar no texto do tratado de “Constituição os princípios e doutrina já admitidos em documentos e na jurisprudência em relação aos conceitos de competência de atribuição, competência residual, princípio da subsidiariedade e proporcionalidade; era necessário proceder uma reordenação geral sobre o sistema de competências comunitárias que primasse pela clareza, coerência, simplicidade e segurança jurídica. De outro lado, conforme insistia a doutrina, era imprescindível uma clara discriminação da tipologia e função dos diversos atos e decisões através dos quais as instituições comunitárias podem instrumentalizar o exercício de suas competências.

Neste sentido o tratado de “Constituição” estabelece de maneira mais clara e sistemática, no seu Título III, os princípios fundamentais (de atribuição, de residualidade, de subsidiariedade e proporcionalidade), as categorias de competências exclusivas, compartilhadas e complementar em âmbitos determinados e os âmbitos de competência exclusiva (art. I-13), de competência compartilhada (art. I-14) e os âmbitos de ação de apoio, coordenação ou complemento relativamente às matérias de competência dos Estados membros (art. I-17). Ademais, prevê que a União adotará medidas de coordenação das Políticas Económicas e de Emprego desenvolvidas pelos Estados membros conforme os princípios da União, além de medidas para garantir a coordenação das políticas sociais (art. I-15). Em matéria de Política Exterior e de Segurança Comum, o tratado dispõe peremptoriamente que a competência da União abarcará todos os âmbitos e todas as questões relativas a sua segurança, incluída a definição progressiva de uma política comum de defesa que poderá conduzir a uma defesa comum, objetivo a que os Estados membros apoiarão ativamente e sem reservas, em nome do princípio da lealdade (art. I-16).

Ao contrario das matérias de competências exclusivas e as medidas de apoio, que têm caráter exaustivo, a lista de matérias incluídas nas competências compartilhadas é indicativa. Tanto o caráter não exaustivo das competências compartilhadas como a subsistência de uma cláusula de flexibilidade (art. I-18) seriam uma garantia mínima para permitir a evolução da União e sua adaptação às novas necessidades da realidade social e económica. Equilibra-se essa flexibilidade -teoria dos poderes implícitos - a favor dos Estados membros com a exigência de *quorum* de unanimidade do Conselho de Ministros, mediante proposta da Comissão Europeia com previa aprovação do Parlamento Europeu, além do respeito ao princípio fundamental da subsidiariedade (art. I-18.2).

Em relação aos atos jurídicos e decisões comunitárias, o tratado define: a) a lei europeia, como um ato legislativo de alcance geral, obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em cada Estado membro; b) a lei marco europeia, como um ato legislativo que obriga ao Estado membro destinatário quanto ao resultado que se deva conseguir, deixando, contudo, às autoridades nacionais a competência de eleger a forma e os meios; c) o regulamento europeu, como um ato não legislativo de alcance geral que tem por objeto a execução de atos legislativos e de determinadas disposições da Constituição. Poderá ser obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em cada Estado membros, ou obrigar o Estado destinatário quanto ao resultado que deva conseguir, deixando, contudo, às autoridades nacionais a competência de eleger a forma e os meios; d) a decisão europeia, um ato não legislativo obrigatório em todos os seus elementos. Quando designe destinatários, só será obrigatória para estes e, por fim, prevê e) as recomendações e os ditames que não terão efeito vinculante.

No seio da União Europeia o clássico modelo tripartite de divisão de poderes de Montesquieu não tem aplicação

havendo um peculiar sistema de relacionamento entre suas instituições. As funções legislativas são exercidas conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho de Ministros, enquanto à Comissão Européia incumbe, entre outras funções de interesse geral da União, a iniciativa dos atos legislativos. De maneira que as já referidas leis européias e leis marco européia, como produtos tipicamente legislativos, só podem ser emanados pelo Parlamento e Conselho em conjunto e de acordo com um procedimento legislativo específico (art. I-34 c.c. III-396). Os atos não legislativos, como os regulamentos e recomendações, são de competência do Conselho e da Comissão, embora o Banco Central Europeu também tenha faculdade neste sentido (art. I-35). Defere-se à Comissão, ainda, delegação de poderes para adotar regulamentos europeus que completem ou modifiquem determinados elementos não essenciais da lei ou da lei marco (art. I-36).

A despeito da sistematização empreendida, o tratado de “Constituição não cuida de reservar à lei européia nenhuma matéria das referidas nos âmbitos de competência compartilhadas ou exclusivas, permitindo, em tese, que se utilize regulamentos autônomos e decisões européias para aplicação direta do tratado, o que significa manter um coeficiente de poder bastante alto em mãos do Conselho e da Comissão à revelia do Parlamento, já que o art. I-38 remete às instituições o poder de adotar, em cada caso, o tipo de ato jurídico, quando a “Constituição não o estabeleça.

Do que se expôs, e seguindo a teoria dos modelos de relação suprarreferidos, poder-se-ia entender, a princípio, que entre o ordenamento da União Européia e o dos Estados membros tanto tem aplicação o modelo da complementariedade quanto o da acumulação, regime que o novo tratado em nada altera. O primeiro, sem dúvidas aplicável ao campo das competências compartilhadas, se caracteriza pela incidência do princípio da subsidiariedade, um elemento flexível ou mecanismo variável, que joga um papel fundamental na distribuição do poder permitindo transferir a competência do ordenamento estatal ao outro, quando necessário em nome do interesse da Comunidade. A complementação, como vimos, opera por decisão da União e é aqui que podem surgir problemas de interpretação, na medida em que, ainda que as suas instituições devam justificar, primeiro, que a intervenção é necessária e, segundo, que os instrumentos empregados são adequados e não limitam excessivamente a posição dos Estados membros, tais exercícios admitem, contudo, uma ampla margem de apreciação.

Poderíamos ilustrar o modelo da complementariedade com um grande círculo no qual os dois ordenamentos – o da União e o dos Estados membros-, representados por círculos menores, estão por ele envolvidos em cujo interior o princípio de subsidiariedade se move recortando ou capturando, em determinadas situações, a competência dos Estados membros que, como se percebe, não é imutável como no modelo estatal de repartição constitucional. A eficácia desse modelo depende, fundamentalmente, do nível de garantias de defesa de que disponham os Estados-membros, não só política, mas juridicamente.

Pode-se entender, ademais das chamadas competências compartilhadas, que os apartados 3 e 4 do art. I-14, contêm previsões de competências concorrentes, o primeiro versando sobre os âmbitos da investigação, desenvolvimento tecnológico e espaço, em relação aos quais a União disporá de competência para levar a cabo ações destinadas a definir e realizar programas, e o segundo no âmbito da cooperação para o desenvolvimento e ajuda humanitária, para a qual disporá de competência para levar a cabo ações e uma política comum, sem que o exercício dessas competências tenha por efeito impedir aos Estados membros de exercer a sua. É dizer, aqui, à União se reserva medidas de caráter geral, de maneira exclusiva, enquanto os Estados mantêm competências residuais, de maneira complementar.

O segundo modelo, o da acumulação, relativo ao campo das competências exclusivas, se manifesta na coincidência de normação proveniente dos dois ordenamentos sobre um mesmo âmbito jurídico, composto das normas vigentes em cada Estado membro naqueles setores sobre os quais a União Européia passou a deter competência exclusiva, havendo, assim, uma superposição de ordens jurídicas sobre os mesmos objetos e espaços.

A ilustração deste segundo modelo poderia estar representada pela presença de diversos círculos, correspondentes a cada um dos Estados membros, cujo núcleo da interseção seria o espaço comum, o âmbito sobre o qual a União passou a deter suas competências exclusivas, alijando a incidência das competências antes pertencentes aos Estados nacionais. Havendo conflito entre estas ordens, exige-se uma regra pela qual se determine a primazia de uma delas. Esta primazia, teoricamente, pode expressar-se de forma forte, se há anulação ou derrogação de uma das normas em conflito, ou de forma moderada, se apenas se aplica o ordenamento prevalente no caso enquanto o ordenamento que não goze de primazia fica sem aplicação, ainda que se mantenha a sua existência.

Entendemos que a primazia, no âmbito do direito comunitário, poderia se expressar tanto de forma forte, quanto de maneira moderada na solução concreta de conflitos, dependendo da concepção que se tenha sobre a natureza do conflito entre essas normas. Veremos isso adiante. Antes, porém, é preciso relembrar o funcionamento do sistema jurídico na União Européia.

VI) O Funcionamento do Sistema Jurídico da União Européia

A compreensão sobre como opera a regra de primazia da norma comunitária e, portanto, como o direito comunitário é concretizado nos Estados membros impõe explicar, de maneira breve, o funcionamento atual do sistema jurídico no âmbito da União Européia.

