

**(RE)VISITANDO O PRIMADO DAS NORMAS DE DIREITO EUROPEU: A
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRIMAZIA E SEUS PRIMEIROS
DESDOBRAMENTOS JURISPRUDENCIAIS**

***(RE)MINDING THE PRIMATE OF THE RULES OF EUROPEAN LAW:
THE HISTORICAL EVOLUTION OF THE PRIMACY AND ITS FIRST
JURISPRUDENTIAL CONSECUTIONS***

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

Doutora e Mestre em Direito. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Viçosa, mestrado em Instituciones y Políticas de la UE pela Universidad Camilo José Cela, mestrado e doutorado em Derecho Público pela Universidad de Alcalá de Henares. Catedrática Jean Monnet de Direito Comunitário. Professora visitante da Universidade de la Republica do Uruguai, Universidad de Castilla-la Mancha, Universidad de Alcalá de Henares, Universidad Anahuac e Universidad de Buenos Aires. Professora adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais e da Fundação Universidade de Itaúna e ex-professora da Universidade Federal de Viçosa. Diretora da Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario (UFMG) e membro da Cátedra Jean Monnet de Direito Comunitário UAH. Assessora jurídica da Secretaria do Mercosul (2008-2009). Coordenadora do GT-14 FOMERCO. Membro da Red de Universidades Latinoamericanas. jmatadiz@yahoo.com.br

CAIO DE CASTRO E CARNEIRO

Advogado. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). caiocec-leiteadv@outlook.com

RESUMO

Os processos integrativos que fomentaram o surgimento da atual União Europeia assentaram no espaço europeu uma ordem jurídica autônoma. Além da autonomia consolidada em face das jurisdições nacionais, entende-se, desde os idos de 1960, que os preceitos do direito comunitário primam sobre a ordem jurídica dos Estados-membros, inclusive sob a ótica constitucional. Nesta senda, o presente artigo discute as numerosas indagações ensejadas pelo princípio da primazia, bem como as discussões suscitadas ante os tribunais nacionais e do próprio Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da pertinência e da extensão do referido princípio.

PALAVRAS-CHAVE: Integração; Supranacionalidade; Primazia; Soberania; Identidade constitucional.

ABSTRACT

The integration processes which fomented the emergence of the European Union have established an autonomous legal order in the European area. In addition to its consolidated independence of national jurisdictions, it has been understood since the 1960s that the precepts of Community Law override the legal order of the Member States, even under a constitutional angle. In this context, this article reviews the unnumbered questions raised by the principle of primacy, as well as the national and the Union European Court's statements about that tenet's suitability and scope.

KEYWORDS: Integration; Supranationalism; Primacy; Sovereignty; Constitutional identity.

INTRODUÇÃO

A integração regional, entendida como a formação de processos de associação interestatais com a finalidade de conformar um sistema comum mediante a convergência de interesses e valores, sempre foi objeto de atenção por parte da sociedade e dos acadêmicos das mais diversas áreas. Como tema específico vinculado ao Direito Internacional, foi pouco a pouco ganhando expressão no âmbito universitário até conformar-se enquanto disciplina autônoma, já que apresenta objeto, princípios, métodos e fontes próprias, além de fundamentar-se sobre pressupostos independentes daqueles aplicados pelo Direito internacional, conforme será analisado.

A criação de uma comunidade de países que compartilhem interesses e valores demanda uma análise específica, voltada para o entendimento de questões não necessariamente tratadas pelo Direito internacional clássico, especialmente quando essa comunidade adota um sistema normativo, jurídico e institucional peculiar, em que o processo de tomada de decisões realiza-se por um esquema completamente diferenciado dos modelos tradicionais existentes, baseados nos moldes do sistema estatal; e ainda, onde os elementos clássicos da formação do Estado experimentam modificações substanciais, especialmente no que tange ao compartilhamento ou transferência do exercício de poderes e de competências estatais.

É neste sentido que se pretende apresentar ao leitor as questões relativas à aplicação da chamada supranacionalidade normativa, em que onde imperam os princípios da aplicabilidade imediata, efeito direto e primazia. No presente artigo, será analisado com maior atenção a evolução do conceito, alcance e conteúdo da primazia a partir de discussões emanadas do Tribunal Constitucional alemão e de sentenças proferidas pelo Tribunal de Justiça da então Comunidade Europeia, com destaque para a famosa sentença Costa/Enel.

A justificativa para o presente trabalho pode ser referendada não somente pela crescente e complexa dimensão da integração regional, merecedora, sem dúvida, de uma análise própria em relação à aplicação dos referidos princípios, mas também por uma questão vinculada à interrelação entre o direito interno e o direito europeu, uma vez

que a primazia, conforme será estudado, determina a observância da norma europeia sobre qualquer outra, inclusive as de natureza constitucional.

No momento atual, quando se fala de uma crise da integração à raiz dos problemas gregos, quando alguns anunciam o fim da União Europeia (UE), quando se fala numa refundação dos valores da União... torna-se importante debruçar-se ainda com maior afinco à compreensão de como a primazia representou um giro essencial para a consolidação de um direito próprio e autônomo.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos principais aspectos estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de direito da integração e de direito comunitário, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico próprio. Os métodos histórico e indutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema escolhido, já que permitem estabelecer os parâmetros necessários para verificar o impacto da primazia sobre a construção do sistema europeu, dado que a análise histórica-evolutiva nos permite compreender o alcance do princípio *sub examine*, e a indução parte de um exame de casos analisados pelo Tribunal de Justiça alemão (Solange I e Solange II) e do Tribunal de Justiça da UE (Costa/Enel) numa tentativa de estabelecer como se deu a evolução e a aplicação do princípio da primazia e sua observância pelos Estados membros.

2 BREVE ESCORÇO DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E O ESTABELECIMENTO DO DIREITO COMUNITÁRIO

Terminada a Segunda Guerra Mundial, os Estados europeus debruçam-se, fundamentalmente, sobre duas ordens de problemas, a saber: (a) a reconstrução do continente, assolado pelos terríveis conflitos bélicos; (b) a busca e o estabelecimento dos marcos necessários para obtenção de um estado de paz duradoura, a fim de que nunca mais se repetissem os horrores outrora verificados (GARCIA; GARCIA, 2013). Nessa ordem de raciocínio, constata-se que somente uma reorganização política e econômica,

norteada por um princípio integracionista, possibilitaria a concretização do ideal de paz perpétua. Nesta senda, observa Jean Monnet:

[...] que a paz duradoura não poderia haver, se após a guerra os Estados europeus fossem restabelecidos com base da soberania nacional, em sua típica política de rivalidades e protecionismos econômicos. (MONNET *apud* GARCIA; GARCIA, 2013, p. 48)

Diante da preocupação externada em face do rearmamento alemão, elaborou-se, em 1950, o denominado Plano Schuman, formulado por Monnet. Em linhas gerais, o plano esboçava o entendimento de que a produção de carvão e aço deveria ser subordinada ao controle de uma entidade supranacional, tendo em mira a garantia do uso de tais insumos para fins pacíficos. À luz dessa premissa surgiu, em 1951, com o Tratado de Paris, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), definida por Soder (1995) como instituidora de um modelo de colaboração que influiria decisivamente no processo integrativo subsequente.

