

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O ativismo judicial da Corte
Europeia de Justiça para além
da integração europeia**

**The judicial activism of the
European Court of Justice and
European integration**

Giovana Maria Frisso

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

O ativismo judicial da Corte Europeia de Justiça para além da integração europeia*

The judicial activism of the European Court of Justice and European integration

Giovana Maria Frisso**

RESUMO

A possibilidade concreta de uma constituição europeia provocou rico debate acerca das condições necessárias a uma democracia constitucional supranacional. Este artigo retoma esse debate para analisar a possibilidade de a Corte Europeia de Justiça, como instituição jurisdicional da União Europeia, ter contribuído para o processo de formação política europeia, supranacional. Para contextualizar o tema, será brevemente apresentado o processo histórico de elaboração do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa. Em seguida, o debate acerca das condições necessárias a uma constituição europeia será introduzido a partir da contraposição entre os argumentos desenvolvidos por Grimm e Habermas. A partir da perspectiva de democracia deliberativa, considerar-se-á o papel que o poder judiciário pode desempenhar no estabelecimento de procedimentos e condições comunicativas capazes de legitimar um determinado sistema político. Será, então, discutida a possibilidade de a CEJ atuar como instituição capaz de produzir, criar, construir condições para a participação política do cidadão europeu.

Palavras-chave: União Europeia. Constituição. Constitucionalismo. Corte Europeia de Justiça.

ABSTRACT

The very possibility of a European constitution provoked a rich debate about the need of a supranational constitutional democracy conditions. This article revisits this debate to examine the possible contribution of the European Court of Justice, as a jurisdictional institution of the European Union, to the process of European supranational political development. To contextualize this topic, the historical drafting process of the Treaty establishing a Constitution for Europe will be briefly presented. Then the discussion of the necessary conditions for a European constitution will be introduced through the analysis of the arguments developed by Grimm and Habermas. From a deliberative democracy perspective, the role that the judiciary can play in establishing procedures and communicative conditions able to legitimize a certain political system will be considered. Having this background in mind, the possible contribution of the European Court of Justice to the production and creation of political conditions for European citizens political participation will be examined.

* Recebido em 30/10/2014
Aprovado em 14/01/2015

** Professora-adjunta no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense. Doutora em direito pela Universidade de Brasília e pela Universidade de Nottingham; Mestre em Direito pela Universidade de Uppsala; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: giovanna_frisso@hotmail.com

Keywords: European Union. Constitution. Constitutionalism. European Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

Remetendo-nos a diversos contos sobre a origem, a fundação da Europa, Bauman identifica uma mensagem comum:

a Europa não é algo que se descubra, mas uma missão — algo a ser produzido, criado e construído. E é preciso muita engenhosidade, sentido de propósito e trabalho duro para realizar essa missão.¹

Este artigo se volta para o papel da Corte Europeia de Justiça (CEJ) nesse processo de produção, criação e construção da Europa.

Apresentado como uma forma de reestruturar e simplificar os tratados que definiam, de forma dispersa, as competências e objetivos da União Europeia (UE), o Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa foi rejeitado, via referendo popular, na França e na Holanda. O interesse no tema, todavia, persiste. Isso porque a possibilidade concreta de uma constituição europeia provocou um rico debate acerca das condições necessárias a uma democracia constitucional supranacional. Nesse contexto, pretende-se analisar a possibilidade de a CEJ, como instituição jurisdicional da UE, contribuir para o processo de formação política europeia, supranacional.²

Para contextualizar o tema, será brevemente apresentado o processo histórico de elaboração do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa. Em seguida, o debate acerca das condições necessárias a uma constituição europeia será introduzido a partir da contraposição entre os argumentos desenvolvidos por Grimm e Habermas. A partir da perspectiva de democracia deliberativa, considerar-se-á o papel que o poder judiciário pode desempenhar no estabelecimento de procedimentos e condições comunicativas capazes de legitimar um determinado sistema político. Será, então, discutida a possibilidade de a CEJ atuar como instituição capaz de produzir, criar, construir condições para a participação política do cidadão europeu.

2. O PROJETO DE CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA

O debate sobre o futuro da Europa teve início em 12 de maio de 2000, no famoso discurso proferido pelo Ministro das Relações Exteriores da Alemanha, Joschka Fischer, na Universidade de Humboldt, em Berlim. Seu discurso recebeu grande atenção e, na Conferência Europeia realizada em dezembro daquele ano, em Nice, a necessidade de um debate mais amplo e profundo sobre o futuro da Europa foi reconhecida.³ O tema foi formalmente pautado em março de 2007.⁴

1 Bauman, Zigmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 8.

2 Como a CEJ é o órgão judicial diretamente relacionado à UE, se artigo se voltará para a análise de seu papel. Acredito, todavia, que como os países membros da UE são membros do Conselho da Europa e, portanto, também estão sob a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a CEDH também possa ter contribuído para o processo de integração europeia. De se ressaltar, todavia, que a competência *rationae personae* das duas cortes é diferente, bem como a competência *rationae materiae*, sendo que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não possui efeito vinculante.

3 THE EUROPEAN CONVENTION. Declaração 23 do Ato Final do Tratado de Nice. Alguns autores consideram o Tratado de Maastricht como o precursor de uma constituição para a Europa. Dentre as disposições mais importantes do Tratado, estão aquelas que estabelecem cidadania única europeia, a que concede maior poder ao Parlamento Europeu, atribuindo-lhe poder de veto, e a que determina valores e metas comuns para o desenvolvimento dos países membros, com o objetivo de possibilitar uma futura união econômica.