O ordenamento jurídico da União Européia se compõe na atualidade dos seguintes tratados: Tratado constitutivo da Comunidade Européia, firmado em Roma em 25 de março de 1957; Tratados sobre a Comunidade Econômica Européia, a Comunidade Européia de Carvão e Aço e a Comunidade Atômica Européia e, por fim, o Tratado da União Européia, firmado em *Maastrich* em 7 de fevereiro de 1992 e; Tratado de *Amsterdam*, de 1 de maio de 1999; O Tratado de *Niza* pelo qual se modifica o Tratado da União Européia, os Tratados constitutivos das Comunidades e determinados atos conexos, de 26 de fevereiro de 2001. E, finalmente, o Tratado pelo qual se institui a Constituição européia, que reorganiza as instituições, recompõe o equilíbrio entre elas e o exercício de suas funções, inclui a Carta Européia de Direitos Fundamentais e ordena sistematicamente os atos das instituições comunitárias aclarando seu regime e estabelecendo com mais rigor as relações entre eles, cuja vigência está marcada para 1 de novembro de 2006, desde que tenham sido depositados todos os instrumentos de ratificação ante o Governo da Republica Italiana.

Referidas normas são denominadas pela doutrina como de Direito Originário, enquanto que o direito produzido pelos órgãos da União Européia é classificado como de direito derivado, uma via impositiva que tem fonte nos tratados se manifestando na sistemática de regulamentos e diretivas, cujos produtos normativos regulamentam e concretizam medidas jurídicas específicas de aplicação necessárias a satisfação dos objetivos e deveres jurídicos em diversos âmbitos normativos. Como vimos, o Tratado de Constituição renomeia e sistematiza as fontes do direito comunitário.

Os tratados comunitários, a diferença da regra de direito internacional, pode criar direitos e obrigações aos particulares. O Tribunal de Justiça, a partir do caso *Van Gend et Loos*, de 5 de fevereiro de 1963, as. 26/62, marca o divorcio mais claro com a solução tradicional do direito internacional, reconhecendo a aplicabilidade direta do ordenamento jurídico comunitário nos Estados membros, cujo fundamento assenta na própria especificidade do ordenamento comunitário, ou seja, na finalidade de integração e no seu marco institucional: “o objetivo do tratado CEE...é constituir um mercado comum cujo funcionamento afeta diretamente aos justiciáveis da Comunidade”; por tanto, o tratado “constitui algo mais que um acordo que só criaria obrigações recíprocas entre os Estados contratantes...e a Comunidade constitui um novo ordenamento jurídico..., cujos sujeitos são, não só os Estados membros, más também os seus nacionais”.

O Tribunal de Justiça da Comunidade, com sede em Luxemburgo, tem competência em tudo o que versa sobre: a) a

interpretação de tratados; b) sobre “validez” e interpretação dos atos adotados pelas instituições da Comunidade e pelo Banco Central Europeu; c) sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um ato do Conselho, quando ditos estatutos assim o prevejam.

Por outro lado, o Tribunal, ao propósito de conferir coerência e harmonização na aplicação do Direito Comunitário, decide em caráter prejudicial as questões judiciais propostas, que podem ser facultativas se o órgão judicial (os juízes e tribunais nacionais) entende necessária uma decisão a respeito para poder emitir sua decisão, porém serão obrigatórias no caso em que desta decisão não haja recurso para as superiores instâncias de direito interno. Em qualquer caso a decisão é vinculativa para o órgão judicial que a propõe. Desde 1990, o Tribunal é dotado de uma primeira instância, competente para contenciosos e recursos individuais, em particular em matéria de direito de concorrência.

Em suma, o Direito comunitário é de aplicação imediata nos Estados membros, é autônomo a respeito dos ordenamentos jurídicos nacionais e suas normas têm primazia sobre o Direito nacional. O Tribunal de Justiça decide no curso dos processos as queixas sobre se um Estado membro vulnerou obrigações contratuais ou se um órgão comunitário atuou de forma contrária a Direito – em particular se emanou normas que vulneram os Tratados -. A maior parte da atividade do Tribunal de Justiça está dedicada a questões prejudiciais interpostas por Juízes e Tribunais nacionais acerca da interpretação dos Tratados ou da validade do Direito Derivado. O Tribunal propôs como sua missão a interpretação e o desenvolvimento unitários do Direito comunitário e sua competência exclusiva acerca da validade dos atos e dos poderes comunitários. As decisões prejudiciais do Tribunal, conforme reconheceu expressamente o Tribunal Constitucional Federal Alemão, vinculam aos tribunais dos países membros (*BVerGE* 75, 223 -234), cuja inobservância pode atentar contra a garantia do juiz legal (*BVerGE* 82, 159).

Pois bem, o direito comunitário tem aptidão para afastar o direito nacional. A decisão pode dar-se tanto pelo juiz ordinário, se não tem dúvidas sobre a prevalência daquele, quanto pelo Tribunal de Justiça em caso de consulta ou recurso que lhe hajam sido formulados. Uma vez vigente, a norma de Direito Comunitário se insere de maneira automática no ordenamento jurídico nacional, com todos os efeitos de que é portadora, inclusive podendo repercutir no campo penal, despenalizar certas condutas e ampliar direitos processuais. Todavia, o juiz nacional – que é também juiz comunitário- no uso da liberdade de aplicação do direito que considere vigente/valido, pode empregar – e deve fazê-lo- o método da interpretação conforme da norma ao Direito Comunitário, hipótese em que a norma nacional, se afastada, não perde, a rigor, sua vigência, mas apenas aplicação no caso concreto, decisão que não possui efeitos além das partes processuais. E, mesmo no caso de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da Comunidade, que possuem efeito vinculante para o juiz do caso, a norma do Direito Comunitário considerada prevalente, ao que nos parece, não tem virtualidade para expulsar a norma inaplicada do ordenamento jurídico nacional, tal como se operasse um juízo de constitucionalidade o que, decididamente, não é.

Afirmamos que a regra da primazia tanto poderia se expressar de maneira “forte” como de forma “moderada”, dependendo da concepção que se tenha sobre o conflito de normas em questão. Será forte para quem situa o conflito como de vigência/validade, será moderada para quem o considera como uma simples questão de eficácia. De acordo com a primeira concepção, num típico juízo de resolução de antinomias normativas, se consideraria derogada ou nula a norma do direito nacional; no segundo a ineficácia, que corresponderia a uma espécie de suspensão de efeitos, dada a inadequação da norma nacional para reger na situação jurídica a questão, já que, por força da regra da primazia, ela deve abrir caminho à norma do direito comunitário; a norma nacional, neste caso, não seria declarada nula, já que não ostenta vícios de formação, tampouco de conteúdo (validade material) em face da Constituição, simplesmente se manteria inaplicada, congelada. A situação vista como problema de vigência/validade, como se vê, confunde primazia com supremacia e leva conseqüentemente a uma equivocada revogação ou declaração de nulidade, enquanto que situando-se o problema na perspectiva da eficácia, como entendemos o correto, se

compreende a regra de primazia só como um instrumento a serviço da competência.

De modo simplificado se pode dizer que não se trata de uma questão de vigência, para a qual seria suficiente lançar mão do critério temporal *lex posterior derogat priori*, ou *lex specialis derogat generalis*, porque não se cuida de dilucidar se ocorre ou não derrogação da norma por outra de igual ou superior hierarquia por vontade do mesmo órgão de produção legislativa. Tampouco se poderia cogitar de um problema de validade, pois, não se poderia dizer inválida a lei nacional produzida regular, formal e materialmente conforme a Constituição do país; se assim fosse, se trataria de uma invalidade sobrevinda, o que implicaria não primazia, mas supremacia do direito comunitário conferindo-se-lhe, em conseqüência, um “parâmetro constitucional” inexistente porque, como visto, todo o fundamento do direito comunitário reside em tratados, regulamentos e diretivas, ou seja, não é direito de fonte diretamente constitucional, situando-se, no mesmo plano hierárquico das leis nacionais, ainda que, em alguns direitos referidos tratados parecem possuir certa resistência frente às leis ordinárias, como em Espanha, por exemplo (art. 96.1 CE).

Portanto, a conseqüência da primazia do direito comunitário não leva aparelhada uma sanção de invalidade sobre o acervo legal produzido pelo Estado membro. É certo, apenas, que o direito anterior incompatível cessa de operar, enquanto que a norma posterior ao direito comunitário, por força da primazia deste, não chega a adquirir eficácia, embora possa estar vigindo e seja válida. Em sua sentença *Simmenthal*, de 9.3.78, o Tribunal de Justiça assumira esse entendimento ao afirmar que a lei nacional anterior incompatível é inaplicável. Já em relação à lei posterior, após abordar especificamente o problema na Sentença *Costa*, de 15.7.1964 em termos de “oponibilidade”, portanto de aplicabilidade, a partir da Sentença *Marinex*, de 7.3.1972, assenta que a primazia do direito comunitário diretamente aplicável tem por efeito “impedir a formação válida de novos atos legislativos nacionais na medida em que sejam incompatíveis com normas comunitárias. Parece claro que o Tribunal não chega, em verdade, a situar o problema mais que em termos de aplicação, pois é evidente que não pode “impedir” que os Estados legislem validamente sobre o que considerem compatível.