Ao Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço seguiram-se o Tratado da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e o Tratado da Comunidade Europeia de Energia Atômica, ambos celebrados em 1957 (MAGNOLI, 1995). Assim, três comunidades se estruturaram no continente europeu, as quais instituíram um Conselho e uma Comissão únicos, a congregar todas elas.

Por meio do Tratado de Bruxelas, firmado em 1965, formou-se aparato orgânico composto por quatro instituições seminais à fase ulterior de integração: o Parlamento, a Corte de Justiça, o Conselho e a Comissão únicos, que compunham o então nascente Mercado Comum Europeu.

Todavia, o grande passo para a formação da vindoura União Europeia foi dado com a assinatura, em 1986, do Ato Único europeu. Tratava-se de acordo internacional sinalado entre os doze Estados-membros da Comunidade Europeia, visando ao aprofundamento da integração econômica e lançando as bases para a póstera integração política, que culminou no advento do Tratado de Maastricht (1992) e na consolidação definitiva da União Europeia.

Em síntese, o Tratado de Maastricht estabelece três pilares instituidores do processo integrativo em curso: (a) o plano comunitário, atinente às três comunidades já instituídas (CECA, CEE e CEEA); (b) o plano da política externa e da segurança comuns (PESC) e (c) o âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal (AMARAL JUNIOR, 2012).

É na esfera do primeiro pilar supramencionado que se estrutura o Direito Comunitário Europeu. O Tratado de Maastricht institui uma organização supranacional dotada de personalidade jurídica de direito interno e internacional, competente para entrar em juízo, adquirir bens móveis e imóveis, firmar tratados e exercer o direito de legação (ACCIOLLY; CASELLA; SILVA, 2012).

Desta feita, o Direito Comunitário inaugura novas formas de produção e aplicação normativas, corporificando uma inflexão em face do Direito Internacional clássico. Por conseguinte, os princípios do primeiro não de ser forçosamente distintos, dadas as significativas diferenças verificadas entre ambos, como explicam Diz e Júnior:

Uma análise reducionista e tradicional dos métodos interpretativos aplicados tradicionalmente pelo Direito, enquanto ciência, não pode explicar como os Estados tendem a associar-se, formando uma institucionalidade distinta daquelas adotadas pelo direito internacional, através de suas organizações. Basicamente, a aplicação tradicional não permite, por exemplo, estabelecer em que medida e porque decidem os Estados transferir competências e poderes para uma organização supranacional. (DIZ; JÚNIOR, 2015, p. 144).

Surge, portanto, um ordenamento jurídico autônomo, que se integra aos ordenamentos jurídicos internos segundo determinados princípios e cuja força cogente é garantida por um Poder Judiciário próprio, representado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Expostos os contornos iniciais dos processos integracionistas que, progressivamente, culminaram no estabelecimento de uma ordem política, econômica e jurídica supranacional, devem-se minudenciar as balizas normativas que a norteiam.

3 PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA DO DIREITO DA INTEGRAÇÃO REGIONAL A PARTIR DA DISTRIBUIÇÃO E DO EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS

Os princípios do Direito da integração nascem do Direito internacional, mas posteriormente adquirem natureza própria, como é o caso da gradualidade, da flexibilidade e do equilíbrio, todos eles calcados, em maior ou menor medida, no princípio do tratamento diferenciado. A interpretação e aplicação dos referidos princípios se dá em concordância com o objetivo especificado por cada processo de integração, considerando-se as assimetrias existentes no âmbito interno destes processos. Além disso, conforme ressalta Arbuet-Vignali (2004, p. 338)

Ao surgir um processo de integração mais profundo, que requer um novo sistema jurídico para ordenar-se, volta-se a atualizar a necessidade de princípios, mais do que como uma resposta doutrinária, como uma exigência da prática e para permitir desenvolver, ordenar e encaminhar corretamente a vontade política dos Estados no sentido de integrar-se, obrigando-se profundamente sem confundir-se num novo Estado que os abarque, nem perder sua independência... Os processos de integração profunda seriam muito difíceis de concretizar sem sólidos princípios que lhes assistissem.¹

No caso específico do processo de integração europeu, os princípios de regência foram, pouco a pouco, sendo absorvidos e inseridos no sistema jurídico, por intermédio, sobretudo, da atividade interpretativa realizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, conforme será examinado adiante. O Tratado da União Europeia (Lisboa, 2009) traz em seu bojo os princípios relativos à transferência de poderes e competências que perfilam o rol de atribuições da União, a partir do redimensionamento das relações da própria União com seus Estados-membros. Ao mesmo tempo, o pacto visa a impedir que o exercício dessas competências não exceda os limites que os Estados signatários conferiram à atuação do bloco supranacional.

¹ No original: *Al aparecer un proceso de integración más profundo, que requiere un nuevo sistema jurídico para ordenarse, se vuelve a actualizar la necesidad de principios, más que como una respuesta doctrinal, como una exigencia de la práctica y para permitir desarrollar, ordenar y encauzar correctamente la voluntad política de los Estados en el sentido de integrarse, obligándose profundamente sin confundirse en un nuevo estado que los abarque, ni perder su independencia (...). Los procesos de integración profunda serían muy difícil de concretar sin principios sólidos que les asistieran.*

Nesse propósito, incumbe especificar os princípios instituidores das atribuições da União, que lhe possibilitam uma atuação regrada e alinhada ao próprio sistema jurídico consolidado pelo Tratado de Lisboa. São eles (Diz, 2014, p. 39):

1) Princípio de atribuição: é inerente à natureza da própria Comunidade, cuja atribuição de poderes deve estar vinculada à existência de instituições específicas para cada uma das competências determinadas. Ao estabelecer os limites aos quais a UE deve se adscrever, o Tratado da União², assim como os demais instrumentos fundacionais, fixa precisamente o princípio da atribuição, elemento que deverá guiar as instituições aos objetivos comunitários. A atividade institucional da Comunidade tem dois limites globais: a atribuição expressa de poder dos Estados membros às instituições e à realização dos propósitos instaurados pelos Tratados. Nas conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Edimburgo de 1992, adotou-se um comunicado sobre a aplicação global de ditos princípios, onde foram expostos que os limites determinados pelo direito comunitário (tanto originário como derivado) não podem ser ultrapassados. Por conseguinte, incumbe ao legislador definir, com bastante cautela, as competências comunitárias que podem ser efetivamente exercidas pelas instituições. O Tratado da União de 2009 implicou o reconhecimento, de maneira definitiva, da subsidiariedade como elemento responsável por delimitar as ações a serem aplicadas pelas instituições comunitárias no exercício das competências que lhes sejam outorgadas.