4 THE EUROPEAN CONVENTION. Declaração iniciando o debate sobre o desenvolvimento futuro da União Europeia. 7 mar. 2001. Disponível em: <http://www.europa.eu.int/futurum/documents/speech/sp070301_3_en.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

O Parlamento Europeu, em sua resolução sobre o Tratado de Nice e o futuro da UE, recomendou.

a criação de uma Convenção (que começará os trabalhos no início de 2002), com um mandato e uma configuração similar àqueles da Convenção que elaborou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, formada por membros dos parlamentos nacionais, do Parlamento Europeu, da Comissão e dos governos, cuja finalidade será submeter à Conferência Intergovernamental (CIG) um projeto constitucional surgido a partir de um amplo debate público com o objetivo de servir de base para o trabalho da CIG.

O debate alcançou uma nova fase com a Declaração de Laeken. Na Declaração de Laeken, os termos constituição e constitucional foram utilizados pela primeira vez pelo Conselho da Europa. Sob o título *Towards a Constitution for European Citizens*, a Declaração indaga:

The question ultimately arises as to whether this simplification and reorganization might not lead in the long run to the adoption of a constitutional text in the Union. What might the basic features of such a constitution be? The values which the Union cherishes, the fundamental rights and obligations of its citizens, the relationship between Member States in the Union?

Em outubro de 2002, a Convenção⁵ apresentou projeto preliminar de tratado constitucional,⁶ base para o projeto apresentado para o Conselho Europeu como resultado final de seu trabalho em julho de 2003.⁷ Este projeto foi submetido à análise da Conferência Intergovernamental, que o aprovou em 29 de outubro de 2004, em Roma. Nesta oportunidade, a vigência do tratado foi condicionada à sua aprovação em cada Estado membro, por meio de referendo popular ou via parlamento por cada uma dos países integrantes da União Europeia. A data prevista para que a Constituição entrasse em vigor era 1º de novembro de 2006, data em que todos os países deveriam tê-la ratificado. Ocorreu, no entanto, que a Constituição foi rejeitada por meio de referendo popular na França, no dia 28 de maio, e na Holanda, no dia 1º de junho de 2005, interrompendo o processo constituinte em curso.

3. AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS A UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EUROPEIA

A discussão acerca dos limites e das possibilidades da UE, apesar de acirrada com o desenvolvimento de uma perspectiva constitucional, remonta ao Tratado de Maastricht. Em sua famosa e controversa decisão sobre o Tratado de Maastricht, a Corte Constitucional Alemã considerou que o Tratado estabelece uma federação de Estados com o propósito de realizar uma maior união dos povos da Europa (organizados enquanto Estados) e não um estado baseado no povo de uma nação europeia (Artigo A do Tratado). Essencial para a discussão que se desenvolverá é o seguinte trecho do julgamento:

5 Como Dippel alerta, “Convenção’ é um termo ambíguo, um termo polissêmico, e não apenas para os juristas. Quando utilizado no sentido de assembleia, pode significar qualquer tipo de reunião. Ao mesmo tempo, convenção é um instrumento específico no âmbito do direito constitucional [...]” Para o autor, “os [...] possíveis precedentes jurídicos (da Convenção Europeia) foram substituídos por uma decisão política motivada pela tentativa de usurpar uma instituição do direito constitucional e modificá-la a ponto de torná-la irreconhecível. Essa deformação afetou todos os três aspectos de uma convenção: organização, mandato e apresentação dos resultados”. In: DIPPEL, H. *As convenções no direito comparado*. Texto disponibilizado para a condução do curso ministrado pelo professor na Universidade de Brasília (1/2006).

6 THE EUROPEAN CONVENTION. CON 369/02. Disponível em: <<http://european-convention.europa.eu/docs/session/00369.en2.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

7 THE EUROPEAN CONVENTION. CONV 850/03. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/cv00850.en03.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014. O termo “tratado constitucional” foi sugerido pelo presidente Giscard d’Estaing para denominar o documento final a ser apresentado pela Convenção. Em seus termos, “in order to avoid any disagreement over semantics, let us agree now to call it: a constitutional treaty for Europe”. ESTAINING, Giscard. *Introductory speech by president v. Giscard d’Estaing to the convention on the future of Europe*. 26 feb. 2002. Disponível em: <<http://european-convention.eu.int/docs/speeches/1.PDF>>. Acesso em: 30 nov. 2014. O texto final foi, todavia, denominado “Draft Treaty establishing a Constitution for Europe”. Apesar de em seus dispositivos, o documento se auto-denominar Constituição, ele mantém a natureza de tratado.

Each of the peoples of the individual States is the starting point for a state power relating to that people. The States need sufficiently important spheres of activity of their own in which people of each can develop and articulate itself in a process of political will-information which it legitimates and controls, in order thus to give legal expression to what binds the people together (to a greater or lesser degree of homogeneity) spiritually, socially and politically.⁸

Apresentando sua opinião sobre democracia, a Corte a declarou:

Democracy, if it is not to remain a merely formal principle of accountability, is dependent on the existence of certain pre-legal conditions, such as a continuous free debate between opposing social forces, interests, and ideas [...] out of which comes a public opinion which forms the beginning of political intentions.⁹

Pelo menos em um futuro próximo, de acordo com a Corte Constitucional Alemão, essas condições não estariam presentes no contexto da UE. Por isso, esferas significantes de atividade devem estar sob a competência dos Estados, de forma que o povo de cada Estado possa desenvolver e articular um processo de vontade política que legitima e controla. A base democrática para a legitimação do Estado exige certa homogeneidade, espiritual, social e política, do povo que o compõe. Entendendo que o Tratado de Maastricht não se apresentava como uma Constituição, capaz de ameaçar a cidadania alemã, a Alemanha o ratificou.