E qual a relevância prática da distinção jurídica aqui postulada, isto é, em situar o problema em termos de simples inaplicação do direito interno? A resposta, à parte de outros significados, está associada a regra expressa no art. I-60 do Tratado de “Constituição” por meio da qual se admite o direito dos Estados membros de retirarem-se voluntariamente da União, mediante um procedimento específico, cujo desligamento implica, logicamente, a cessação do direito comunitário no âmbito do Estado em questão em prazo a ser fixado.

Parece incontroverso que, concretizando-se esta previsão – o que não é desarrazoado, ainda mais agora com a adesão de novos “sócios”-, todo o bloco de leis congeladas no período de comunhão deveria voltar a produzir eficácia, observado o ordenamento constitucional vigente, medida que ademais se impõe em nome do princípio da ordem pública e da segurança jurídica, a fim de evitar vazios jurídicos, técnica já empregada em alguns ordenamentos jurídicos quando se declara a nulidade de lei com efeitos *ex tunc*. Dado que, desaparecida aquela condição obstativa única, qual seja, a presença de uma ordem comunitária superposta a do direito nacional, este readquire trânsito livre operando efeitos normais, cujas conseqüências seriam semelhantes a um efeito repristinatório, do que jamais se poderia cogitar se o conflito se resolvesse em termos de nulidade-invalidade do direito interno.

VII) Primazia ou supremacia do direito comunitário sobre o direito dos Estados?

Quando se recorda as drásticas conseqüências jurídicas de aplicação do direito comunitário, sua aplicabilidade imediata, o seu efeito direto, obrigatório e prevalente, a tendência expansiva de suas competências, ademais de não ser, em princípio, objeto de controle por parte dos Tribunais Constitucionais mas um direito controlado por um Tribunal da própria Comunidade - cuja jurisprudência é uma das mais notáveis fontes de direito -, quando se observa que a grande maioria de suas normas é composta de regulamentos e diretivas, provenientes não do Parlamento Europeu, mas do Conselho e da Comissão, normas que têm aptidão para afastar a aplicação de leis formais votadas

no Parlamento nacional, inclusive leis complementares federais cujo procedimento de formação é reforçado em relação as leis ordinárias e que, portanto, sequer poderiam ser revogadas por estas, além do fato de que todas as leis estaduais ou regionais devem igualmente ceder frente aquele direito, a pergunta em epígrafe faz sentido e a resposta pode não ser muito convincente.

Se partimos da noção de supremacia a que está intimamente ligado o critério de hierarquia, expressando uma relação de subordinação vertical, e vemos que, se o Estado membro não dispõe do poder de resistência jurídica frente as normas editadas pela União mesmo que suas leis tenham sido debatidas e aprovadas no parlamento nacional em obediência estrita à Constituição, nada importando se são *lex specialis* ou editadas posteriormente à norma comunitária, tampouco sendo relevante o grau de ordenação hierárquica da norma no sistema jurídico interno, tenderemos a concluir, paradoxalmente, que a criatura supera o criador. Como resolver esse paradoxo?

Os tratados constitutivos não ofereceram resposta, já que não contêm uma cláusula expressa de primazia como ocorre habitualmente nas constituições federais. Essa falta possibilitava que cada Estado membro, ao assimilar o direito comunitário com o direito internacional, pudesse atribuir-lhe um posicionamento no seu ordenamento interno, com evidentes riscos para a efetividade e a unidade daquele sistema. Em sua sentença Costa, de 15 de julho de 1964, as. 6/64, o Tribunal de Justiça enfrentou o tema, que versava sobre um conflito entre lei italiana de nacionalização da eletricidade posterior ao tratado CEE, sobre o qual o Tribunal Constitucional, inclusive, havia se pronunciado semanas antes (7 de março de 1964) e resolvido a questão dentro do marco da tese internacionalista com aplicação da teoria dualista nas relações entre direito internacional e direito interno, dando preferencia à lei mais recente, ou seja, a lei nacional. Em resumo, a posição do Tribunal de Justiça se expressa na seguinte fórmula: “procedente de uma fonte autônoma, ao direito nascido do tratado, em virtude de sua específica natureza original, não poderia opor-se-lhe por via judicial texto interno algum sem que perdesse seu caráter comunitário e sem que se pusesse em tela de juízo o próprio fundamento jurídico da Comunidade”.

A compreensão sobre a preferencia do direito comunitário vinha dificultada pelo uso atécnico de certos termos empregados pelo Tribunal de Justiça na sentença supracitada e em outras várias, tais como os de que: “o direito comunitário afirma sua “superioridade” baseada na natureza intrínseca dos tratados comunitários e que “não resulta de concessão alguma do direito constitucional”, com o que se criava uma equivocada contraposición entre os ordenamentos, como se fossem verdadeiramente independentes ou estivessem numa relação de subordinação vertical. De outra parte influía, como dito antes, a opção teórica de organização jurídico-política do ordenamento de cada Estado, questão que está ligada aos critérios oferecidos pela teoria do sistema de fontes do direito. Essa preferencia, contudo, deve partir da correta compreensão das peculiaridades do fenômeno da integração, cuja funcionalidade por si mesmo postula, de maneira lógica, a aplicação preferente do direito comunitário em relação ao direito interno.

A abordagem do tema em termos de “supremacia” da União, que ademais de contribuir para justificar reações “anticomunitarias”, é inadequada precisamente porque não é na perspectiva da relação hierárquica que se constrói aquele ordenamento jurídico, mas sim na perspectiva da natureza material das competências transferidas. Seria estranho e impensável que os Estados gerassem um ordenamento que lhes fosse superior e sobre o qual não pudessem ter qualquer tipo de controle. Contraditório, também, que um sistema construído sobre bases e princípios comuns precisamente para vigor em âmbito supranacional e cumprir objetivos de interesse geral pudesse ser obstado por um dos Estados sócios ao argumento de que as suas normas é que têm primazia em função de como organiza o seu direito, especialmente se conhecia a natureza e extensão das transferencias e aderiu voluntaria e controladamente ao pacto de soberanias.

Acentuar o principio da hierarquia conduz à equivocada noção de supremacia de um ordenamento sobre o outro e, conseqüentemente, leva à natural objeção de que todo o direito nacional, inclusive o direito constitucional, possa ficar de um momento a outro a mercê das autoridades da União Européia. Não é assim porque absurdo o direito não

tolera!

O centro de gravidade em torno do qual se estrutura a relação entre os ordenamentos é a categoria jurídica *competência*, da qual só se pode predicar primazia, nunca hierarquia jurídica. O conceito de primazia, a tais efeitos, é simples critério de preferencia na aplicação de normas infraconstitucionais provindas de dois centros de produção distintos e que trafegam numa mesma órbita com tendência a unificação. A origem derivada do direito comunitário, fruto de tratados supervisionados, é uma criação assentida pelos Estados membros e, por isso, a sua aplicabilidade preferente no âmbito interno é uma decorrência lógica da funcionalidade requerida pelo sistema comunitário. O elemento decisivo dessa preferencia reside precisamente num fundamento de filosofia política com que se constrói a União Européia, ou seja, o princípio da atribuição de competências soberanas para o alcance da unidade do ordenamento jurídico europeu.

O caso é que, ao que parece, alguns relutam em aceitar aquilo que o Tribunal Constitucional Alemão afirmou em 12 de outubro de 1993: “Desde o momento em que a República Federal adere a uma comunidade de Estados a que se atribui competências autônomas pertencentes ao poder soberano, com base no permitido pelo art. 23 da Lei Fundamental, a legitimação democrática não pode ser concebida da mesma forma que no marco de um direito estatal regido de maneira uniforme e definitiva por uma Constituição estatal”. É dizer: a primazia do direito comunitário é intrínseca à natureza das competências.

Inteira e imprópria, portanto, é a noção de superioridade do direito comunitário em relação ao direito dos Estados. As distintas funções que cumprem os princípios de hierarquia e de competência modulam o relacionamento entre os ordenamentos. No primeiro caso, a função hierárquica dá origem a uma estrutura verticalizada de normas em que o fundamento de validade da norma inferior está na supremacia da imediatamente anterior. Nesta concepção kelseniana as normas não se comunicam, não interagem; simplesmente se refletem: são válidas ou inválidas. No segundo, a estrutura é horizontalizada, as normas têm virtualidade em seus âmbitos específicos e não se situam numa relação de validade-invalidade, se articulam, se comunicam de conformidade com a matéria a que estão chamadas a regular e, portanto, delas não se predicam conflitos reais mas apenas conflitos aparentes de normas, já que em realidade o conflito vem previamente resolvido pela regra da primazia de umas sobre as outras, e se aplicam sem maiores esforços interpretativos.