2) Princípio do equilíbrio institucional: se, por um lado, o princípio da atribuição importa a distinção entre as competências supranacionais e as competências internas, o princípio do equilíbrio institucional, elaborado pela construção pretoriana do TJCE, determina que as competências atribuídas a uma instituição específica não podem ser menosprezadas pelas demais, ou seja, os atos fixados por uma instituição não podem supor a violação de um poder atribuído a outra. O respeito à competência exercida por cada um dos organismos europeus implica, por sua vez, o respeito às próprias disposições elencadas nos Tratados. Não se pode dizer que o equilíbrio institucional se assenta no sistema de pesos e freios da doutrina clássica da separação de poderes, já

² Art. 5 TUE e ART 7 TFUE

que, no direito da UE não existe uma divisão de poderes rigorosamente considerada. Não obstante, tal preceito se encerra enquanto regulador da tensão decorrente da absoluta inexistência de poderes divididos. Conforme assinalado por JACQUE (2004:383) o princípio do equilíbrio institucional deve ser considerado como um mecanismo de distribuição de poderes que configura a

(..) manifestação da regra segundo a qual as instituições devem agir dentro das suas competências limitadas. A distribuição de competências entre as instituições reflete o lugar que os autores dos tratados intentaram garantir a cada uma no exercício das missões que confiaram à Comunidade³.

A falta de maior clareza quanto à distribuição de competências entre as instituições também pode ser campo fértil para aumentar a complexidade criada pela ordem comunitária. É neste campo que o princípio do equilíbrio tem maior espectro de aplicação, já que, em conjunto com a cláusula de poderes implícitos, torna-se o principal mecanismo disposto no Tratado de Lisboa (art. 168) para a solução de controvérsias relacionadas à competência das instituições. Para a utilização de dita combinação, devem-se considerar as disposições relativas à atribuição de poder inseridas no texto dos tratados fundacionais. Com efeito, na sentença de 07 de julho de 1992 o TJCE determinou quais são os casos aplicáveis à cláusula dos poderes implícitos, e que o equilíbrio institucional deve ser assegurado pela atuação consciente e segura das próprias instituições comunitárias.

3) Princípio da cooperação leal interinstitucional: mais que um princípio explicitado no artigo 4.3 do Tratado de Lisboa, a cooperação interinstitucional determina os acordos interinstitucionais fixados pelas instituições para completar as lacunas eventualmente existentes nos tratados. A discussão sobre este princípio se baseia, principalmente, em seu caráter obrigatório ou simplesmente sugestivo. Noutros dizeres, as instituições estão realmente obrigadas a realizar acordos para suprir uma lacuna normativa ou podem utilizar acordos interinstitucionais, conforme estipulado pelas

³ No original: (...) *manifestation of the rule that institutions have to act within limited their competences... The distribution of the powers between the institutions reflects the place that the authors of the treaties wanted to grant to each one of them in the exercise of the missions that they entrusted to the Community.*

normas comunitárias. Em numerosas ocasiões, o TJCE se inclinou pela obrigatoriedade de aplicação do princípio da cooperação como um dever que vincula as instituições no marco do diálogo institucional. Estabelecido o aspecto obrigatório do princípio, resta definir sua natureza jurídica. Dadas as observações sobre a obrigatoriedade da cooperação, compartilhamos a opinião de JACQUE (1991), para quem tal preceito configura um compromisso político com efeito vinculante para as partes, e que acarreta o cumprimento formal e material por parte das instituições que o subscrevem. Nas palavras do autor supracitado, um compromisso político não é um compromisso sem valor: trata-se de um compromisso cuja ruptura não pode ser sancionada em um plano jurídico, mas político. O valor jurídico do princípio passa, portanto, pela aplicação, em caso de descumprimento, de uma represália política que as instituições sempre querem evitar.

Em relação aos princípios que regem os limites para os exercícios das competências, nota-se que o primado da subsidiariedade e da proporcionalidade mereceram especial atenção do legislador comunitário, podendo ser assim analisados:

1) Princípio da subsidiariedade: Em áreas que não sejam da sua competência exclusiva, a União pode intervir apenas na medida em que os objetivos da atuação que visa a realizar não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, devido à dimensão ou aos efeitos da ação que se queira executar (Del Pozo; Diz, 2014). O princípio, muito debatido, significa uma garantia para a democracia, uma limitação da administração comunitária, bem como dos recursos da União.

2) Princípio da proporcionalidade: O conteúdo e a forma da ação que a União pretenda realizar não pode, em caso algum, exceder aquilo que for imprescindível para alcançar a realização dos objetivos definidos nos Tratados. Quando há uma escolha entre várias medidas adequadas, deve-se recorrer à menos onerosa e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionais aos objetivos perseguidos. Vale ressaltar que o TJUE aplica o princípio da proporcionalidade para o referido sistema de distribuição das competências entre as instituições comunitárias e os Estados-membros, servindo,

portanto, como parâmetro e como medida de controle das respectivas atuações⁴. Conforme sublinha Regaña (2015, p. 165)

O conteúdo do princípio da proporcionalidade aplicado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJE) é uma transposição do teste de proporcionalidade da [doutrina e jurisprudência] alemã, dividido em três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Observa-se uma evolução jurisprudencial na execução e que auxiliou na definição desta tripla análise para a configuração atual do princípio e influenciou outros tribunais de direito comparado, como aconteceu, por exemplo, com o nosso Tribunal Constitucional. Embora o TJCE siga este esquema nem sempre consegue respeitar a hierarquia e, por vezes, dar prioridade ou antepor a necessidade ou ponderação estritamente à adequação ou a legitimidade da medida, com o qual devemos acrescentar que aplica o princípio com interpretação diferente conforme o caso: geralmente mais flexível quando se trata de ações dos Estados Unidos contra a interferência das instituições e órgãos da União⁵

Portanto, a análise dos princípios que regem a competência da União sobre a formulação, aplicação e controle do sistema europeu determina em que medida, tais normas serão, posteriormente, dotadas de características que lhe permitiram prevalecer sobre as ordens jurídicas internas, consagrando a nominada primazia do direito europeu. Não há como compreender os princípios da supranacionalidade normativa que serão posteriormente estudados, sem antes debruçar-se sobre os aspectos inerentes ao rol competencial da UE. E, por isso, será feito um exame sucinto do Protocolo de aplicação da subsidiariedade e da proporcionalidade no tópico subsequente.

⁴ Claro exemplo e que foi amplamente comentada pela doutrina é a sentença do TJUE 18 de maio de 1993, caso C - 126/91, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft u.a.

⁵ No original: *El contenido del principio de proporcionalidad aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) es una transposición del test alemán de proporcionalidad, estructurado en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se observa una evolución jurisprudencial en la aplicación de los mismos, que ha contribuido a fijar este triple análisis en la configuración actual del principio y que ha influido a otros tribunales del Derecho comparado, como ha sucedido, por ejemplo, con nuestro Tribunal Constitucional. Aunque el TJUE siga este esquema, no siempre respeta la jerarquía escalonada y a veces da prioridad o antepone el análisis de la necesidad o de la ponderación en sentido estricto a la idoneidad o legitimidad de la medida, a lo que hay que añadir que aplica el principio con diferente rectitud según los casos: suele ser más flexible cuando se trata de actuaciones de los Estados miembros que frente a las injerencias de los organismos e instituciones de la Unión.*

3.1 PROTOCOLO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E DA PROPORCIONALIDADE

No Protocolo n. 2, anexo ao Tratado da União, determina-se que os Estados-membros se mostrem inclinados a estabelecerem condições para o implemento dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, bem como para assentarem um sistema capaz de controlar a aplicação prática desses princípios. Instrui especificamente a Comissão a realizar uma vasta consulta antes de fazer qualquer proposta de ato legislativo⁶. Apenas em casos de excepcional urgência, devidamente explicitada e fundamentada na proposta, faz-se possível que a Comissão se abstenha das consultas descritas acima.