Retomando a distinção entre tratado e Constituição,¹⁰ Grimm identifica duas perspectivas sobre uma constituição europeia. De um lado, a doutrina de direito internacional e a CEJ afirmam que os tratados sobre os quais se apoia a existência da União Europeia formam a sua constituição e que, portanto, ela já existiria; de outro, afirma-se que os tratados são insuficientes para gerar legitimidade democrática, o que impõe a criação de uma constituição para a Europa. Apesar das divergências teóricas, ambas as perspectivas concordam com o fato de que a UE, embora não se configure como um Estado, necessita de uma constituição.¹¹

Para Grimm, a constituição é um ordenamento jurídico fundamental, que contém disposições sobre instituições e exercício do poder estatal. Sua principal função consiste em estabelecer o princípio de legitimação do poder político e as condições fundamentais para o seu exercício. Embora seja a constituição propriamente um conjunto de normas, ela não se exaure na validade jurídica; na realidade, ela constitui importante fator de integração social, pois estabelece o consenso fundamental e obriga à resolução pacífica dos conflitos, contribuindo inclusive para a aceitação de resultados diversos dos esperados pelos sujeitos envolvidos. Por isso, a constituição pode ser considerada como o instrumento que direciona o processo político, que garante estabilidade na mudança e que libera a política da necessidade de discutir sempre seus fins e procedimentos de integração.¹²

A principal característica de uma constituição é, de acordo com Grimm, o fato de ela basear-se necessariamente em um ato do povo, que confere a si próprio a capacidade de agir politicamente. A ideia de um povo que se autogoverna é inerente ao conceito de constituição. Ao direito comunitário falta tal fonte de legitimação, pois esse direito refere-se aos Estados-membros e não ao povo europeu, dependendo, portanto, de cada um dos Estados para que entre vigor. A dificuldade em se conceber uma constituição para a Europa

8 FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY. *Brunner v. The European Union Treaty*, [1994] 1 Common Market Law Reports, 57. para. 44.

9 FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY. *Brunner v. The European Union Treaty*, [1994] 1 Common Market Law Reports, 57. para 41.

10 De acordo com ele, a visão tradicional segundo a qual a Constituição seria o fundamento jurídico do Estado, e o tratado, o fundamento jurídico das Comunidades Internacionais, tem sido questionada a partir do debate sobre uma Constituição para a Europa. GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 340.

11 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 340.

12 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 348.

reside exatamente no aspecto de que o poder público europeu não deriva de um povo, mas da mediação dos Estados.¹³

Essa mediação não se dá na UE. Coesão social, ele argumenta, depende de estruturas, como mídia, partidos, associações, movimentos civis, que são essenciais a um discurso social. A presença de estruturas mediadoras, que relacionariam a opinião pública ao processo decisório parlamentar, é essencial para se amenizar a visão técnico-econômica que, segundo o autor, predomina na política europeia. É um pré-requisito para uma sociedade democrática. Mesmo diante de um fortalecimento do Parlamento, a representação popular europeia continuaria prejudicada, ante a ausência de um povo europeu.¹⁴

Grimm argumenta que a Europa não tem o *demos* que seria necessário para a real democratização da União Europeia. Partindo cuidadosamente da visão de um povo preexistente que a Corte Constitucional Alemã utilizou em seu julgamento, o autor entende ser necessária uma identidade coletiva para se pensar a democracia constitucional europeia. Essa identidade, todavia,

não necessita radicar-se em uma etnia, pode, antes, apoiar-se sobre outro fundamento; é necessário somente que a sociedade tenha formado um sentimento de pertença suficientemente idôneo para sustentar a decisão da maioria e as prestações de solidariedade.¹⁵

O autor não rejeita a possibilidade de criação de uma identidade europeia, mas a projeta em um futuro distante, pois esta criação requer a manipulação de substratos culturais que não se fazem presentes nas circunstâncias atuais. Para ele, a EU, naquele momento, não possuía estruturas mediadoras como mídia, verdadeiros partidos políticos e associações de interesse nos termos em que estas se encontram estabelecidas nos Estados. Havia um déficit democrático no processo de decisão dos órgãos da comunidade, pois a transferência da esfera de competência dos Estados-membros para as instituições europeias não teria sido seguida do estabelecimento de procedimentos democráticos. Um Parlamento Europeu com poucas competências era indicativo importante de que faltava à UE legitimidade democrática.

A tradição pós-nacionalista,¹⁶ que tem como ponto de referência os estudos de Habermas e seu conceito de democracia deliberativa, não contesta este diagnóstico, mas as conclusões dele derivadas. Habermas, em resposta a Grimm, rejeita a visão de que a democracia e, conseqüentemente, a legitimidade da política sejam inteiramente dependentes da existência de uma identidade coletiva, que se faz presente apenas em contextos nacionais. A formação de identidade além do estado nação é, para Habermas, além de necessária, um pré-requisito para a obtenção de um alto nível de legitimidade para o processo de integração europeu. Nesse processo, as instituições europeias podem exercer um importante papel na criação de um contexto comunicacional que supere as opiniões públicas de caráter meramente nacional.

