



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN: 2359-5639

Universidade Federal do Paraná

SCHWARTZ, GERMANO; MEINERO, FERNANDO

O paradoxo do tratado constitucional europeu: entre o planejamento e a evolução da Europa comunitária\*

Revista de Investigações Constitucionais, vol. 4, núm. 2, 2017, Maio-Agosto, pp. 131-146

Universidade Federal do Paraná

DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v4i2.48093>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534057807007>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em [redalyc.org](http://redalyc.org)

UABM [redalyc.org](http://redalyc.org)

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal

Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa  
acesso aberto



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 4 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral  
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)



## O paradoxo do tratado constitucional europeu: entre o planejamento e a evolução da Europa comunitária\*

### *The paradox of the European constitutional treaty: between planning and the evolution of the European Community*

GERMANO SCHWARTZ\*\*

Unilasalle (Brasil)  
germano.schwartz@globo.com

FERNANDO MEINERO\*\*\*

Faculdade da Serra Gaúcha (Brasil)  
fernando.meinero@fsg.br

Recebido/Received: 15.08.2016 / August 15th, 2016

Aprovado/Approved: 19.07.2017 / July 19th, 2017

#### Resumo

A introdução da tentativa de um Tratado Constitucional Europeu no sistema do Direito coloca em xeque duas das mais enraizadas instituições jurídicas do Ocidente: as Constituições e os Tratados, já que ambas partem, desde o ponto de vista da doutrina tradicional, de pressupostos conceituais diferenciados. O paradoxo está ligado às condições de evolução e de planificação do sistema social global. Com isso, o presente artigo busca analisar o modo pelo qual os dois modelos de diplomas legais – amplamente utilizados na sociedade global – passaram a receber um sentido diverso em função da co-evolução citada.

#### Abstract

*The introduction of a European Constitutional Treaty into the legal system calls into question two of the most deeply rooted juridical institutions of the West: the Constitutions and the Treaties, both of which depart, from the point of view of traditional doctrine, with different conceptual presuppositions. The paradox is linked to the conditions of evolution and planning of the global social system. Thus, the present article seeks to analyze the way in which the two models of legal diplomas - widely used in the global society - began to receive a different meaning due to the aforementioned co-evolution. To do so,*

Como citar esse artigo/How to cite this article: SCHWARTZ, Germano; MEINERO, Fernando. O paradoxo do tratado constitucional europeu: entre o planejamento e a evolução da Europa comunitária. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 131-146, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.48093.

\* Artigo resultante do projeto de pesquisa financiado pelo CNPq com o número 306131/2014-5.

\*\* Professor e Coordenador do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle (Canoas, RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Diretor Executivo Acadêmico do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), onde também leciona no Mestrado em Direito e Sociedade da Informação. Secretário do Research Committee on Sociology of Law da International Sociological Association (RCSL-ISA). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Nível 2) E-mail: germano.schwartz@globo.com.

\*\*\* Professor dos Cursos de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha (São Pelegrino, RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Universidade de Caxias do Sul. E-mail: fernando.meinero@fsg.br.

Para tanto, analisa os dois institutos a partir de um ângulo relacionado à possibilidade de planejamento e de controle da evolução de determinada sociedade, no caso específico a Comunidade Europeia, em que tanto o referendo quanto a aprovação parlamentar demonstraram-se ineficazes para a necessidade de se compreender o sentido de uma nova conformação jurídica. A metodologia utilizada está alicerçada repousa no funcionalismo estrutural de Niklas Luhmann na vertente autopoietica de sua teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Para essa linha, o referendo é, pois, um mecanismo de auto-referência do sistema jurídico. Os resultados vertidos nas urnas europeias mostram esse paradoxo, deixando exposta a dúvida sobre a necessidade de planejamento do espaço comunitário ou a evolução a partir das suas próprias características. Este último conceito é o que explica tal fracasso, diante da complexidade das estruturas de uma sociedade transfronteiriça por excelência como a europeia.