Todo projeto de ato legislativo - assim consideradas as iniciativas de um grupo de Estados-Membros, as iniciativas do Parlamento Europeu, os pedidos do Tribunal, as recomendações do Banco Central Europeu e os pedidos do Banco Europeu de Investimento para adoção de uma proposta legislativa a submeter-se ao Poder Legislativo europeu - deve contar com a motivação necessária para o adequado entendimento das razões que conduziram sua feitura, devendo observar, ainda, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Quanto à proporcionalidade, as propostas legislativas devem ter em conta a necessidade de que qualquer encargo seja menos oneroso quanto possível e proporcional às metas a serem alcançadas.

Sob a ótica da participação das instituições europeias e da interrelação com os Parlamentos nacionais, garante o Protocolo que os Poderes Legislativos internos podem dirigir aos presidentes do Parlamento Europeu, ao Conselho e à Comissão, um parecer fundamentado com as razões pelas quais considera que a proposta não está em plena conformidade com o princípio da subsidiariedade. Neste caso, os pareceres deverão

⁶ A iniciativa de proposta legislativa corresponde à Comissão Europeia, conforme determina o artigo 17.2 do Tratado da União que assim dispõe: "Os atos legislativos da União só podem ser adotados sob proposta da Comissão, salvo disposição em contrário dos Tratados. Os demais atos são adotados sob proposta da Comissão nos casos em que os Tratados o determinem." Não obstante, o Parlamento Europeu possui direito de iniciativa legislativa, já que pode solicitar à Comissão que apresente uma proposta legislativa sobre tema que entenda relevante.

submeter-se à votação de, pelo menos, um terço do total dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais. Uma vez reexaminado o projeto, a Comissão deve decidir, mais uma vez, se manterá o projeto de texto legislativo, se o alterará ou mesmo se removerá o projeto mencionado. Tanto o parecer fundamentado da Comissão, como os desenvolvidos pelos Parlamentos nacionais, devem ser enviados ao legislador da União (Parlamento e Conselho) no sentido de que possam ser avaliados.

Ainda, sob o aspecto de controle de atos legislativos aprovados e já em vigor, cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia decidir sobre eventuais recursos que poderiam ser interpostos em virtude de possível desacato ao princípio da subsidiariedade. Vale ressaltar que qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal da União para suscitar o recurso correspondente.

Além disso, o Comitê das Regiões, enquanto órgão consultivo da União, tem reconhecida competência para interpor ações contra atos legislativos em cuja formulação tenha atuado.

Finalmente, no que tange à questão do controle dos atos legislativos adotados pela União, a Comissão deve apresentar, anualmente, ao Conselho Europeu, ao Parlamento Europeu, ao Conselho e aos Parlamentos Nacionais, um relatório ilustrativo que mostre, no período descrito, a aplicação dos princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Também deve apresentar o relatório anual acima mencionado para os órgãos da União que detêm competência consultiva, a saber, o Comitê das Regiões e o Comitê Económico e Social.

3.2 A SUPRANACIONALIDADE COMO FUNDAMENTO ESTRUTURANTE DO SISTEMA JURÍDICO EUROPEU

A supranacionalidade em seu aspecto normativo supôs um giro nas relações entre os Estados, a partir da adoção de princípios elementares para a configuração de um sistema próprio, dissociado do direito interno e com maior efeito vinculante que o direito internacional clássico, consoante trabalhado alhures.

Neste sentido a supranacionalidade, conforme analisado em trabalhos anteriores (MATA DIZ, 2007), pode ser considerada “o qualificativo que define os novos entes jurídico-políticos nascidos de um processo de integração, bem como uma categoria legal empírica, por sua adequação à realidade de um momento histórico dado” (SAVID-BAS, 1988:323)⁷.

Do ponto de vista meramente didático, pode-se analisar a supranacionalidade sob dois prismas. Por um lado, a supranacionalidade normativa, considerada a partir da conformação de um direito próprio e autônomo, cuja raiz remonta ao Direito internacional, mas que dele se dissocia para o cumprimento das finalidades, criando determinadas obrigações que devem ser observadas pelos entes estatais. Delimita-se, assim, a transferência dos poderes e das competências estatais a órgãos dotados de autonomia e de poder decisório, que não se vinculam a este ou a aquele Estado nacional, mas que se conforma pelos, para e com os próprios Estados. Como bem manifesta ALTERINI (1995:848):

(...) quando as decisões de um órgão comprometem os Estados membros; quando as normas de direito emanadas destes órgãos devem ser respeitadas pelos Estados e quando as decisões jurisdicionais que interpretam as normas comunitárias devem ser acatadas tanto pelos Estados integrados como pelos indivíduos ou entes residentes em ditos Estados executores da sentença comunitária, pode-se dizer que existem elementos suficientes para apontar a supranacionalidade das decisões.⁸

Assim, uma vez criadas as instituições comuns, a partir da transferência do exercício de certas competências estatais soberanas a ditas instituições, as mesmas devem ter os poderes necessários para obrigar estes Estados, de modo a estabelecer

⁷ No original: *supranacionalidad es el calificativo que define los nuevos entes jurídico-políticos nacidos de un proceso de integración, y puede ser considerada como una categoría legal empírica, por su adecuación a la realidad de un momento histórico dado.*

⁸ No original: *Cuando las decisiones de un órgano comprometen a los Estados miembros; cuando las normas de derecho emanadas de esos órganos deben ser respetadas por los Estados y cuando las decisiones jurisdiccionales que interpretan las normas comunitarias deben ser acatadas tanto por los Estados integrados como por los individuos o entes residentes en dichos Estados ejecutantes de la sentencia comunitaria, se puede decir que existen elementos suficientes para puntualizar la supranacionalidad de las decisiones.*

uma ordem jurídica capaz de aplicar, executar e controlar a devida observância pelas próprias instituições e pelos órgãos nacionais (Mata Diz, 2014).

Vale ressaltar que um processo de integração não se faz de modo linear, nem mesmo segue as premissas teóricas formuladas pelos estudiosos do assunto. E mais, um processo de integração, por comportar, muitas vezes, Estados com alto grau de assimetrias, pode determinar um caminho próprio e, na maioria dos casos, não vinculado a nenhum tipo de modelo ou esquema.

Por outro, a supranacionalidade orgânica ou institucional, pela criação de um sistema de instituições e/ou órgãos cujas decisões são tomadas para o fortalecimento e cumprimento dos interesses comuns, não se submetendo a ordens de natureza nacional ou individual, e primando pela manutenção da comunidade. Caracterizam-se pela independência, por competências decisórias e executivas e pela promoção e salvaguarda dos objetivos da associação interestatal. Pode-se citar NORTH (2009:191) para quem

As instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições humanamente concebidas que moldam a interação humana. Portanto, estruturam incentivos no intercâmbio humano, seja ele político, social ou econômico. A mudança institucional molda a forma como as sociedades evoluem ao longo do tempo, sendo a chave para entender a transformação histórica.⁹

Determinada a partir da criação de um substrato institucional que implique a repartição das competências, ou em grau superior, à repartição do poder originário expresso pela soberania estatal (Mata Diz, 2014). Em dito contexto, a supranacionalidade poderia ser entendida como a agrupação de três elementos essenciais, segundo a perspectiva esboçada por PESCATORE (1973):

- Determinação de finalidades e ações comuns para os Estados, adotadas pelos países que expressem a vontade de subordinar os interesses nacionais e a hierarquia nacional de valores;

⁹ No original: *Las instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico.*

- Um sistema institucional que tenha poderes efetivos para a realização das finalidades admitidas pelos Estados, com um centro de poder que dite normas de caráter obrigatório e que comprometa os participantes do processo, além de contar com um Tribunal jurisdicional que vigie o cumprimento das decisões;

- Um centro de decisão com autonomia, competente para determinar todo o processo decisório, caracterizado pela adoção por maioria.