13 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 349.

14 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 363.

15 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 364.

16 No debate que se estabeleceu acerca de um projeto de Constituição para a Europa, podem ser destacados quatro posicionamentos: os euro-federalistas, os eurocéticos, os partidários de um mercado europeu e os partidários de uma posição cosmopolita (*global governance*). A corrente dos euro-federalistas, na qual Habermas se enquadra, defende que os tratados da UE sejam transformados em uma Constituição a fim de que uma união política mais densa em âmbito europeu possa conter os impulsos do mercado e da globalização, que já não são mais satisfatoriamente controlados dentro das fronteiras nacionais. Os eurocéticos posicionam-se contra uma Constituição europeia, por entenderem não ser possível a existência de uma política de âmbito europeu, tendo em vista que essa dependeria de uma comunidade com grande coesão étnica, cultural e histórica. Os partidários de um mercado europeu posicionam-se a favor da moeda única e se dão por satisfeitos com a união econômica e monetária, dispensando, assim, o aumento do poder político da UE. Para eles, uma Constituição europeia seria necessária somente na medida em que protegeria uma economia de livre-mercado, uma vez que as transações econômicas livres, protegidas por meio de regras da livre competição, constituiriam a verdadeira fonte de legitimação constitucional. Por fim, há os que defendem um Estado confederado da Europa, que seria o início para a construção de uma “futura política interna mundial”, fundada em contratos internacionais.

Para Habermas, identidades coletivas não são um elemento histórico-cultural a priori que oferece o substrato para a formação da vontade democrática, mas

the flowing contents of a circulatory process that is generated through the legal institutionalization of citizen's communications. This is precisely how national identities were formed in modern Europe.¹⁷

Habermas acredita que as instituições europeias podem, portanto, induzir formação uma identidade supranacional.

Não deixa de ser interessante observar já em 2002, ano em que se travou esta discussão, a existência de um elo supranacional fraco na UE. De acordo com o Eurobarometer,¹⁸ a maioria dos cidadãos de fato se sentiam europeus naquele período.¹⁹ Há elementos de um passado e de uma cultura comuns, além da contínua experiência de desenvolvimento comum. Nesse sentido, analisando a frase “*an ever closer union among the peoples of Europe*” no preâmbulo do Tratado de Roma, Brand explica que

[...] that unity is the telos of integration. However, this sentence also shows that, when the Treaty of Rome was signed, there already was a union, a community of peoples that aspires to grow closer through integration. This community was not initiated by the Rome Treaty. Rather, the Treaty builds on and repeats this normative closure, which at the same time is transformed and created by the Treaty.²⁰

Pautado na frase “reinforcing the European identity”, o autor continua:

Important is that the word reinforcing is used, indicating the repetition of a normative closure. In a minimal sense, a European identity, a European people is seen both as the starting point and as the terminus of the European integration process. The European identity is the presupposition of the process of integration, which builds on, gives more concrete content to and reinforces that identity. This shared identity, this single European demos, by no means precludes the existence of a plurality of diverse European peoples on which it is based: there is unity in diversity.²¹

Segundo Habermas, a divergência entre ele e Grimm diz respeito às exigências funcionais para a formação democrática da vontade, mais especificamente, à necessária relação entre o povo e os processos democráticos de formação da vontade. Habermas critica a ideia de que uma constituição europeia só poderia ser concebida quando da existência de um povo europeu. Para ele,

o que une uma nação constituída de cidadãos — diferentemente da nação constituída por um mesmo povo — não é um substrato preexistente, mas sim um contexto intersubjetivamente partilhado de entendimentos possíveis.²²

O referido argumento baseia-se no fato de que as sociedades atuais são pluralistas, do ponto de vista cultural, e que não é possível obter-se uma integração social por meio de uma concepção que privilegie substratos pré-políticos dados em detrimento de âmbitos da formação política da vontade. De tal modo, Habermas defende ser possível uma Europa democrática e uma constituição supranacional desde que seja criado um contexto comunicacional que supere as opiniões públicas de caráter meramente nacional.

17 HABERMAS, J. Remarks on Dieter Grimm's does Europe need a constitution? *European Journal of International Law*, v. 3, n. 1, p. 303-307, 1995.

18 EUROPEAN COMMISSION. *Eurobarometer: public opinion in the European Union*. (2002b), report n. 57, Bruxelas 2002b. p. 59-62.

19 BAUMAN afirma ter sido esse elo identificado por Habermas e Derrida em relação ao dia 4 de julho de 2003, quando: « milhões de europeus saíram às ruas de Roma, Madri, Paris, Berlim, Londres e outras capitais europeias para manifestar sua condenação unânime à invasão do Iraque, prestes a ser lançada - e mostrar, indiretamente, a sua memória histórica comum dos sofrimentos do passado, assim como a sua repugnância, também comum, à violência e às atrocidades cometidas em nome de rivalidades nacionais.» Bauman, Zigmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 141.

20 BRAND, Michiel. Affirming and refining european constitutionalism: towards the establishment of the first constitution for the European Union. *EUI Working Paper, Law*, n. 2004/2, p. 11.