**Palavras chave:** Europa; tratado constitucional; paradoxo; referendo; planejamento.

*it analyzes the two institutes from an angle related to the possibility of planning and controlling the evolution of a particular society, in the specific case the European Community, in which both the referendum and parliamentary approval proved its ineffectiveness for the need to understand the meaning of a new legal structure. The methodology used is based on the structural functionalism of Niklas Luhmann in the autopoietic aspect of his theory of autopoietic social systems. For this line, the referendum is, therefore, a mechanism of self-reference of the legal system. The results of the European suffrage show this paradox, leaving open the doubt about the need of planning the community space or the evolution from its own characteristics. This last concept is what explains this failure, given the complexity of the structures of a typical cross-border society such as the European one.*

**Palabras clave:** Europe; constitutional treaty; paradox; referendum; planning.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** O Paradoxo Conceitual: Constituição-Tratado ou Tratado Constitucional?; **3.** O Referendo e a Aprovação Parlamentar como Mecanismo (fracassado) de Superação do Paradoxo Conceitual; **4.** Concluindo? Planejamento ou Evolução: há a necessidade de um Tratado ou de uma Constituição para a Europa?; **5.** Considerações Finais; **6.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A introdução da tentativa de – na falta de um nome melhor – um Tratado Constitucional Europeu no sistema do Direito coloca em xeque duas das mais enraizadas instituições jurídicas do Ocidente: as Constituições e os Tratados. Diz-se isso porque ambas partem do ponto de vista da doutrina tradicional, de pressupostos conceituais diferenciados. A reunião semântica das duas expressões é, portanto, à primeira vista, um paradoxo.

Esse paradoxo está posto na medida em que uma pergunta paira no ar: como uma Constituição pode se intitular como Tratado ou, de outro lado, como um Tratado pode ser entendido como uma Constituição? A contradição, aparentemente insolúvel, está ligada às condições de evolução e de planificação do sistema social global, uma vez que o sistema social evolui, seus subsistemas agem da mesma forma. O Direito não foge à regra.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar o modo pelo qual os dois modelos de diplomas legais – amplamente utilizados na sociedade global – passaram a receber um sentido diverso em função da coevolução citada. Para tanto, analisa os dois institutos

a partir de um ângulo relacionado à possibilidade de planejamento e de controle da evolução de determinada sociedade, no caso específico, a Comunidade Europeia.

Dessa forma, tanto o referendo quanto a aprovação parlamentar, demonstraram-se ineficazes para a necessidade de se compreender o sentido de uma nova conformação jurídica como é o caso da Comunidade Europeia. Trata-se de mecanismos existentes na cultura ocidental de Direito e que se propuseram a vestir o novo, dentro de uma roupagem *prêt-à-porter*.

Com base nessas premissas, resta um questionamento: esse híbrido possui uma funcionalidade no sistema jurídico? Da forma como está/foi apresentado representa uma evolução ou uma involução para o sistema do Direito e, portanto, para o sistema social? Começa-se a responder a questão pelo paradoxo.

## 2. O PARADOXO CONCEITUAL: CONSTITUIÇÃO-TRATADO OU TRATADO CONSTITUCIONAL.

Não é novidade alguma referir que, em um sentido comum, todos os povos tiveram, de uma forma ou de outra, Constituições<sup>1</sup>. A novidade do século XVIII, como bem alerta Lassalle<sup>2</sup>, é o surgimento das Constituições Escritas que, por seu turno, foram alavancadas pela denominada Teoria do Poder Constituinte.

Na concepção clássica desenvolvida por Sieyès<sup>3</sup>, surgida concomitante à Revolução Francesa, a Teoria do Poder Constituinte<sup>4</sup> defende que a Nação existe antes de todas as coisas<sup>5</sup>. Especialmente no que interessa ao propósito aqui defendido, o Poder Constituinte Originário a ninguém se encontra subjugado. É uma potência. O Estado dele decorre. É sua fundação. Dito de outro modo: as Constituições são frutos do caráter inicial dessa modalidade do poder constituinte.