A supranacionalidade orgânica supõe, portanto, um esforço dos Estados para a criação de um sistema que privilegie o compartilhamento das decisões, mediante a elaboração de esquemas que estabeleçam políticas originadas de instituições que não são meramente reflexos das atuações estatais (Mata Diz, 2011).

3.3 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO SISTEMA EUROPEU: A PRIMAZIA, A APLICABILIDADE E O EFEITO DIRETO

A criação de um sistema institucional e jurídico próprios para a União Europeia demandou uma interpretação judicial que facilitasse a aplicação de princípios gerais do então direito comunitário, nas décadas de 60 e 70, para que se pudesse lograr a efetividade das normas comuns adotadas. Tais princípios foram essenciais para a construção e desenvolvimento da União Europeia uma vez que, em maior ou menor medida, representaram o fortalecimento dos poderes das instituições e das respectivas competências que lhe foram conferidas pelos Estados membros. Conforme manifesta Mata Diz (2005, p. 359)

De maneira geral, podemos dizer que a primazia, o efeito direto e a aplicabilidade imediata são os princípios guias da atuação comunitária relacionados à supranacionalidade, e que a produção de normas por uma instituição supranacional se veria diminuída, caso o ordenamento jurídico comunitário não contemplasse os elementos orientadores das competências comuns¹⁰.

¹⁰ No original: *De manera general, podemos decir que la primacía, el efecto directo y la aplicabilidad inmediata son los principios-guías de la actuación comunitaria relacionados con la supranacionalidad, y*

Neste sentido, e de modo a realizar uma breve aproximação ao conteúdo de cada um destes princípios, impende determinar em que medida esses preceitos foram efetivados pela atuação das instituições europeias e, de modo especial, no âmbito do Tribunal de Justiça da União. Como o recorte metodológico deste artigo recai sobre o princípio da primazia, este será examinado de forma mais detalhada nos tópicos seguintes, fazendo-se também necessário abordar, ainda que sucintamente, os princípios da aplicabilidade imediata e do efeito direto, para que o leitor possa compreender o tripé principiológico sobre o qual está fundada a UE.

A primazia implica que, em caso de conflito, as normas comunitárias devem aplicar-se com prevalência sobre as nacionais, qualquer que seja a hierarquia ou posição das normas e com prescindência de aprovação interna posterior. Em outros termos, significa que, em caso de contradição entre uma norma comunitária e uma norma de direito interno, deve prevalecer a norma comunitária. Esta supremacia incondicional e absoluta do direito comunitário fundamenta-se em sua natureza de ordenamento jurídico autônomo e é consequência direta da aplicabilidade imediata e do efeito direto, posto que tais princípios determinam que as normas comunitárias sejam aplicadas de maneira geral, uniforme e incondicionada em todos os estados participantes, revogando, em caso de controvérsia, as normas de direito interno opostas ou contrárias às de direito comunitário (Diz; Júnior, 2015).

Já o efeito direto está intimamente relacionado à aplicabilidade imediata, e alude à capacidade de o direito comunitário gerar direitos e obrigações para os estados, instituições e cidadão. Seu efeito refere-se à possibilidade de que toda e qualquer pessoa possa demandar ao juiz nacional a aplicação do direito originário e derivado, pressupondo, ainda, a obrigação dos juízes de aplicar as normas comunitárias, qualquer que seja a legislação nacional do país, tanto nas relações entre particulares, como naquelas feitas entre estes e os Estados, bem como nas de natureza interestatal (Molina del Pozo, 2002).

que la producción de normas por una institución supranacional se vería mermada, caso el ordenamiento jurídico comunitario no contemplase los elementos orientadores de las competencias comunes.

Neste sentido, determinou o TJCE que “ é necessário e suficiente que a disposição invocada se preste, por sua natureza, a produzir efeitos nas relações jurídicas entre os Estados membros e seus nacionais. Concretamente, afirma que a disposição deverá ser suficientemente “clara e precisa”, “completa, juridicamente perfeita” e “incondicional”.¹¹

A doutrina (González, 2001) e a jurisprudência fazem distinção entre o efeito direto horizontal, entendido como a possibilidade de que o particular possa invocar as normas comunitárias tanto frente aos Estados como em relação a outro particular; e o efeito direto vertical, que representa o fundamento inicial da construção do princípio, ao pregar a possibilidade de invocar as normas ante o estado que infringe ou não internaliza a norma comunitária.

Finalmente, a aplicabilidade imediata de uma norma comunitária implica que esta adquire automaticamente status de direito positivo na ordem interna dos Estados-membros, sem que haja procedimento nacional de incorporação ou internalização de norma ao ordenamento jurídico interno. Os poderes e órgãos dos Estados estão obrigados a aplicar as normas comunitárias, não podendo invocar razões de ordem constitucional ou supralegal para não o fazer. Nas palavras do Tribunal de Justiça da então Comunidade Europeia, “as regras do Direito comunitário devem surtir seus efeitos de maneira uniforme em todos os Estados membros, a partir de sua entrada em vigor e durante toda sua vigência.”¹²

Na UE, o direito europeu, em seu conjunto, goza de aplicabilidade imediata e se integra aos ordenamentos jurídicos nacionais pelo simples fato de ser a norma publicada no Diário Oficial da União Europeia (Diz; Júnior, 2015).

¹¹ No original: *es necesario y suficiente que la disposición invocada se preste, por su misma naturaleza, a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus nacionales.*

¹² No original: *las reglas del Derecho comunitario deben desplegar sus efectos de una manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez. Sentença do TJCE de 9 de março de 1978, caso “Simenthal-II”.*

3.4. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA COMO ATRIBUTO DA SUPRANACIONALIDADE

Como oportunamente aferido, o Tratado Maastricht (1993) confirma o primado da supranacionalidade ao assegurar no espaço europeu uma entidade de viés supra estatal. Tal fato, entretanto, não implicaria a definitiva supressão de soberania dos Estados membros (DE QUADROS, 2013) – traduzida, por exemplo, na eventual alternativa de retirar-se do bloco - mas tão somente seu abrandamento, vez que a persecução individual de demandas eminentemente nacionais se torna substituída por uma diligência conjunta em prol dos interesses regionais.