21 BRAND, Michiel. Affirming and refining european constitutionalism: towards the establishment of the first constitution for the European Union. *EUI Working Paper, Law*, n. 2004/2, p. 11.

22 HABERMAS, J. Será que a Europa necessita de uma constituição? In: HABERMAS, J. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 181.

Grimm afirma que o fortalecimento dos órgãos comunitários não constitui uma solução para o *deficit* de democracia presente na estrutura da União, pois a ausência de controle democrático dos cidadãos poderá gerar a autonomização de órgãos burocráticos, aumentando ainda mais tal déficit. Habermas, por sua vez, entende que, apesar do risco real de os órgãos comunitários se autonomizarem, não há alternativa viável para se imprimir mais legitimidade democrática à estrutura política da UE, se não o fortalecimento e democratização de seus órgãos. A manutenção da UE como uma entidade de direito internacional público não é capaz de congelar o atual *deficit* democrático, tal *deficit* tem aumentado constantemente independentemente de qualquer inovação constitucional.²³

4. O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM UM MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA

Habermas define o princípio da democracia como aquele que nos permite compreender como válidas apenas aquelas normas-ações com as quais todas as pessoas possivelmente afetadas possam concordar como participantes de um discurso racional, pautado em razões pragmáticas, ético-políticas e morais.²⁴ Esses discursos, para serem racionais, não devem excluir ninguém, não devem ser limitados por pressões externas ou dominados por participantes que detenham o poder social e devem ser abertos a todos os questionamentos. A democracia não se define mais como aquele regime em que está vigente e expressa a soberania popular, mas como constitucionalismo, como um quadro normativo de referência para as deliberações coletivas. A legitimidade da lei reside na chance de igual participação de todos em sua formação.

Há, todavia, pré-requisitos para a formação desta autonomia pública, isto é, o direito de participar na formulação de decisões que obriguem à sociedade como um todo. A autonomia pública é exercida pela linguagem do direito que, por sua vez, requer que os indivíduos (sujeitos de direitos) tenham decidido se associar. Essa associação não pode ser pensada sem se pressupor que os cidadãos tenham garantido uns aos outros certa esfera de liberdade pessoal, autonomia privada:

One must not forget what when citizens occupy the role of co-legislators they are no longer free to choose the medium in which alone they can realize their autonomy. They participate in legislation only as legal subjects, it is no longer in their power to decide which language they will make use of ... the legal code as such must be available. But in order to establish this legal code it is necessary to create the status of legal persons who as bears of individual rights belong to a voluntary association of citizens and when necessary effectively claim their rights. There is no law without the private autonomy of legal persons in general.²⁵

De acordo com Habermas, várias categorias de direitos individuais que definem o *status* de sujeito de direitos podem ser identificadas em abstrato. Esses princípios abstratos atribuem a cada um iguais direitos individuais e, portanto, constituem um código legal. Esses direitos individuais que protegem a autonomia privada de cada indivíduo devem ser complementados por direitos políticos básicos de participação na legislação.

For as legal subjects, they (the citizens) achieve autonomy only by both understanding themselves as, and acting as, authors of the rights they submit to as addressees.²⁶

Para garantir o autogoverno, a administração (poder executivo) deve estar ligada ao poder comunicativo que gera a lei. Esse requisito implica exigente conceito de democracia, que tem em seu centro o conceito

23 HABERMAS, J. Será que a Europa necessita de uma constituição? In: HABERMAS, J. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 179.

24 HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 107 - 110.

25 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 206.

26 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 126.

normativo de esfera pública. Nessa esfera pública uma presumível vontade coletiva está constantemente sendo formada. Observa-se que, para Habermas, o processo de formação da vontade coletiva não deve ser limitado ao parlamento.

Rather, the communication circulating in the various arenas of the political public sphere, of political parties and organizations and o parliamentary bodies and Government leaders are intermeshed with, and reciprocally influence one another.²⁷

Habermas entende que a autocompreensão ético-política do cidadão de uma coletividade democrática decorre de um fluxo em um processo circular que só se põe em movimento por meio da institucionalização jurídica de uma comunicação entre cidadãos. Em um sistema que confere importância central ao direito, as cortes possuem um papel essencial em sua legitimação. Até porque, em contexto em que se assiste à colonização da esfera pública (mundo da vida) pelas mais variadas normas, a discussão legislativa pautada em princípios e o debate político ponderado tornam-se exíguos. Uma maior relevância é atribuída, então, ao judiciário, que esclarece os valores base de um determinado sistema político, ao desenvolver, interpretar e adaptar códigos de direitos humanos como parte de uma herança comum daquele sistema. Além disso, as cortes simbolizam a comunidade política em um aspecto importante, sua encarnação como uma comunidade legal.

As cortes contribuem para a legitimidade política do sistema ao agirem como guardiãs dos direitos individuais dos cidadãos e liberdades, isto é, de sua autonomia privada. Resguardar os direitos individuais é a tarefa clássica atribuída ao judiciário. É ao proteger e promover os direitos humanos, as liberdades civis e a privacidade dos cidadãos, que as cortes podem contribuir de forma mais clara para a legitimidade de certo sistema político.