Como disse o Tribunal Constitucional espanhol na declaração 2004, de 13 de dezembro de 2004, “*Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones*”.

Quando observamos o Estado federal e os seus estados membros, em países como o Brasil, por exemplo, em que há regras constitucionais claras de distribuição de competência, a ninguém ocorreria sustentar, com algum rigor, que há supremacia de um ordenamento sobre outro. O que há, em verdade, é uma relação pautada no respeito a zonas de competência de cada ente político, cujos limites materiais de ação estão previamente adscritos pela Constituição. A aparente supremacia da União sobre os Estados e até a destes sobre os Municípios – uma dessas ilusões que o direito produz - não reside numa suposta hierarquia mas na natureza das funções materiais, na missão que cada ente deve desempenhar na ordem jurídico-política e que, no plano jurídico, é traduzido na técnica de repartição de competências orientada para a unidade e o equilíbrio federativo.

Um exemplo “gráfico” do que se acaba de expor é o que ocorre na situação contemplada no art. 24, par. 3º e 4º da

CF, cujas normas, autorizando os Estados membros a legislar plenamente na ausência de lei federal sobre normas gerais, no âmbito da legislação concorrente, suspende a eficácia da lei estadual no caso de superveniência de lei federal no que lhe for contrário. Tem-se na hipótese um critério de solução de conflitos baseado na competência legislativa superveniente, não porque haja hierarquia da União federal, mas porque o campo “normas gerais” se insere na competência legislativa típica daquele ente normante e que só pode ser ocupado ante sua inércia legislativa. Uma vez exercida a potestade legislativa pelo ente competente, fica simplesmente afastada a eficácia da norma estadual de caráter geral, não nula, pois que esta houvera sido aprovada e entrara regularmente no sistema jurídico conforme a constituição. Supondo que a União viesse posteriormente a revogar essa lei de caráter geral sem mais, não haveria dúvidas de que a lei estadual, que estava privada de eficácia, não nula, deveria recobrar eficácia *ex nunc* regulando a matéria.

A autonomia dos entes federativos, cuja distribuição de poderes é o ponto nuclear do conceito de Estado Federal, jamais subsistiria, logicamente, se a União Federal pudesse exercer sua potestade legislativa nas áreas de incidência reservadas aos demais entes invocando sua soberania - que é um conceito negativo e relacionado ao âmbito internacional- para operar internamente frente aos entes federados como expressão de seu poder hierárquico frente aos quais, em realidade e para tais efeitos, não tem incidência.

Mutatis mutandis, os tratados de que se cuida e as constituições estaduais cumprem exatamente as mesmas funções ao disciplinar as regras de competências de cada ordenamento, gerando as condições de sua autonomia, não obstante num plano estritamente jurídico-formal aquele seja classificado como instrumento subordinado, integrando o sistema de fontes do direito interno, e, como tal, seja objeto de controle de constitucionalidade em vários países europeus”. Se entendemos o direito comunitário como um direito estrangeiro ou internacional, assumimos uma perspectiva que deforma sua realidade nos conduzindo a premissas falsas, ancoradas na idéia-força de categorias como supremacia daquele e soberania nacional clássica dos Estados; mas se o concebemos como direito nacionalizado por uma decisão soberana, o entendemos melhor, não como algo alheio, mas necessariamente integrado no ordenamento jurídico nacional – ainda que também vigente nos outros estados da Comunidade- e o binômio competência-primazia aparece como o eixo fundamental de articulação entre os ordenamentos.

Sem embargo, essa pré-compreensão não deve ocultar que o só fato de não haver hierarquia do ordenamento comunitário sobre o nacional não impede que, pela via da aplicação preferencial aquele direito possa protagonizar, na prática, uma desvitalização material na Constituição dos estados membros, chegando a implicar em modificações constitucionais por meios diversos dos previstos para reformas. Isso nos remete ao próximo tópico.

VIII) O duplo controle de constitucionalidade do tratado de direito comunitário

Em dois momentos e por duas formas distintas em geral se admite o controle de constitucionalidade do tratado de direito comunitário no âmbito dos Estados. Antes de sua ratificação e após o acordo internacional, pelo processo de controle político-parlamentário, segundo os procedimentos de cada Estado membro. Em Alemanha e Espanha, por exemplo, o controle parlamentar culmina, ou não, com uma lei de autorização para ratificação; em Espanha se exige lei orgânica (art. 93 CE) (complementar no nosso direito), em Alemanha basta uma lei ordinária com a participação do Senado (art.23 LF). Ademais do controle político, e ainda previamente à ratificação do tratado, em Espanha se prevê o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu texto perante o Tribunal Constitucional, tema que abordaremos no próximo apartado só a efeito de levantar o estado da questão.

A) O controle jurisdicional prévio dos tratados comunitários

O controle jurisdicional prévio do tratado no direito espanhol, previsto no art. 95.2 CE e regulado no art. 78 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, por sua natureza “consultiva”, não incide sobre normas más sobre o texto de um projeto de normas, ainda que a decisão seja vinculante para o Estado. Se entende que no controle do tratado se

confia ao Tribunal uma dupla tarefa: a de defesa jurisdicional da Constituição e a de garantir a segurança e estabilidade dos compromissos internacionais que o Estado possa contrair. Se trata, em definitiva, de assegurar a supremacia da Constituição sem prejuízo algum para esses compromissos, procurando evitar que a possível contradição entre uma e outros haja de resolver-se depois de integradas no Ordenamento as normas pactadas; isto é, quando da lógica da supremacia da Constituição possam derivar conseqüências incompatíveis com a lógica do respeito ao internacionalmente acordado.

A celebração de tratado que contenha estipulações contrárias à Constituição exigirá prévia revisão constitucional, inclusive por procedimento agravado, se afeta a matérias de direitos fundamentais e liberdades públicas ou à Coroa (art.95.1 e 168 CE), para o qual se exige a dissolução imediata das Cortes (Câmara dos Deputados e Senado), eleição de novos órgãos representativos, aprovação do projeto por dois terços de cada Câmara e posterior *referendum* vinculante. Em Alemanha, o próprio art. 23 da Lei Fundamental estabelece os limites materiais das transferencias e um núcleo intangível de cessão, enquanto admite uma revisão constitucional simplificada (art.79.1.2.3).

Nessas condições, essas Constituições se orientam para a manutenção da supremacia da ordem constitucional sobre o direito comunitário, em favor do qual se reserva, unicamente, a preferencia de aplicação em caso de conflito com o direito nacional. Essa natureza estritamente limitada do ordenamento da União tem sido sublinhada ao longo do tempo pelos principais tribunais constitucionais, especialmente por ocasião do controle exercido sobre o Tratado de *Maastricht* no ano de 1992.

Entre os muitos fundamentos esgrimidos pelo Tribunal Constitucional Alemão, que influíram decisivamente no direito comunitário, destaca-se o de que a democracia impõe que as decisões da União se imputem a representantes legítimos. Para isso o marco competencial no qual atuam aquelas instituições tem que estar perfeitamente delimitado e tem que haver sido aceitado pelos Parlamentos nacionais. Se a transferencia de competências não é exata seria ilegítima. Reconhecer competências universais a União Européia seria contrario ao principio de habilitação especial. Suas competências devem ser de atribuição. De modo algum se pode entender que a União tenha a competência para regulá-la e decidir amplia-la segundo reclame a evolução de seus objetivos. E concluiu: “se, por exemplo, instituições ou órgãos europeus praticam ou fazem evoluir o Tratado da União de uma maneira que não seja coberta pelo Tratado que serviu de base a Lei de aprovação alemã, os atos que se derivassem deles não seriam obrigatórios em território alemão. As instituições estatais alemãs ficariam impedidas, por razões constitucionais, de aplicar estes atos em Alemanha”.

O Tribunal Constitucional espanhol, de seu turno, na mesma oportunidade e ainda que limitando sua análise à dúvida do Governo sobre a compatibilidade da atribuição de direito de sufrágio passivo aos estrangeiros, introduzida pelo Tratado de *Maastricht*, em relação ao texto da Constituição, deixou assentado, no ponto, que “*el art. 93 CE no puede ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidas en la Norma Fundamental ... pues el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1, aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de las cuales pueden ser cedidas, quoad exercitium, en virtud de lo dispuesto en su art. 93. Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus atribuciones, y no otra cosa ha querido preservar el art. 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93 de la misma Norma Fundamental*”.

Referidas passagens destacam que na ótica desses Tribunais nunca houve dúvidas acerca da condicionalidade jurídica do direito comunitário, cuja obviedade radica na premissa igualmente evidente de que todas as competências de que a União pode dispor são apenas as que os Estados membros venham conferir-lhe de forma voluntária. Portanto, o problema de relacionamento, conforme a proposta metodológica que acentua a competência como

categoria explicativa central, pode ser melhor compreendido se ditos ordenamentos são visualizados não como uma estrutura verticalizada ou algo exterior aos Estados membros, mas como parte integrada no ordenamento nacional em regime de interação, a semelhança do que ocorre entre os ordenamentos dos estados federais; se tivéssemos que ubicar o direito comunitário em algum lugar, talvez ele pudesse estar desenhado como um prolongamento horizontal do ordenamento interno, no qual se insere sob o crivo constitucional.