Necessário ter em mente que o primado da supranacionalidade não exsurge de forma inédita com o advento da União Europeia, remontando, em verdade, à pretérita Comunidade do Carvão e do Aço (CECA). A propósito, o artigo 9º do Tratado de Paris (1951) já cunhava a expressão, ao disciplinar as competências da Alta Autoridade, um de seus organismos de cúpula:

[...] os membros da Alta Autoridade exercerão suas funções com total independência, no interesse geral da Comunidade. No cumprimento dos seus deveres, não solicitarão nem aceitarão instruções de nenhum governo ou qualquer outra entidade, e abster-se-ão de praticar qualquer acto incompatível com a natureza supranacional de suas funções. Os Estados-membros comprometem-se a respeitar a natureza supranacional dessas funções e a não procurar influenciar os membros da Alta Autoridade no exercício das mesmas. (CECA, 1951).

Ulteriormente, a sentença “Costa/ENEL”, proferida em 15 de julho de 1964, assentou o viés cogente da supranacionalidade. Logo, conclui-se não somente o protagonismo da Comunidade Europeia face às competências institucionais definidas em seus tratados constitutivos, mas, igualmente, a primazia das normas comunitárias sobre a legislação nacional.

Sob exame do caso “Costa/ENEL”, o TJCE entendeu que a eficácia direta das normas comunitárias seria esvaziada caso afastada sua primazia, uma vez que a elaboração de um ato legislativo interno posterior com conteúdo contrário franquearia a um Estado furtar-se à sujeição à sua incidência. Nesse sentido, sumarizou a Corte:

[...] o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais...; esta integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor.[...] O primado do direito comunitário é confirmado pelo artigo 189.º, nos termos do qual os regulamentos têm valor «obrigatório» e são diretamente aplicáveis “em todos os Estados-membros”; esta disposição, que não é acompanhada de qualquer reserva, seria destituída de significado se um Estado pudesse, unilateralmente, anular os seus efeitos através de um acto legislativo oponível aos textos comunitários. (TJCE, 1964, p. 556).

Como outro argumento justificador da extensão normativa atribuída ao princípio da primazia, o TJCE aduziu que a atribuição de competências encartada pelos Estados-membros em face da União consubstancia uma limitação definitiva aos seus direitos soberanos. Ora, a se admitir a prevalência de um ato unilateral interno incompatível com as normas europeias, frustrada restaria a noção de comunidade e aberto estaria o caminho para a dissolução da entidade supranacional (TJCE, 1964).

Por outro giro, a Corte salientou que o princípio da primazia se apresenta como necessário à garantia da uniformidade na aplicação do Direito comunitário. A igualdade de tratamento entre os Estados-membros estaria fortemente malferida ante a permissividade para que cada um deles se sujeitasse a níveis diversos de integração ao pacto comum. Por essa razão, o TJCE concluiu que o respeito à primazia traduz *conditio sine qua non* à subsistência do Direito Comunitário.

[...] a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objetivos do Tratado referida no artigo 5.º, segundo parágrafo, e sem provocar uma discriminação proibida pelo artigo 7.º [...] emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade. (TJCE, 1964, p. 555).

Dessa concepção ampliativa construída pela Corte sobre o princípio da primazia podem-se deduzir algumas consequências para as ordens jurídicas dos Estados-

membros. Em primeiro lugar, todas as normas do Direito Comunitário Europeu, sejam elas originárias ou derivadas, têm prevalência sobre o Direito interno (VAAMONDE, 2001), inclusive sobre as Constituições.

Ademais, não se aplica o princípio *lex posterior derogat priori*. A primazia das normas comunitárias obsta sejam elas revogadas total ou parcialmente por regras posteriores do direito interno. Logo, independentemente da hierarquia ou da data de edição, aplicar-se-á o Direito Comunitário quando verificadas colisões em face de dispositivos pertinentes às ordens jurídicas nacionais.

Noutro norte, outra decorrência do princípio da primazia é o dever de os juízes nacionais de afastarem a aplicação de normas contrárias às regras e princípios comunitários. Descabe, no entendimento do TJCE, o recurso à figura jurídica do apelo ao legislador, sendo certo que o controle há de ser exercido diretamente pelos Poderes Judiciários dos Estados-membros. Tal posicionamento foi sedimentado pela Corte na Sentença “Simmenthal-II”, cujo trecho se reproduz a seguir:

O juiz encarregado de aplicar, no âmbito de sua competência, as disposições de Direito comunitário, tem a obrigação de assegurar a plena eficácia dessas normas, deixando inaplicada, se necessário, em virtude de sua própria autoridade, toda disposição contrária da legislação nacional, mesmo que posteriormente, sem que, para isso, tenha que solicitar ou aguardar sua prévia eliminação pela via legislativa ou mediante qualquer outro procedimento (TJCE, 1978, p. 250).

Finalmente, o último corolário significativo depreendido da concepção de primazia impressa pelo TJCE é a impossibilidade de adoção de atos legislativos contrários às normas comunitárias. Isto é, tais atos sequer serão válidos, porquanto nulos de pleno direito os dispositivos por eles veiculados. Assim, o provimento jurisdicional hábil a afastá-los será declaratório de inconstitucionalidade, observado o primado da hierarquia das normas.

Em virtude do princípio da primazia do Direito comunitário, as disposições do Tratado e dos atos das instituições diretamente aplicáveis têm por consequência, em suas relações com o Direito interno dos Estados membros, não somente tornar inaplicável de pleno direito, pelo próprio fato de sua entrada em vigor, toda e qualquer disposição contrária da legislação nacional existente, como também

[...] impedir a adoção válida de novos atos legislativos nacionais à medida que estes forem incompatíveis com normas comunitárias. (TJCE, 1978, p. 229).

Em que pesem as determinações da Corte europeia acerca da primazia, é fato que sua acolhida pelos Estados europeus observou percalços, mormente nos primeiros anos seguintes às sentenças “Costa-ENEL” e “Simmenthal-II”, (VILLAGRASA, 2015). Na sequência, analisam-se especificamente os primeiros julgados emitidos pelo Tribunal Constitucional Alemão acerca do tema, com o fito de verificar a postura manifestada pela jurisdição nacional sobre a dinâmica do processo integrativo àquela época.

4. A PRIMAZIA DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL ALEMÃ DOS ANOS 70 E 80

4.1 A SENTENÇA SOLANGE I

A Sentença Solange I corporifica o primeiro julgado no qual o Tribunal Constitucional Federal alemão pronunciou-se acerca da possibilidade de emissão de juízos de constitucionalidade sobre as normas de Direito Comunitário derivado.

No ano de 1967, a sociedade empresária “*Internationale Handelsgesellschaft mbH*” recorre ao Tribunal Administrativo de Frankfurt para questionar regulamentos expedidos pela Comunidade Europeia acerca do mercado comum de cereais, que condicionavam licenças de importação/exportação ao prévio depósito de garantia.

Ao examinar a matéria, o Tribunal entendeu que os regulamentos vergastados guardavam conformidade com o Direito Comunitário Europeu. Contudo, a Corte Administrativa consignou que tais normas seriam inconstitucionais perante a Lei Fundamental Alemã, motivo pelo qual encaminhou arguição de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG).

Conforme o Tribunal Administrativo de Frankfurt, as normas de Direito Comunitário não possuiriam qualquer primazia sobre os dispositivos da ordem jurídica interna, não estando, pois, imunes ao controle de constitucionalidade exercido pelo

BVerfG. Embora o art. 100, inc. I, da Lei Fundamental Alemã não pudesse ser utilizado como fundamento direto para tal controle¹³, o fato de tais normas possuírem aplicabilidade imediata, independentemente de procedimentos prévios de internalização, teria como decorrência a previsão constitucional implícita de uma instância nacional de controle de legalidade, daí decorrendo a competência do BVerfG para o exame da controvérsia.