O judiciário também contribui para a realização da autonomia pública ou autogoverno. Em primeiro momento, ao se analisar a atuação do judiciário a partir da perspectiva do autogoverno, observa-se que, sobretudo, as cortes constitucionais podem restringir, mais do que incentivar, o princípio do autogoverno. Sempre que cortes com prerrogativa constitucional verificam a constitucionalidade da legislação existente, elas o fazem com a função de defender o princípio constitucional de que o legislador (o povo soberano) não é livre para agir como pretende. Todavia, essa restrição ao autogoverno pode ser compreendida como uma forma de salvaguardar a própria democracia constitucional.

O dilema das cortes constitucionais é o dilema do constitucionalismo em si: uma constituição tanto constitui como limita o poder. Um sistema político constitucional é por definição um sistema limitado. A constituição restringe ou modera o sistema democrático, esta restrição, moderação reside no fato de que certas regras — institucionais e processuais, como os direitos fundamentais — são retiradas da disposição do legislador. De qualquer forma, Habermas entende que o controle abstrato de constitucionalidade deve ser entendido como um poder delegado pelo parlamento: a corte só pode:

reopen the package of reasons that legitimated legislative decision so that it might mobilize them for a coherent ruling the individual case in agreement with existing principles of law; it may not, however, use these reason in an implicitly legislative manner that directly elaborates and develops the system of rights.²⁸

A razão para isso é que a jurisdição constitucional não pode se pautar em valores substantivos — qualquer juízo substancial deve ser acordado na ampla esfera de discursos sociais e deve ser implementado pelo legislador, não pelo juiz. Uma função essencial para a jurisdição constitucional, todavia, permanece:

Only the procedural conditions for the democratic genesis of legal statutes secure the legitimacy of enacted law. If one starts with this democratic background understanding, one can also make sense of the powers of

27 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 185.

28 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p.262.

the constitutional court in a way that accords with the purpose of the separation of powers: the constitutional court should keep watch over just that system of rights that makes citizens' private and public autonomy equally possible. Hence the constitutional court must examine the contents of disputed norms primarily in connection with the communicative presuppositions and procedural conditions of the legislative process.²⁹

Em um sistema de revisão judicial, as cortes constitucionais não só protegem os direitos de seus cidadãos e, portanto, sua autonomia privada, como também mantêm as condições necessárias para a realização de sua autonomia pública. Dada essa dupla responsabilidade, as cortes têm particular importância na legitimidade de sistemas políticos.

O judiciário serve também como um catalisador das demandas populares que, pela corte, entram no sistema político. Ele representa um daqueles canais a partir dos quais a comunicação social adentra o sistema político. A relevância do sistema jurídico enquanto canal de comunicação entre as demandas da esfera pública e o sistema político depende das alternativas oferecidas pelo próprio sistema.

A partir de Dworkin, Habermas percebe a função do discurso legal como consistindo

in discovering valid principles and policies in the light of which a given, concrete legal order can be justified in its essential elements such that the individual decisions fit into it as parts of a coherent whole.³⁰

Regras processuais e a qualidade dos argumentos determinam a racionalidade discursiva da jurisprudência da corte e sua habilidade para efetivamente assegurar as fundações da democracia e servir como um canal de comunicação entre a esfera pública e o sistema político.

Assim, a influência das cortes no processo de legitimação do sistema político depende da qualidade da argumentação das cortes, das regras processuais aplicadas por ela. Além disso, é necessário considerar se o público toma conhecimento das decisões da corte e, se a corte é capaz de influenciar o debate público.

As decisões judiciais devem ser justificadas em acordo com as normas existentes e com os princípios orientadores da ordem constitucional e legal como um todo. A corte deve convencer a opinião pública de que suas decisões não são arbitrárias, mas racionalmente derivadas do direito. O processo deve, sempre que possível, ser aberto ao público. Os argumentos postos pelas partes devem ser públicos. Assim, a corte não apenas caracteriza seu procedimento nos moldes da racionalidade discursiva, como também reconhece a falibilidade de suas decisões e permite contínuo debate sobre a questão, provendo bases para a revisão do julgamento. A corte deve ser capaz de exercer influência no debate público. Da mesma forma, ela deve ser vista como um meio pelo qual as demandas dos membros da sociedade podem ser introduzidas no processo político e deve ser vista como meio de proteção e efetivo garantidor dos direitos individuais. O sistema legal deve ser suficientemente uniforme para garantir a produção de certeza legal. Além disso, o acesso à corte deve ser o mais amplo possível.³¹

5. A CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA

Bruno de Witte lembra que

the terms European Constitution and European constitutional law are often used, especially by the European legal community, to describe the current EU system. Many present and former member of the European Court of Justice (ECJ) have used this expression in their scholarly writing.³²

29 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 264.

30 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 212.

31 Este artigo não analisará esse aspecto. É sabido, todavia, que o acesso à CEJ é extremamente tortuoso, enquanto a CEDH, após a adoção do Protocolo 11, é mais acessível.

32 DE WITTE, B. The Nice Declaration: time for a constitutional treaty of the European Union? *The International Spectator*, v. 36, 2001.

A CEJ é considerada, por muitos, como uma das grandes propulsoras da constitucionalização da EU.³³ As doutrinas de efeito direto³⁴ e de supremacia³⁵, que geralmente têm sido aceitas pelas cortes nacionais, são consideradas as grandes contribuições da CEJ.