Outro conceito, ainda hoje utilizado nas Leis Fundamentais<sup>6</sup>, é o de povo, que, para o já citado abade francês, pode ser entendido como o conjunto de pessoas

<sup>1</sup> Com efeito, a afirmação refere-se ao sentido de uma Lei Maior. Ela pode ser uma lei religiosa ou *la bouche de la loi*. Até mesmo o Código de Hamurabi cumpria essa função. A característica de a Constituição ser uma lei a respeito da qual todas as outras buscam sua validade é um fato histórico, posteriormente detalhada no constitucionalismo moderno, em especial na formulação da famosa pirâmide kelseniana, norte dos princípios da supremacia e da hierarquia, amplamente trabalhos e inculcados nas Constituições modernas. A respeito, veja-se Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>2</sup> LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição**. Campinas: Russel, 2007. p. 10-35.

<sup>3</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers Etat? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>4</sup> Para CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p.73, o Poder Constituinte apresenta duas facetas: a de desconstituinte e a de reconstituinte. Em um primeiro momento, desconstitui-se a ordem vigente para se reconstituir, instituindo-se uma nova, como é o exemplo da transição, no Brasil, da Constituição Militar de 1967 para a Constituição Cidadã de 1988. Os poderes previstos na nova Constituição são, pois, à evidência, constituídos pelo poder originário (constituinte).

<sup>5</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers Etat? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.113: "Em toda nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação. Se precisamos de Constituição devemos fazê-la. Só a Nação tem direito de fazê-la."

<sup>6</sup> Tome-se como exemplo o parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Brasileira de 1988: "Todo o poder emana do

reunidas e submetidas e um poder (Constituinte), sendo a nação a encarnação dos interesses coletivos dos indivíduos. A soberania e o direito de permanência são, pois, dessa comunidade. Resta, todavia, o fato de que a ideia das Constituições Escritas modernas está ligada aos conceitos de nação, de povo e de soberania. Ocorre que o Tratado Constitucional Europeu, por sua natureza – como se verá adiante –, (re)questiona e (re) posiciona tais pressupostos. Dessa maneira, (re)coloca a interpretação da função das Constituições – e dos Tratados – em um novo nível de discussão. Paradoxal.

Ambas as pressuposições (Constituições Escritas e Tratados) fazem parte da estrutura operativa clássica do sistema do Direito. Evidentemente cada qual com sua lógica. Com isso, influenciam todas as operações posteriores<sup>7</sup>, tais como: decisões, jurisprudências, expectativas normativas<sup>8</sup>, entre outras. De fato, moldaram um sistema jurídico baseado na Constituição. Contudo, como já referido, em função da inserção de um novo elemento (o Tratado Constitucional), está-se diante de um paradoxo conceitual que deve ser resolvido.

Por outro lado, recorde-se que as relações internacionais se desenvolveram, desde a Paz de Westfalia celebrada em 1648, sob o princípio da igualdade soberana dos Estados, com a existência de relações de coordenação entre as potências em uma *communitas orbis*<sup>9</sup>. O Direito das Gentes – marco regulador desse equilíbrio –, embora, durante séculos, tenha tido uma consistência nomeadamente costumeira, tem nos Tratados sua principal fonte jurídica<sup>10</sup>, entendendo a Convenção de Viena de 1969 que tratado é “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja sua denominação específica”.<sup>11</sup>

Para melhor identificar a espécie normativa referida, cabe procurar suas características próprias, e para isso é essencial observar a qualidade dos seus sujeitos e a

---

povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

<sup>7</sup> O entendimento de uma teoria da Constituição influencia sobremaneira em sua efetivação. Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 81: “...a Teoria da Constituição servirá também para <<racionalizar>> e <<controlar>> a pré-compreensão constitucional...”

<sup>8</sup> SCHWARTZ, Germano. A Autopoiese dos Direitos Fundamentais. In: MACEDO, E.H.; OHLWEILER, L.; STEINMETZ, W. (Orgs). **Direitos Fundamentais**. Canoas: Editora da Ulbra, 2007. p. 48.