Defrontada com a arguição de constitucionalidade, o BVerfG indagou-se, no ano de 1974, sobre a natureza jurídica do Direito Comunitário. Nesta senda, em seguimento à jurisprudência do TJCE, a Corte afirmou não se tratar de parte integrante do Direito Internacional Público, tampouco do Direito nacional. As normas comunitárias formariam ordem jurídica própria, ancorada sobre uma fonte normativa autônoma. Não se trata a Comunidade Europeia, porém, de um Estado. Compõe, ao revés, uma Organização Interestatal, consoante dispõe o art. 24 da Lei Fundamental alemã.¹⁴

Dito isso, o Tribunal passou a apreciar os limites competenciais entre o TJCE e o BVerfG. Assentado que as duas ordens jurídicas, a alemã e a comunitária, possuem esferas normativas independentes entre si, com distintos âmbitos de validade, tem-se que, em princípio, nem o TJCE pode decidir sobre a conformidade de uma norma comunitária com a Lei Fundamental, tampouco o BVerfG pode se pronunciar sobre a compatibilidade de uma norma comunitária derivada com o Direito Comunitário primário.

Entretanto, a matéria fática submetida à apreciação da Corte alemã no caso

¹³ **Artigo 100 [Controle concreto de normas]** (1) Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

¹⁴ **Artigo 24 [Transferência de direitos de soberania – Sistema coletivo de segurança]** (1) A Federação pode transferir direitos de soberania para organizações interestatais, por meio de lei. (1a) Desde que os Estados sejam competentes para exercer os poderes estatais e cumprir as tarefas estatais, eles podem transferir, com a anuência do Governo Federal, direitos de soberania a instituições transfronteiriças em regiões vizinhas. (2) Com vista a salvaguardar a paz, a Federação pode aderir a um sistema de segurança coletiva mútua; para tal, aceita limitações aos seus direitos de soberania que promovam e assegurem uma ordem pacífica e duradoura na Europa e entre os povos do mundo. (3) Para dirimir as controvérsias internacionais, a Federação aderirá aos acordos de arbitragem internacional de caráter geral, universal e obrigatório.

Solange possuía a peculiaridade de envolver a garantia de Direitos Fundamentais. Assim, considerando que as normas jusfundamentais compõem o núcleo duro (*kern*) da Lei Fundamental germânica (GG), sua garantia não admitiria qualquer mitigação, cabendo à Corte averiguar se o Direito Comunitário possuiria um padrão tão protetivo dos direitos fundamentais como o da GG, bem como se o princípio democrático estaria suficientemente contemplado na ordem normativa europeia. Isso porque a proteção aos Direitos Fundamentais erige-se como limite à cessão de poderes de soberania, conforme se depreende do art. 24 da Lei Fundamental.

Postas essas premissas, o Tribunal Constitucional Federal alemão observou que o Direito Comunitário ainda não possuía um catálogo de direitos fundamentais tão protetivo como aquele constante da Lei Fundamental germânica. Além disso, o princípio democrático também não se mostrava suficientemente contemplado, em face da ausência de eleições diretas para o Parlamento Europeu. Assim, enquanto (*Solange*, daí a designação atribuída à sentença) essas duas condições não fossem preenchidas, o *Bundesverfassungsgericht* seria competente para decidir sobre a (in)compatibilidade de uma norma comunitária ante os direitos fundamentais traçados na GG, no âmbito do sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

Ressalte-se, contudo, que a competência do BVerfG se limitaria à declaração de inconstitucionalidade da norma comunitária e sua consequente não aplicação pelos órgãos estatais pátrios, não configurando declaração de nulidade, para a qual somente seria competente o TJCE.

4.2 A SENTENÇA “SOLANGE II”

A sociedade empresária alemã Wünsche acionou o Tribunal Administrativo de Frankfurt em virtude de supostas perdas e danos implicados por diversos regulamentos comunitários os quais, no intuito de resguardar o mercado europeu contra a importação barata de champignons e derivados, teriam obstaculizado o exercício de suas atividades mercantis.

À vista do julgamento de improcedência proferido pela Corte de Frankfurt, a parte autora recorreu ao Tribunal Federal Administrativo, que apresentou questão prejudicial ao TJCE. Ao decidir a matéria, o TJCE confirmou a legalidade dos regulamentos comunitários contrastados.

Retornando os autos à Corte Administrativa, suscitou-se arguição de inconstitucionalidade, argumentando-se que a interpretação dos dispositivos comunitários pelo TJCE afrontaria a Lei Fundamental alemã. Com base no precedente da Sentença Solange I, teve ensejo um procedimento de controle concreto de constitucionalidade pelo BVerfG.

No ano de 1986, o Tribunal Constitucional Federal alemão consignou que o TJCE é o juiz natural para dirimir conflitos sobre a interpretação e aplicação do Direito Comunitário, o que se corrobora pelas leis alemãs de aprovação dos tratados comunitários, em conformidade com os arts. 24, inc. I, e 59, inc. II, GG¹⁵.

Asseverou a Corte, ademais, que a primazia e a aplicabilidade imediata do Direito Comunitário encontram respaldo normativo na Lei Fundamental Alemã, que assim dispõe em seu art. 24, inc. I, GG:

Artigo 24: Transferência de direitos de soberania – Sistema coletivo de segurança. A Federação pode transferir direitos de soberania para organizações interestatais, por meio de lei.

Mencionado dispositivo constitui cláusula de abertura constitucional, à qual se reporta expressamente à possibilidade de transferência de direitos de soberania, entre os quais se inclui a faculdade de produzir direito válido e imediatamente aplicável, dotado de eficácia plena. Nesses termos, o direito produzido com supedâneo nessa cláusula será hierarquicamente superior à ordem jurídica nacional, por força do entendimento emprestado à noção de soberania, aludida *ipsis litteris* no precitado artigo.

¹⁵ **Artigo 59 [Poder de representação internacional] (1)** O Presidente Federal representa a Federação no âmbito internacional. Ele firma os tratados com Estados estrangeiros em nome da Federação. Ele acredita e recebe os chefes das missões diplomáticas. **(2)** Os tratados que regulem as relações políticas da Federação ou envolvam matérias da legislação federal, requerem a aprovação ou a intervenção dos respectivos órgãos competentes de legislação federal, sob a forma de uma lei federal. Para acordos administrativos aplicam-se por analogia as disposições relativas à administração federal.

A autorização alhures concedida não é, porém, ilimitada. A identidade e a estrutura constitucionais do povo germânico devem ser preservadas, porquanto integrantes do núcleo duro e inegociável da Lei Fundamental que, do contrário, deixaria de existir.

Destarte, à diferença do julgado anterior, a Corte entendeu que a Comunidade Europeia possuía um grau de proteção dos direitos fundamentais semelhante em conteúdo, concepção e efetividade àquele observado na Grundgesetz, o que decorrera do desenvolvimento jurisprudencial emprestado a tais normas pelo TJCE desde Solange I.