Crucial é, ainda, a forma como a CEJ tem descrito o sistema comunitário. No caso *Van Gend en Loos*, a Corte se manifestou nos seguintes termos:

The community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals.³⁶

A referência explícita ao direito internacional foi posteriormente afastada no caso *Costa v. ENEL*, no qual a CEJ entendeu que

By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.³⁷

A partir de 1986, no caso *Les Verts*, a CEJ passou a entender que:

That the European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional farther, the Treaty³⁸

Ao considerarmos que a tarefa clássica do judiciário é resguardar os direitos individuais, o papel da CEJ nessa área também aponta para a constitucionalização da UE. É com o Tratado de Maastricht que a UE introduz a temática de direitos humanos em seu contexto. Até 1997 não há qualquer menção aos princípios que propugnam a democracia. É o Tratado de Amsterdã que estabelece, em seu artigo 6, que a União se pauta nos princípios da liberdade, democracia, respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais e Estado de Direito, princípios comuns a todos os membros. No mesmo artigo, lê-se que a União respeitará os direitos fundamentais garantidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros como princípios gerais do direito comunitário.

Todavia, antes mesmo desta expressa menção aos direitos humanos, a CEJ compreendia que o processo de integração europeia e a ampliação da ação comunitária com incidência direta na esfera jurídica dos cidadãos dos Estados membros demandavam uma garantia jurídica de proteção dos direitos fundamentais frente à criação e aplicação das normas comunitárias.³⁹ Nesse contexto, a CEJ — a partir das sentenças no caso *Stauder* de 12 de novembro de 1969, *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de dezembro de 1970 e *Nold*

33 Dentre eles Stein considera que “[t]ucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe.” STEIN, E. *Lawyers, judges and the making of a transnational constitution. American Journal of International Law*, v. 75, 1981. p. 1.

34 Esta doutrina, que foi enunciada pela primeira vez em 1993 no Caso 26/62, *Van Gend en Loos* pode ser definida como “the obligation of a court or another authority to apply the relevant provision of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review”, PRECHAL, S. *Directives in European Community Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 276.

35 Supremacia significa que a normativa comunitária não pode ser revogada pela legislação doméstica. Este princípio foi elaborado no Caso 6/64 *Costa v. ENEL* em 1964. Jackson observa que tornar normas internacionais diretamente aplicáveis e com *status* legal superior às demais normas domésticas significa que “the treaty norm has been constitutionalized, or given a sort of constitutional status almost equivalent to the nation’s own constitution”. JACKSON, J. H. *Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. American Journal of International Law*, v. 86, 1992., p. 330.

36 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 26/62, Van Gend en Loos*, 1963, ECR, 1. p. 12.

37 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 6/64, Costa v ENEL*, 1964, ECR, 585. p. 593.

38 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 294/83, Les Verts*, 1986, ECR, 1339. para. 23.

39 O mandato da Corte Europeia de Justiça é estabelecido no artigo 220 EC, atribuindo-lhe a função de assegurar que na interpretação e na aplicação deste tratado o direito seja observado. Direitos humanos constituem um dos muitos elementos desse complexo sistema comunitário, fundado a partir de interesses econômicos. TOMUSCHAT, C. *Human rights: between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 215.

de 14 de maio de 1974, tem desenvolvido uma importante jurisprudência em relação ao reconhecimento dos direitos fundamentais e de sua tutela efetiva no direito comunitário.

Se, em um primeiro momento, é possível questionar o papel integrador da CEJ tendo em mente seu ativismo judicial, é necessário considerar que as

Comunidades Europeas eran 'europeas' en la medida en la que estaban formadas por Estados de derecho que respetaban los derechos fundamentales del individuo.⁴⁰

Dentre as múltiplas afirmações a esse respeito, interessa-nos a do informe Birkelbach do Parlamento Europeu de 1961:

Les États don't les gouvernements n'ont pas de légitimation démocratique et don't les peuples ne participent aux décisions du gouvernement ni directment ni par des représentants élus librement, ne peuvent prétendre être admis dans le cercle des peuples qui forment les Communautés européennes.⁴¹

Dessa forma, não há como se afastar a compreensão de que a UE pauta-se um projeto baseado na democracia e no respeito aos direitos humanos. Assim, apesar de as primeiras decisões da CEJ não se pautarem em dispositivos expressos nos tratados constitutivos da UE, elas foram desenvolvidas à luz dos princípios gerais de direito, Stauder de 12 de novembro de 1969. Para tanto, a CEJ pautou-se na tradição constitucional de seus Estados-membros, como no caso *Internationale Handelgesellschaft* de 17 de dezembro de 1970. Posteriormente, os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelos Estados-membros foram utilizados para dar conteúdo material aos princípios gerais de direito, como no caso *Nold* de 14 de maio de 1974.

Atualmente, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais constitui um dos elementos em que se pauta a UE. A violação grave e persistente por um Estado-membro de direitos humanos e das liberdades fundamentais ou dos princípios de liberdade, democracia e Estado de Direito pode dar lugar a procedimentos que conduzam à suspensão de determinados direitos derivados da aplicação do Tratado da União Europeia, incluindo os direitos de voto do representante de dito Estado no Conselho, como previsto no artigo 7. Atualmente, é extremamente relevante mencionar a exigência de que, para integrar a UE, o Estado seja membro do Conselho da Europa.