A chamada “competência da competência”, pertencente às instituições democráticas do Estado, por isso mesmo, em nenhum caso pode ser trasladada a organização supranacional. Se em teoria e no plano estritamente lógico do direito isso não apresenta dificuldades, a verdade é que diversos problemas podem surgir na relação dinâmica desses ordenamentos e suscitar problemas interpretativos quanto ao próprio alcance das competências que o Tratado proclama gerando graves tensões entre as jurisdições.

Com efeito, reza o art. I-6 do Tratado de “Constituição: “A Constituição e o Direito adotado pelas instituições da União Européia no exercício das competências que se lhe atribuem primário sobre o Direito dos Estados membros”. Impugnado referido dispositivo, entre outros, perante o Tribunal Constitucional pelo Governo de Espanha, como suspeito de permitir um “desplazamiento” (traslação, desalojamento) da própria Constituição, o que, se procedesse, de acordo com a Carta Magna exigiria reforma constitucional, declarou o Tribunal Constitucional, entretanto, não haver dita contradição. Vozes autorizadas do Direito Constitucional entenderam que esta cláusula de primazia do Tratado de Constituição, obrigava a deixar de lado não só as leis espanholas, mas também a própria Constituição quando aquelas ou esta estejam em contradição com o direito europeu, incluídos regulamentos, diretivas, decisões e resoluções, com vulneração inequívoca do preceito contido no art. 9.1 e outros da Constituição, que prescreve: “Os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos a Constituição e ao resto do ordenamento jurídico”.

O receio, plenamente justificado pela própria postura do Tribunal de Justiça da Comunidade que, como referimos, ao longo do tempo, no propósito de afirmar a primazia do direito comunitário, variava perigosamente sua jurisprudência, especialmente no campo dos direitos fundamentais chegando a emitir decisões que expressavam o significado de supremacia, provocou seguidas reações de parte dos Tribunais Constitucionais dando ensejo ao que se chamou “diálogo dos tribunais”.

A sentença *Stork c. Alta Autoridade*, de 4 de fevereiro de 1959, é a primeira em que o Tribunal de Justiça aborda essa questão, reiterada em seguida pela sentença *Comptoirs de vente c. Alta Autoridade*, de 15 de julho de 1960 e, ao mesmo tempo, *Getling* (assunto 13/60). Estabeleceu essa jurisprudência inicial a impossibilidade de interpretar-se o direito comunitário conforme as disposições sobre direitos fundamentais dos ordenamentos dos Estados membros, por serem ordenamentos separados, e porque o ordenamento comunitário conta com instrumentos próprios de integração, sem que seja pertinente acudir aos direitos dos Estados membros para complementar suas determinações. Pretendia-se, portanto, impedir os nacionais de terem acesso à sua Constituição para proteção dos seus direitos fundamentais, mesmo ante a notória insuficiência daquele sistema, que em nenhum texto outorgava proteção a essa classe de direitos. A partir da Sentença *Stauder*, de 2 de novembro de 1969 o Tribunal de Justiça reconhece que os direitos fundamentais formavam parte dos princípios gerais de direito comunitário, cujo respeito aquela Corte se comprometia a assegurar, sem contudo identificar quais eram e como seriam protegidos.

Em sua sentença sobre o caso *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de dezembro de 1970, aquele Tribunal voltou a assentar: “a invocação de atentados seja aos direitos fundamentais tal como são formulados pela Constituição de um Estado membro, seja aos princípios de uma estrutura constitucional não pode afetar a validade de um ato da Comunidade ou, a seu efeito, sobre o território deste Estado”. Não obstante, evoluiu ao precisar que “a tarefa de configurar o catálogo de direitos fundamentais corresponde ao Tribunal de Justiça, que utilizará como fonte ‘as tradições constitucionais comuns dos Estados membros”.

As reações iniciais vieram dos Tribunais Constitucionais italiano e Alemão. O primeiro através de sua sentença

Frontini, de 27 de dezembro de 1973, respondeu que o processo de integração europeia não podia supor que os órgãos comunitários tivessem reconhecido um poder inadmissível de violar os princípios fundamentais de seu ordenamento ou os direitos inalienáveis da pessoa humana. Voltava o Tribunal de Justiça a afirmar, no caso *Simmenthal*, em 9 de março de 1978, que “o juiz nacional encarregado de aplicar, no marco de sua competência, as disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito dessas normas, deixando de aplicar, se necessário, em virtude de sua própria autoridade, toda disposição contrária da legislação nacional, inclusive posterior, sem que para isso seja necessário pedir ou esperar sua previa eliminação por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional”.

O Tribunal alemão, na sentença *Solange I*, de 8 de junho de 1984, fizera coro ao Tribunal italiano, ao reservar aos tribunais internos o direito de supervisão sobre as medidas comunitárias que pudessem contrariar a Constituição e, em particular, afetar aos direitos nela consagrados. Sustentara que, em quanto o ordenamento comunitário não contasse com um catálogo de direitos, qualquer juiz podia antepor os consagrados na Constituição à aplicação de uma medida adotada pelos organismos europeus. É certo que, a partir das sentenças *Nold*, de 14 de maio de 1974, e *Hauer*, de 13 de dezembro de 1979, do TJCE, as primeiras a fazerem referência à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, como critério indicativo do nível de proteção de que gozam os direitos fundamentais no âmbito da Comunidade, o Tribunal alemão, em sua sentença *Solange II*, de 22 de outubro de 1986, depois com a sentença *Soviet*, de 12 de maio de 1989, bem como o Tribunal italiano, com suas sentenças *Granital*, de 8 de junho de 1984, e *Fragd*, de 21 de abril de 1989, retificam sua jurisprudência por considerar suficiente, no plano positivo, o nível de proteção reclamado, sem contudo renunciarem, como reiteraram em ocasiões seguintes, ao direito de reserva última de intervenção, em sendo necessário.

A descrição dessa casuística demonstra as vicissitudes de um projeto desenhado fundamentalmente com objetivos econômicos que alguns pensavam possível à margem dos princípios e valores fundamentais, e deixa patente o papel fundamental dos tribunais constitucionais na defesa dos valores constitucionais. Mostra, sobretudo, quão diferentes podem ser as perspectivas do direito racionalizado num plano abstracto e o direito aplicado, concretizado na dinâmica social e, conseqüentemente, o fato incontestável de que os direitos reclamam permanente vigilância e defesa real, sob pena de poderem ser pulverizados com um mero jogo de palavras.

A preocupação básica de um setor especializado da doutrina constitucional em parte refletida na impugnação do Tratado de “Constituição” perante o Tribunal Constitucional espanhol, justificada como visto, não ignora que o dispositivo impugnado (o art. 1-6) fale em primazia e não em supremacia, conceitos muito distintos como temos enfatizado; em verdade parece aludir a capacidade humana de cobrir retoricamente com a linguagem do direito perigosos atentados à Constituição que, de maneira silenciosa e ingênua soem penetrar subrepticamente, quase ao pé de página de documentos transcendentais, tornando possível um ativismo às avessas ou um “nega-ativismo” por meio do qual o direito fica em forma e a sua substancia se esvai, tendo aplicação o adágio: a mão que dá é a mesma mão que tira direitos!

Sem embargo, como disse Hesse, toda Constituição é Constituição no tempo: a realidade social, a que vão referidas suas normas, está submetida a alteração histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição “Por isso, desde a perspectiva da Constituição no tempo, a Constituição só pode cumprir suas tarefas ali onde consiga, sob certas mudadas circunstancias, preservar sua força normativa”. E se é seguro que a realidade social vigente a que o Tratado de “Constituição” se refere é fruto de um processo de institucionalização que parte da transferência consentida de poderes de soberania e reconhece valor vinculante a uma Carta de Direitos Fundamentais até então inexistente, com uma sistematização mais racional das competências, inclusive com a possibilidade da participação e fiscalização dos parlamentos dos Estados membros, parece que o sentido dessa nova fase histórica aponta, não para “a disposição da Constituição” dos Estados membros, mas sim para a reorganização e “constitucionalização” da estrutura da União.

A primazia do direito comunitário sobre o direito dos Estados membros, tal como prescreve o art. I-6 do Tratado, à luz dessa idéia, só é uma mudança no plano do direito positivo e originário, já que é o mecanismo aplicável hoje pelo Tribunal de Justiça da Comunidade e aceitado pelos próprios Tribunais Constitucionais como “condição de existência daquele ordenamento. Em outras palavras, o dispositivo, ao se referir unicamente à primazia, literalmente nada inova do ponto de vista real e não torna possível, do ponto de vista jurídico, predicar “desplazamientos” (traslação) constitucionais fora das matérias consentidas pela própria Constituição.