Há que se observar, portanto, que muito embora as conclusões tenham sido distintas, os fundamentos empregados em Solange II se coadunam com aqueles manejados no julgado anterior: enquanto, e somente enquanto (solange), o grau de proteção às normas jusfundamentais se mantiver, os atos praticados com base no Direito Comunitário derivado estarão imunes ao controle do BVerfG. De igual modo, faltantes tais pressupostos, permite-se que a Corte revise seu posicionamento, efetuando o controle de constitucionalidade do Direito Europeu derivado.

CONCLUSÃO

Constatado que o processo de integração do continente europeu atingira níveis inexistentes em outras comunidades transnacionais, vislumbra-se que a chamada supranacionalidade não se limitou à repartição de competências orgânicas, desbordando-se para o âmbito jurídico e consolidando uma jurisdição europeia autônoma. Além da autonomia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu edificou a primazia das normas de Direito comunitário, reforçando a existência de uma entidade supranacional, inclusive em sede de jurisdição.

No âmbito dos ordenamentos nacionais, tomando-se por base uma análise comparativa da jurisprudência constitucional germânica dos primeiros anos que se sucederam à Sentença Costa/ENEL, é possível observar que a assimilação do referido

princípio se operou de forma progressiva.

Em que pese ambos os julgados terem partido das mesmas premissas, é inegável que, no decurso de 12 anos, o Tribunal Constitucional Alemão esboçou radical mudança de entendimento, passando a reconhecer que as comunidades europeias correspondiam ao princípio democrático, à preservação dos direitos e garantias fundamentais, bem como à identidade constitucional sacralizados no núcleo duro da Lei Fundamental de Bonn.

Mais que uma mudança de interpretação pretoriana, a “*Solange II*” implicou, na prática, uma transmutação da competência para o exercício do controle legal: uma vez reconhecida a consonância entre as normas comunitárias e o núcleo rígido da Constituição alemã, reconhecia-se também a alçada do Tribunal de Justiça para o controle dos atos praticados com base no Direito Comunitário derivado.

Necessário ressaltar que o esforço fático e jurídico ora apresentado evidencia que a leitura conferida pelo Tribunal Constitucional alemão ao princípio da primazia evoluiu na mesma velocidade que os próprios níveis de integração regional: em 1974, a vigorosa resistência de “*Solange I*” sucede as primeiras tessituras do Tribunal de Justiça acerca do tema (*Costa/ENEL*, 1964); anos após, em 1986, a prolação da sentença “*Solange II*” coincide com a assinatura do Ato Único Europeu e com o assentamento das diretrizes exordiais para uma nascente união econômico-monetária.

Enfim, a experiência alemã dos anos 70 e 80 demonstra que os ditames que não haviam sido vislumbrados na então Comunidade Europeia demandaram tempo para serem maturados e assimilados por seus respectivos membros. Contudo, malgrado os avanços experienciados naquele período, vislumbra-se que o princípio da primazia continua sendo assimilado com reservas pelas Cortes Constitucionais dos Estados, não se passando de modo diverso no plano do Tribunal Constitucional Federal alemão mas que, contudo, restou amplamente respeitado por estes mesmos Estados por representar um princípio geral do direito europeu, portanto, inafastável pelas jurisdições nacionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEMANHA. BVerfG 37, 271. **Sentença de 29 de maio de 1974, Solange I**. Disponível em: < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html#Rn002>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

ALEMANHA. BVerfG 73, 339. **Sentença de 22 de outubro de 1986, Solange II**. Disponível em: < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. 23 de maio de 1949.

ALTERINI, Atilio Aníbal. La supremacía jurídica en el MERCOSUR. **Rev. La Ley**, Buenos Aires, Tomo C, p. 848 -, 1995.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Noções de direito e direito internacional**. 4. ed. atual. Brasília: FUNAG, 2012.

ARBUET-VIGNALI, Herbert. **Claves jurídicas de la integración en los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea**. Ed. Rubinzal-Culzoni: Santa Fe, 2004.

DE QUADROS, Fausto. **Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. El sistema de incorporación de normas en el MERCOSUR: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea. **Rev. Ius et Praxis**, Chile: Universidad de Talca, v. 10, n. 2, p. 227-260, 2005.

_____. La institucionalidad del MERCOSUR: ¿hacia la conformación de un mercado común? En C.F. Molina del Pozo (Coord.). **Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR**. Buenos Aires, Argentina: EUDEBA, 2011.

_____. **MERCOSUR: origen, fundamentos, normas y perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. Uma visão histórica do surgimento da União Europeia: a construção do bloco europeu antecedente ao Tratado de Lisboa. **Revista FSA**, Teresina, v. 10, n. 3, art. 4, p. 45-60, 2013.

JACQUE, Jean-Paul. (2004). The Principle of Institutional Balance. **Common Market Law Review**, Kluwer Law International, v. 41, n. 2, p. 383-391, 2004. Disponível em: < <http://ieie.itam.mx/docs06/Montse%20Pi/jacqu.pdf> >. Acesso em 17 de maio de 2017.

JACQUE, Jean-Paul. Cours Général de Droit Communautaire. **Collected Courses of the Academy of European Law**, 1 (1), v. 1, 1991.

MAGNOLI, Demétrio. **União Européia: história e geopolítica**. 5. ed. São Paulo: Moderna, 1995.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. El MERCOSUR y la conformación de un mercado común: análisis de los presupuestos institucionales necesarios para la consolidación de la integración. **Revista Jurídicas**, Colômbia: Universidad de Caldas, v. 11, n. 2, p. 30-9, 2014.

_____. JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 1 (1), 237-360, 2015.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. **Manual de Derecho de la Comunidad Europea**. 4. ed. Madrid, Espanha: Dijusa, 2002, p. 822.

NORTH, Daniel. **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

GONZÁLEZ, Jose Palacio. El efecto directo: ¿Un concepto en crisis? **Revista Comunidad Europea**, ano XXVIII, n. 8-9. Madrid, Espanha: Ed. Aranzadi, 2001, p. 34-44.

PESCATORE, Pierre. Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. **Revista Integración**, BID/INTAL, Buenos Aires, Argentina, p. 40-47, 1973.

REGAÑA, Lorena Chano. Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: especial referencia a los derechos fundamentales. **Revista Universitaria Europea**, n. 23, p. 151-174, 2015. Disponível em: < <http://www.revistarue.eu/RUE/122015.pdf> >. Acesso em 17 de maio de 2016.

SAVID-BAS, Luis Ignacio. **Los actos obligatorios de los órganos del MERCOSUR, los sistemas constitucionales y la división republicana de poderes en Chile y el MERCOSUR**. Irigoin Barrenne, Jeannete (coord.). Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Sentença de 15 de julho, Flaminio Costa v E.N.E.L.**, Petição N° 6/64, 1964.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Sentença de 28 de junho, Simmenthal S.p.A. v. Amministrazione delle Finanze dello Stato**, Petição N° 70/77, 1978.

VAAMONDE, Santiago Ortiz. El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario. *Revista española de derecho constitucional*, n.61, 2001, p. 301-348.

VILLAGRASA, B.C. *¿Debe algún Tribunal tener la última palabra?* El Tribunal de Justiça y los Tribunales de los seis estados fundadores y del Reino Unido. 2015. 394 f. Tese (Doutorado em Direito). Facultad de Derecho, Escuela de Doctorado en Unión Europea, Madrid.