Como se depreende da larga e abundante jurisprudência da CEJ, os direitos fundamentais formam parte do ordenamento jurídico comunitário e a Corte tem competência para assegurar seu respeito.⁴² A CEJ reconheceu de forma explícita uma série de direitos fundamentais como parte integrante do ordenamento jurídico comunitário: direito à intimidade, liberdade de expressão, pensamento, consciência e religião, liberdade de reunião e associação, acesso ao judiciário, princípio da igualdade, direito de propriedade, liberdade de imprensa, legalidade penal.

Todavia, a ausência de um documento expresso de direitos humanos ainda ameaça, para muitos autores, a segurança jurídica do sistema. Para amenizar esse risco, a CEJ tem, desde a década de 90, estabelecido o alcance e o âmbito de aplicação dos direitos protegidos a partir da referência à Convenção Europeia de Direitos Humanos, e, conseqüentemente, à jurisprudência da CEDH. Dessa forma, não só se permite uma maior previsibilidade nas decisões da CEJ, mas também se abre espaço para um diálogo interinstitucional capaz de fortalecer a democracia europeia.

40 MENÉNDEZ, A. J. Fundamentado Europa: el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004, p.111.

41 MENÉNDEZ, A. J. Fundamentado Europa: el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004, p.111. O conceito europeu é confirmado pela rejeição da candidatura da Espanha franquista em 1962.

42 "Basicamente, el TCJE somete al control del cumplimiento de los derechos fundamentales dos tipos de medidas estatales aquellas en las que los Estados miembros actúan como una rama del ejecutivo comunitario y aquellas que entran dentro del ámbito propio del Derecho comunitario". LLORÉNS, M. El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: balance y perspectivas. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 135.

6. CONCLUSÃO

Observando os aspectos estruturais é possível compreender que a CEJ tem uma independência comparável às instituições nacionais de jurisdição. Os juízes são indicados a partir do comum acordo dos governos dos estados membros por um período de 6 anos. Independentemente da avaliação da independência da CEDH em termos absolutos ou em comparação com as cortes nacionais, ela tem alcançado um considerável grau de legitimidade quando comparada com as demais instituições europeias.

Se se considera que a probabilidade de haver uma formação democrática da opinião e da vontade no âmbito europeu é tanto maior quanto maiores forem as chances de se estabelecerem procedimentos e condições da comunicação, a jurisprudência da CEJ parece ter atuado nesse sentido ao estabelecer um sistema de direitos, capazes de garantir a um só tempo a autonomia privada e pública dos cidadãos. Nesse sentido, pode-se afirmar que a CEJ contribuiu ativamente para o desenvolvimento de uma cultura de respeito a princípios constitucionais compartilhados Estados membros da UE.

No entanto, cumpre observar que a consolidação desses direitos, por meio de uma Constituição supranacional, não é suficiente para que haja a formação democrática da opinião e da vontade para além do Estado-nacional. Há inúmeras outras exigências funcionais para a política deliberativa, tais como a existência de uma sociedade civil e de uma esfera pública de âmbito europeu, além de uma cultura política comum. Nesse sentido, se mantém o espaço para a construção gradual da Europa por meio da atuação do judiciário.

REFERÊNCIAS

- Bauman, Zigmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- BRAND, Michiel. Affirming and refining european constitutionalism: towards the establishment of the first constitution for the European Union. *EUI Working Paper, Law*, n. 2004/2, p. 11.
- CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 26/62, Van Gend en Loos*, 1963, ECR, 1.
- CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 6/64, Costa v ENEL*, 1964, ECR, 585.
- CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 294/83, Les Verts*, 1986, ECR, 1339.
- DE WITTE, B. The Nice Declaration: time for a constitutional treaty of the European Union? *The International Spectator*, v. 36, 2001.
- DIPPEL, H. *As convenções no direito comparado*. Texto disponibilizado para a condução do curso ministrado pelo professor na Universidade de Brasília (1/2006).
- ESTAING, Giscard. *Introductory speech by president v. Giscard d'Estaing to the convention on the future of Europe*. 26 feb. 2002. Disponível em: <<http://european-convention.eu.int/docs/speeches/1.PDF>>. Acesso em: 30 nov. 2014.
- EUROPEAN COMMISSION. *Eurobarometer: public opinion in the European Union*. (2002b), report n. 57, Bruxelas 2002b.
- FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY. *Brunner v. The European Union Treaty*, [1994] 1 Common Market Law Reports, 57.
- GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997.

HABERMAS, J. Remarks on Dieter Grimm's does Europe need a constitution? *European Journal of International Law*, v. 3, n. 1, 1995.

HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, J. Será que a Europa necessita de uma constituição? In: HABERMAS, J. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JACKSON, J. H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*, v. 86, 1992.

LLORÉNS, M. El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: balance y perspectivas. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004.

MENÉNDEZ, A. J. Fundamentado Europa: el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004.

PRECHAL, S. *Directives in European Community Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

STEIN, E. Lawyers, judges and the making of a transnational constitution. *American Journal of International Law*, v. 75, 1981.

THE EUROPEAN CONVENTION. *Declaração iniciando o debate sobre o desenvolvimento futuro da União Europeia*. 7 mar. 2001. Disponível em: <http://www.europa.eu.int/futurum/documents/speech/sp070301_3_en.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

THE EUROPEAN CONVENTION. *CON 369/02*. Disponível em: <<http://european-convention.europa.eu/docs/sessplen/00369.en2.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

THE EUROPEAN CONVENTION. *CONV 850/03*. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/cv00850.en03.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

TOMUSCHAT, C. *Human rights: between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.