Para concluir o tema do controle prévio de constitucionalidade dos tratados, deve-se mencionar que o juízo que se leva a cabo nesta tarefa é contextual, em que o Tribunal parte do confronto literal dos textos para uma análise sistêmica e finalística. Conforme a Declaração 2004-001 do Tribunal Constitucional espanhol, a Constituição aceitou, ela mesma, a primazia do direito comunitário. E a aceitou porque os termos do preceito impugnado restringem-na ao exercício das competências que a Constituição atribui às instituições da União, competências que agora estão delimitadas no corpo da própria “Constituição”, diferentemente do sistema vigente em que não ha sistematização alguma, em cujo caso, aí sim, se poderia cogitar de uma primazia generalizada.

Em definitiva, o tratado de “Constituição passou no teste de controle de qualidade constitucional no Estado espanhol observado o principio *res sic stantibus*, pois não são poucas as questões constitucionais abertas que a aplicação dinâmica das normas de ambos ordenamentos pode suscitar, no campo dos direitos fundamentais em especial, mas também em outros âmbitos.

B) O controle do direito comunitário derivado: os limites da primazia

Tanto o Tribunal Constitucional de Espanha como os Tribunais Constitucionais Alemão (as. *Solange I*) e italiano (as. *Frontini*) consideram o Direito comunitário como direito de grau não constitucional, cujo parâmetro de validade são os tratados e que a eventual infração de normas da legislação comunitária por leis ou normas estatais posteriores é um conflito de normas infraconstitucionais de competência da jurisdição ordinária.

Assentou a Corte Constitucional Espanhola em sua sentença 28/991, de 14 de fevereiro de 1991, no recurso de inconstitucionalidade proposto pelo Parlamento Vasco contra preceitos da lei relativa a eleição ao Parlamento Europeu: “*España se halla vinculada al derecho de las Comunidades europeas, originario y derivado, que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. (...) sin que ello signifique que por mor del artículo 93 se haya dotado a las normas del derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales ni quiere, en modo alguno, decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez conculcación del Art. 93 de la Constitución*”.

Ao juiz ordinário, portanto, cumpre solucionar o conflito já que tem obrigação de assegurar o pleno efeito dessas normas, promovendo a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da Comunidade, se necessário, ou deixando inaplicada a lei nacional. Em virtude desse entendimento, se o tribunal recusa a possibilidade de o juiz promover perante ele a questão de inconstitucionalidade quando a lei nacional aplicável ao caso lhe pareça inconstitucional, devendo inaplicá-la sempre em favor do direito comunitário, chega-se à conclusão de que o mecanismo da primazia ampliou o âmbito de competência da jurisdição ordinária, pois até então juiz algum dispunha da prerrogativa de recusar aplicação à lei formal. Isso colocava em cheque o próprio mecanismo da questão de inconstitucionalidade estabelecida no art. 163 da Constituição espanhola, segundo o qual o juiz o tribunal que considere que uma norma com grau de lei possa ser contrária à Constituição deverá elevar a questão ao Tribunal Constitucional, que detém o monopólio de rechaço das leis e normas com força de lei.

Ao situar o conflito no plano da legalidade e reafirmar a primazia do direito comunitário, sem matizes, aquela decisão olvidava que os juízes, como todas as autoridades públicas, estão submetidos à aplicabilidade direta das normas de

direitos fundamentais e à obrigação de prestar-lhes tutela, mesmo que enfrentando uma norma de direito comunitário prioritária, o que resultaria frustrado se estivessem sempre vinculados à preponderância incondicional daquele direito. Precisamente isso é que motivou os Tribunais Constitucionais italiano e alemão, como guardiães supremos dos direitos fundamentais, a manter reservas de verificação, caso a caso, acerca do respeito aos direitos fundamentais na aplicação dos atos das instituições comunitárias, reservas essas que ainda não podem ser consideradas inteiramente levantadas, principalmente na Alemanha, como antes mencionado.

Na sentença 64/1991, de 22 de março, o Tribunal Constitucional espanhol reitera que a titularidade do controle jurisdiccional do direito comunitário pertence à jurisdição ordinária, porém, quanto aos limites da aplicação do princípio da primazia, com relação aos direitos fundamentais, faz uma importante evolução ao afirmar que os tratados internacionais não são “um *canon* autônomo de validade das normas e atos dos poderes públicos desde a perspectiva dos direitos fundamentais” e que a primazia do direito comunitário não leva necessariamente à modificação dos ritos processuais do direito interno para tutelar os direitos fundamentais, sendo as normas comunitárias um elemento mais para verificar a consistência ou inconsistência daquela infração. Ou seja, o Tribunal aceita sua competência sempre que se impugne em recurso de amparo um ato do poder público ditado em execução do direito comunitário.

Referido entendimento viria ser reafirmado em diversas outras sentenças, como as 117/1992, 80/1993, 180/1993, 213/1994 e a 111/1993, particularmente, na qual o tribunal considera que o exercício da questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da Comunidade, presente um direito fundamental, pode constituir violação ao direito fundamental à tutela efetiva (art. 24.2 CE). E na sentença 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, aquela Corte voltou a afirmar que “na medida em que se impugne em amparo um ato do poder público que, havendo sido ditado em execução do direito comunitário europeu, possa lesionar um direito fundamental, o conhecimento de tal pretensão corresponde a esta jurisdição constitucional com independência de se aquele ato é ou não regular desde a estrita perspectiva do ordenamento comunitário europeu e sem prejuízo do valor que este tenha aos efeitos do disposto no art. 10.2 CE”.

Conclusão:

A adoção pelo Tratado de “Constituição” da Carta de Direitos Fundamentais da União com força vinculante contendo um catálogo completo de direitos, com alcance igual ao nível de proteção do referido convênio, podendo inclusive superá-lo na prática (art. II-112.3) em função de uma cláusula de garantia de um *standard* máximo na interpretação dos direitos reconhecidos pelo Direito Internacional e convênios internacionais de que são parte a União ou todos os Estados membros, em particular o Convênio Europeu mencionado, assim como aqueles previstos nas constituições dos próprios Estados membros (art. II-113), seguramente constitui um passo fundamental para maior segurança dos cidadãos europeus, solucionando um dos maiores *déficits* do ordenamento supranacional.

Estas regras projetam uma alta carga de responsabilidade sobre as instituições da União Européia, especialmente ao Tribunal de Justiça da União Européia, sobre o qual passa a recair o ônus de encontrar, entre os sistemas europeus de proteção de direitos, aquele ou aqueles parâmetros que, se ajustando plenamente aos princípios, valores e objetivos da União, se harmonizem com as exigências da plena integração dos povos da Europa nos moldes da declaração solene contida no preâmbulo do Tratado, conformando a idéia de um *standard* máximo de proteção que deve, não só ter como *standard* mínimo os direitos garantidos no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, com o mesmo alcance e sentido fixados pelo Tribunal Europeu, mas também devem ser interpretados de acordo com a tradição constitucional comum aos estados membros (art. II-112.4 do referido Tratado).

Ademais, nos parece que o papel dos juízes ordinários ganha relevância com a entrada em vigor do novo tratado na medida em que, com esse catálogo de direitos vinculantes nas mãos e autorizados a proceder a uma interpretação do direito comunitário conforme à Carta dos Direitos Fundamentais da União, aplicarão cada vez mais, reflexamente, o direito constitucional de seu país em tema de direitos fundamentais, pois, de acordo com o que acima assinalamos,

tendencialmente haverá um nível superior de proteção de direitos no âmbito comunitário. As normas europeias contrárias à Constituição nacional, fora do âmbito dos direitos fundamentais, contudo, continuarão excluídas do controle do juiz nacional já que a decisão sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União permanecem sob o monopólio do Tribunal de Justiça da União Europeia (art. III-369 do Tratado). Nesse campo, parece, se centrarão os maiores desafios.

Caberia perquirir, portanto, qual o novo papel dos Tribunais Constitucionais como garantes da Constituição frente à potenciação do Tribunal de Justiça de Luxemburgo, visto como “juiz de um processo único” ou “motor da integração que pode, em tese, considerar válidas normas comunitárias que vulnerarem competências estatais. Poderiam postular-se novas reservas? Deveriam postular originais formas de controle e cooperação? Poderia cogitar-se da ampliação do princípio da lealdade federal em direção a uma lealdade recíproca entre os Tribunais Constitucionais e o Tribunal de Luxemburgo, em defesa do princípio da competência das competências? Deveriam os Tribunais submeter questão prejudicial àquele Tribunal para prevenir conflitos, como propôs *Dieter Grimm*? Poder-se-ia pensar em um foro de Tribunais Constitucionais competente para o controle do exercício de competências transferidas por parte da União Europeia?