<sup>9</sup> Sobre este conceito vide FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: Nascimento e crise do Estado Nacional. Trad. Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fabris, 2002. p. 5 e ss.

<sup>10</sup> O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no seu artigo 38 inciso 1, os considera fonte principal para a resolução dos conflitos de sua competência, tomando o primeiro lugar no rol: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes”. A doutrina também assim o entende, apontando-se uma passagem do Direito Internacional Público costumeiro para um modelo codificado, sendo oportuna a constatação de Mazzuoli quando observa o aumento da *United Nations Treaty Series*, atualmente composta por centenas de volumes. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 144.

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14/12/09. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em 06/08/2012.

maneira pela qual esse acordo de vontades se conforma. Os Tratados são sempre celebrados entre Estados e/ou organizações internacionais e por escrito - eis uma primeira diferença com algumas Constituições. Há, todavia, diferenças mais importantes que fazem com que o paradoxo apresentado ganhe força.

A formação de um acordo de vontades bilateral ou multilateral por intermédio de um Tratado decorre de um *iter* complexo, que pode ser observado a partir de dois pontos de observação: desde o próprio Direito das Gentes, distinguindo quais os indivíduos que, diante da comunidade internacional, podem negociar em representação de um Estado ou Organização Internacional (competência negocial). E, desde o direito público interno de cada Estado soberano, definindo a legitimidade que confere a ordem constitucional para um tratado ser concluído, e, assim, obrigar ao Estado internacionalmente (*treaty making power*). Tanto em um como em outro, a capacidade para negociar e celebrar tratados encontra-se concentrada na figura do Poder Executivo. No caso de países com tradição democrática, a participação dos parlamentos estabelecida nas Constituições limita-se à aprovação (ou não) do negociado, não contando com capacidade de propor alterações no acordo. Observa-se então, que a condução das relações com outras potências soberanas e entidades análogas está concentrada em cabeça do Chefe de Estado ou de Governo, que deve mostrar-se ao mundo como uma voz unívoca dos interesses nacionais<sup>12</sup>.

Com base nisso, é possível pensar-se uma Constituição criada a partir de mecanismos de negociação que, sob os moldes do direito internacional tradicional, apoiaria sua legitimidade em potestades inerentes ao Poder Executivo? A resposta a essa pergunta não é simples, originando-se da experiência de um modelo de organização que constitui, desde seus primórdios, um verdadeiro desafio ao conceito de soberania estatal, trazendo à cena instituições com caráter supranacional, como modelo de superação das deficiências de um Estado regulador que não consegue intervir com a mesma eficácia numa economia globalizada.<sup>13</sup>

A ideia de uma reforma do sistema jurídico-institucional da União Europeia vem sendo discutida há algumas décadas. Havia necessidade de avançar no processo integracionista, mais no sentido de conformar uma união com maior conteúdo político, e não apenas um âmbito de cooperação entre Estados ou a ideia original de um mercado comum.<sup>14</sup> Em segundo lugar, existia uma necessidade de simplificar o quadro

<sup>12</sup> Para um melhor entendimento sobre o processo de conclusão de tratados internacionais de um modo geral, vide REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46 e ss.

<sup>13</sup> Para Habermas, as funções do Estado social só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se houver uma passagem de um Estado nacional para organismos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Trad. de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 69.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, Habermas alerta sobre a necessidade de que o projeto de unificação dos Estados da Europa não se esgote na institucionalização jurídica dos mercados, mas sim que introduza elementos de vontade política mundial, e que garanta uma domesticação das consequências sociais secundárias do trânsito comercial globalizado. HABERMAS, Jürgen **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Trad. de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 70.

normativo, de caráter extremamente complexo não apenas para o cidadão comum, mas para os atores políticos e operadores jurídicos.<sup>15</sup> Ainda, era imperioso organizar o ingresso de novos membros ao bloco, notadamente dos países do centro e do leste europeu, cujas democracias davam os primeiros passos.