Qual o futuro da jurisdição constitucional, na sua tríplice missão de controle das normas, de arbitro de conflitos jurídico-políticos entre entes e órgãos constitucionais e de defesa dos direitos fundamentais? Se o Tribunal Constitucional é o custodio da Constituição, e tanto se insistia em saber quem custodia o custodio, diante do novo Tratado que traz uma “Constituição”, se não do ponto de vista técnico, pelo menos uma estrutura e um conteúdo materialmente constitucional, quem será o custodio do Tribunal de Justiça? Deveria haver um?

São perguntas que só o tempo poderá responder a partir da experiência concreta da “constitucionalização” total –política, econômica e social- do direito comunitário que pode vir a ser a primeira etapa de um processo de centralização da União em bases dogmático-constitucionais e de introdução de um sistema de valores para construção de um “modelo alternativo a vigente escala de valores de mercado, o consumo, a negação do Direito e a guerra...; construir institucionalmente Europa como projeto de União política para a liberdade”, como propõe Antonio López Pina.

Notas bibliográficas:

1) Conforme Conrad Hesse: “O Direito Constitucional não chegará completamente a dissolver-se até o extremo de ser reconduzível a mero episódio da historia constitucional. Com independência da forma que cobre no futuro a Comunidade Europeia: sua existência pressuporá sempre a dos Estados membros e, com isso, a de suas respectivas constituições. (*Constitución y derecho constitucional, en Manual de Derecho constitucional*, Seg. ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p.14).

2) P. ex: “Que características de Estado teriam que assumir a Comunidade, como unidade indiferenciada, para cumprir satisfatoriamente suas tarefas? Que mais poderia uniformizar sem atentar contra a essência de seus Estados membros? e, O que se teria que preservar nos Estados, em toda sua diversidade, se pretende fundar-se em bases suficientemente profundas para persistir frente as tribulações do futuro, porém com tolerância necessária para evitar os conflictos que se lhe apresentem; do que depende uma figura de este tipo?” (Von Simson, Werner e Schwarze, Jorge, *Integración europea e ley fundamental, en Manual de Derecho constitucional*, Seg. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p.22).

3) Canotilho, J.J. Gomes, *Teoría de la Constitución*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Univ. Carlos III de Madrid, Dickinson, 2003, p.50).

4) A Comunidade Europeia assume cada vez mas tarefas e responsabilidades estatales. Se perfila um processo

progressivo como resultado do qual temos que perguntar-nos quanto do Estado definido e constituído pela Lei Fundamental poderá ser preservado. (Werner Von Simon/Jorge Schwarze, *Integración europea y ley fundamental*, ob. cit., p.18.) Conforme Conrado Hesse, nesse sentido perde a Constituição na medida da renúncia estatal a sua exclusiva soberania uma parte de sua originária entidade. Ao mesmo tempo, a progressiva integração europeia produz deslocamentos no ordenamento constitucional. (*Constitución y derecho constitucional* en la misma obra, p.14). Para Antonio López Pina e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, o princípio de subsidiariedade como critério reitor das atribuições de competência imporia preservação dos seguintes espaços aos Estados membros: a) para o desenvolvimento mediante Direito nacional das Diretivas e execução dos Regulamentos sem prejuízo da garantia comunitária; b) para a execução administrativa indireta do Direito comunitário, sem prejuízo da progressiva europeização do Direito administrativo; c) para garantia do Direito de modo que se integre em cada caso o Direito comunitário com o dos Estados, sem prejuízo do cumprimento de suas funções como poder judicial integrado. (*Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2002).

5) Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Regensburg (Alemania), en ReDCE, nº 1, Enero-Junio de 2004, 97-114.

6) *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 104.

7) Ob. cit. p. 52.

8) A analogia com a noção de organismo pode ser apropriada se se observa a tendência expansiva das competências da Comunidade e, nisso, talvez, reside boa parte das preocupações dos juristas, já que se trata de “um processo em direção a um objetivo que vai ganhando em precisão a cada passo; cada aumento de competências comunitárias vem forçar outros. Se um passo coloca dúvidas sobre a constitucionalidade e, não obstante, a Comunidade o considera indispensável, o Estado afetado, salvo que a resolução comunitária não exija unanimidade, só pode optar entre retirar suas reservas ou abandonar a Comunidade”. (Cfr. Simson, Werner e Schwarze, Jorge, *Integración europea y ley fundamental*, op.cit. pp.23-24).

9) Espanha, no art. 96.1 de sua Constituição prevê que a entrada em vigor dos tratados validamente celebrados ocorre uma vez publicados oficialmente, e a denuncia exige o mesmo procedimento previsto para aprovação (art. 96.2 CE); é dizer tem o mesmo “rango” da lei ordinária e não depende de ato legislativo para sua internalização. Alemanha, no art. 25 da LF, declara que as normas de Direito Internacional formam parte do Direito Federal, têm primazia sobre as leis e geram imediatamente direitos e obrigações para os residentes no território federal, ou seja, no plano aplicativo coloca essas normas em posição intermédia, entre a Constituição e as leis ordinárias.

10) “O Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas exercerão suas competências nas condições e para os fins previstos, por uma parte, nas disposições dos Tratados constitutivos das Comunidades Europeias e dos Tratados e atos subseqüentes que os hajam modificado ou completado e, por outra parte, nas demais disposições do presente Tratado”. *Artigo 5* (antigo artigo E).

11) “Quando uma ação da Comunidade resulte necessária para lograr, no funcionamento do mercado comum, um dos objetivos da Comunidade, sem que o presente Tratado haja previsto os poderes de ação necessários a respeito, o Conselho, por unanimidade, a proposta da Comissão com prévia consulta ao Parlamento Europeu, adotará as disposições pertinentes”. *Artigo 308* (antigo artigo 235).

12) Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004, p. 260.

13) Cfr. A comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, denominada “Princípio de Subsidiariedade”, publicada em Bruxelas em 27.10.1992 e as conclusões do Conselho Europeu celebrado em

Edimburgo nos dias 11 e 12 de dezembro de 1992. Neste documento se esclarece: “as instituições europeias só devem intervir quando se aprecie de maneira evidente a ‘plusvalia comunitária desta ação centralizada; ter a vista permanentemente esta vocação, supõe usar uma regra de *minimis*, para atuar somente quando seja imprescindível. Se trata, *a la postre*, de atuar menos para atuar melhor”.

14) Cfr. aponta Muñoz Machado, a determinação de se uma ação é necessária deve fazer-se usando um teste que permita achar a eficácia comparativa’ entre a ação da Comunidade e a dos Estados membros, ao qual pode servir a escala da ação, o custo da inatividade, a necessidade de manter uma coerência razoável, os limites eventuais da ação a nível nacional, a necessidade de evitar que a competência seja falseada no interior do Mercado Comum etc. Além disso, a aplicação dessas regras sobre o exercício das competências determinam a revisão de alguns instrumentos de atuação disponíveis, alguns de caráter não normativos, inclusive. (Muñoz Machado, Santiago, ob. cit., p. 264).

15) Idem, ob. cit. p.266.

16) Tratado por que se institui uma Constituição para Europa, firmado em 29 de outubro de 2004, publicado em 16 de dezembro de 2004, pp.214-216.

17) De acordo com o regime ainda vigente, os Estados membros estão autorizados a legislar enquanto a Comunidade não exerça sua competência. No entanto, tal legislação está vinculada às estipulações gerais dos tratados assim como pelos princípios gerais do direito comunitário. A União dispõe do poder de legislar a qualquer tempo sobre matérias de competência compartilhada, afastando as leis estatais sem mais. A “Constituição inverte essa regra na medida em que impõe à União o ônus de cumprir o procedimento referido. De qualquer maneira, parece lógico que a legislação dos Estados membros deverá ser conforme os tratados.

18) Sentença no as. 30/59, caso *Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, de 23.2.1961.

19) Deve-se observar que as atribuições do Conselho Europeu, que é composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados membros, assim como de seu Presidente e o Presidente da Comissão, são as de impulsos necessários ao desenvolvimento da União e a definição de orientações, prioridades e políticas gerais, estando-lhe vedado exercer funções legislativas (art. 1-21); por outro lado, a função co-legislativa referida ao Conselho no texto, pertence ao Conselho de Ministros, que é composto de um representante de cada Estado membro, de posição ministerial, autorizado a comprometer o Governo do Estado membro a que represente e para exercer o direito a voto, decidindo por maioria qualificada (Art. 1-23). A maioria qualificada obtém-se com um mínimo de 55% dos membros que inclua ao menos quinze dele e represente a Estados membros que reúnam o mínimo de 65% da população da União.

20) Isaac, Guy, *Manual de derecho comunitario general*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, p. 196.

21) “O Tribunal de Justiça será competente para pronunciar-se, com caráter prejudicial: a) sobre a interpretação do presente Tratado; b) sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições da Comunidade e do BCE; c) sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um ato do Conselho, quando ditos estatutos assim o prevejam.

Quando se apresente uma questão desta natureza ante um órgão jurisdicional de um dos Estados membros, dito órgão poderá pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a mesma, se estima necessária uma resolução a respeito para poder emitir sua decisão. quando se apresente una questão deste tipo em um assunto pendente ante um órgão jurisdicional nacional, cujas decisões não sejam suscetíveis de ulterior recurso judicial de Direito interno, dito órgão estará obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça” Artigo 234 (antiguo artículo 177):. *Ademais* dessa especial, o Tribunal de Justiça tem outras amplas competências no controle de legalidade na aplicação do Direito comunitário, nos termos previstos nos Arts. 230-233 do Tratado.

- 22) Wolfgang Heyde, *La jurisdicción*, en *Manual de Derecho Constitucional*, ob.cit. p.786.
- 23) Helmut Simon, *La jurisdicción constitucional*, en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 841.
- 24) Cfr. Sentencia *Marleasing* de 13 de novembro de 1990-TJCE. Contudo, a interpretação sempre tem que manter-se dentro dos limites que marcam os princípios gerais de Direito Comunitário (Sent. *Pretore di Salo* de 11.06.1987). Algumas sentenças têm admitido, inclusive, a eficácia interpretativa do *sof law* comunitário que são integrados pelos atos e comunicações que não têm efeitos jurídicos vinculantes (Sent. *Grimaldi*, de 15.12.1989).
- 25) A justificação entre derrogação e inconstitucionalidade sobrevinda radica, pois, em fundamento político. Conforme Solozabal Echavarría, “*en el supuesto de la derogación el derecho posterior no se impone por su superioridad cualitativa, derivada de su origen en un órgano más alto, sino por su condición, normalmente, de voluntad última del mismo órgano. La inconstitucionalidad de la ley, en cambio, se determina por la superioridad de rango del órgano del que procede la Norma Fundamental cuya voluntad la ley conculca*” (Solozabal Echavarría, JJ., *Inconstitucionalidad sobrevinida*, en *Temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 69).
- 26) Isaac, Guy, *Manual de derecho comunitario general*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, p. 211.
- 27) É o caso da Áustria, cuja Constituição, em seu art. 140.6, é expressa neste sentido. No Brasil, o efeito está igualmente previsto, no caso de concessão de medida cautelar em ADIN (art.11, par. 2º, da Lei nº 9.868/99).
- 28) Se calcula que, atualmente, cerca de 80% da legislação vigente na Europa é de origem direta ou indiretamente comunitária. (Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*, en *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2005, p. 21).
- 29) Cfr. Sentencia *Costa/Enel*, de 15.06.64-TJCE.
- 30) Isaac, Guy, ob. cit. pp.209-210.
- 31) “A força de lei, que alude à consequência operativa que ela produz no sistema jurídico, sendo distinta conforme os tipos de normas, só pode ser testada em cada âmbito material concreto a que lhe corresponde regular de acordo com o que lhe adscribe a Constituição. Isto é, por exemplo, o que sucede no direito espanhol onde se adota o princípio de competência junto com o princípio de hierarquia e só há relação hierárquica entre normas que estão dentro da mesma linha; não há hierarquia, por outro lado, entre normas competencialmente relacionadas, inclusive ainda que em abstrato seu grau seja distinto. Só onde há identidade de matéria há hierarquia.
- 32) No julgamento dos recursos de inconstitucionalidade interpostos contra a lei 28 de dezembro de 1992, de ratificação do Tratado da União Européia, e contra a lei de 21 de dezembro de 1992, que modificava a Lei Fundamental de Bonn.
- 33) Declaração do Tribunal Constitucional espanhol (DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004), formulado pelo Governo do Estado acerca da existência ou inexistência de contradição entre a Constituição espanhola e os artigos I-6, II-111 e II-112 do Tratado por que se estabelece uma Constituição para Europa.
- 34) Superando o dualismo que caracterizava a separação das entidades federativas em campos exclusivos, atualmente se acolhe formas de composição mais complexas que procuram compatibilizar a autonomia de cada ente com a reserva de campos específicos que designam áreas exclusivas ou simplesmente privativas com possibilidade de delegação, áreas comuns em que se prevêm atuações paralelas e setores concorrentes em que a competência para estabelecer políticas gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados a competência suplementar. É o sistema que se reconhece na República Federal de Alemanha (Constituição, arts. 70 a 75) e agora

no Brasil. (Cfr. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., Malheiros, 1998, p. 479).

35) Por isso não parece adequado falar-se em nulidade da lei estadual por incompetência normativa do Estado-membro frente a União.

36) Conforme Díez Picazo, *“el principio de competencia es, junto al principio de jerarquía-fuentes, uno de los principios rectores del sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento español. En cuanto tal, se trata de uno de los modos posibles de organizar un ordenamiento complejo, o sea, un ordenamiento en el que coexisten diversos tipos normativos, cada uno de los cuales es expresión de una diferente potestad normativa, atribuida usualmente a un órgano distinto y con un propio nomen iuris (ley orgánica, reglamento parlamentario, etc.). En sustancia, la competencia normativa consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia”*. (Díez-Picazo, L. M^ª, *Competencia. Fuentes*, en *Temas básicos de derecho constitucional, Tomo I, Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 242).

37) DTC 2004-001.

38) Tanto em Alemanha como em França e Espanha o controle de constitucionalidade sobre o tratado de *Maastricht*, no ano de 1992, gerou intensos debates, cujas decisões exigiram a alteração de dispositivos em suas Constituições, particularmente para permitir, conforme previa o tratado, a atribuição do direito de sufrágio passivo aos estrangeiros nas eleições municipais. Alemanha e França, como mencionamos, introduziram modificações mais profundas que a adotada por Espanha em sua Constituição, a fim de permitir maior flexibilidade de adaptação constitucional por força de celebração destes tipos de tratado no futuro.

39) Cfr. Munhoz Machado, Santiago, ob. cit. pp. 294-295.

40) DTC 1/1992.

41) *“Ese poder sobre la propia Constitución es el efecto real de la cláusula de supremacía. Al aceptarla, estamos transfiriendo a las instituciones europeas la potestad de reformar nuestra Constitución, siempre que, en el ejercicio de sus competencias propias, estimen necesario hacerlo. El hecho de que las reformas así producidas sean tácitas, no expresadas, no cambia su naturaleza, ni permite ignorar que lo que se transfiere no es el ejercicio de algunas competencias concretas de órganos del Estado, sino el del poder soberano del pueblo español para establecer su propia Constitución. La incompatibilidad manifiesta entre el Tratado propuesto por la Convención y la Constitución española hace imposible por eso ratificar aquél sin reformar antes ésta, que es lo que en ella se prevé para casos como éste. Si la ratificación se hace sin esa reforma, los jueces españoles seguirán encontrándose ante un dilema sin solución cuando se encuentren en la necesidad de aplicar normas europeas contrarias a nuestra Constitución, y nuestro Tribunal Constitucional podrá seguir desentendiéndose, como hasta ahora, de la obligación que nuestros jueces tienen de aplicar el derecho europeo cuando las circunstancias del caso lo exijan. Sobre todo, y eso es con mucho lo peor, para hacer posible una ‘Constitución’ europea, habremos reducido definitivamente la nuestra a puro papel mojado; a un guiñapo que se puede agitar siempre que conviene, pero que no hay que tomar demasiado en serio”* (Rubio Llorente, F., Presidente del Consejo del Estado e ex Magistrado del Tribunal Constitucional español, *apud* Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel en Voto particular que formula a la Declaración emitida por el Tribunal Constitucional el 13 de diciembre de 2004 bajo el número 6603-2004).

42) Munhoz Machado, Santiago, ob. cit. p. 272.

43) *Idem*, p. 274 e sgtes.

44) *“El mecanismo técnico de la prevalencia del Derecho comunitario es exactamente el de la supremacía del Derecho Federal de la Constitución americana, y su formulación procede de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.* (García

de Enterría, E., *El proyecto de Constitución europea*, en RDP, num. 45, septiembre-diciembre 1995, p.27.

- 45) “Sobre la base de esas garantías debe destacarse además que la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado art. 1-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución (art. 1-11.1 del Tratado), en cuya virtud “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución [europea] para lograr los objetivos que ésta determina” (art. 1-11.2). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo 1-60 del Tratado” (DTC 2004-001).
- 46) STC 64/1991. As normas de derecho internacional tradicionalmente são consideradas, na maioria das Constituciones dos países democráticos como direito infraconstitucional, vg. Austria, 1929, Art. 9º; Alemanha, 1949, Art. 25; Itália, 1947, Art. 10 e Brasil, 1988 Art. 84, VIII, CF.
- 47) Gregorio Peces-Barba Martínez, ob.cit. p. 658.
- 48) *Europa, un proyecto irrenunciable: la constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Dickinson, Madrid, 2004, pp. 282 e 296.

¹⁰O autor é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, Mestre em Direito pela UNESP e Doutorando pela Universidade Complutense de Madrid.