Embora o Tribunal de Justiça de Luxemburgo tenha já definido os tratados constitutivos como sendo atos fundantes da Comunidade e estatutos de caráter constitucional,<sup>16</sup> o primeiro sinal concreto<sup>17</sup> sobre a vontade do bloco de contar com uma constituição europeia deu-se em 2000 no Conselho Europeu em Nice, em que se propôs a abertura de um debate sobre quatro pontos entendidos fundamentais, relacionados ao futuro do bloco: uma delimitação mais precisa das competências entre a União Europeia e os Estados membros; o caráter da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia; a simplificação dos Tratados, para clarificá-los; e o papel que deveriam ter dos Parlamentos nacionais nas Comunidades Europeias.<sup>18</sup> Essa tarefa foi assumida formalmente no Conselho de Laeken 2002, em que se formulou extensa “Declaração de Laeken sobre o Futuro da União Europeia”,<sup>19</sup> que buscava a convocação de uma Convenção<sup>20</sup> para discutir o quadro institucional, abrindo caminho para a elaboração de uma constituição escrita.

<sup>15</sup> Opperman esclarecia sobre esta realidade: “Neste sentido operado sob várias modalidades, a estrutura formal do ordenamento comunitário primário revela-se, na atualidade, um contexto inviável e, mesmo para os especialistas, uma ordem sobre a qual não se pode empreender uma análise coerente. Além de uma minoria de dispositivos básicos dos tratados constitutivos (como o artigo 6º do Tratado da União, o qual dispõe sobre os princípios das liberdades, democracia e direitos fundamentais, ou os relativos aos órgãos da comunidade que contêm regras de Direito Comunitário primário), existem centenas de regras que descem a detalhes e se revestem de cunho meramente acessório. No contexto comunitário europeu tem-se, no momento, a pior modalidade de Constituição, exatamente por conta de sua extensão e obscuridade. Por receio e insatisfação, o cidadão europeu se afasta dessa realidade de reformas”. OPPERMAN, Thomas. Do Tratado de Nice de 2001 à Convenção para a Constituição Europeia 2002/2003: Rumo a uma Ordem Constitucional na Europa? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 10, p. 161-182, jul./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas\\_Opper-mann\\_Traducao\\_de\\_Fabricao\\_Pasquot\\_Polido.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas_Opper-mann_Traducao_de_Fabricao_Pasquot_Polido.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2012.

<sup>16</sup> TJCE 1991, 6079 - Parecer 1/91 sobre a Comunidade Europeia. Os tratados em vigor para essa data constituiriam uma “Constituição parcial”, considerando a limitação do campo de ação da União Europeia - ao possuir apenas uma parcela de competências normativas e de execução -, e a que subsiste dos Estados que a compõem. Nessa trilha, o problema da limitação e a influência recíproca entre constituições nacionais e normas comunitárias dotadas de hierarquia constitucional preexiste, de fato, à provável adoção de uma Constituição Europeia. Ver VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, v. 3, n. 1, Trad. de Fernando Meirero. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores. p. 595-613, 2003.

<sup>17</sup> No ano de 1984 o Parlamento Europeu chega a aprovar um primeiro rascunho de Constituição Europeia que embora não tenha vingado, foi um passo importante para o tratado reformador conhecido como Ato Único Europeu de 1986 e posteriormente ao Tratado de Maastricht, de 1992. “Draft Treaty Establishing the European Union” Official Journal of the European Communities. C 77, 14.2.1984, p. 33. CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de la Catedra Fadrigue Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 185.

<sup>18</sup> **JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS**. Portugal, C 80, 10 mar. 2001. p. 85. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2001:080:TOC>>.

<sup>19</sup> CONSELHO EUROPEU. **Conclusões da Presidência**. Laeken 14 e 15 de Dezembro de 2001. SN 4911/01 Disponível em: <<http://european-convention.eu.int/pdf/lnknt.pdf>>. Acesso em 16/08/2012.

<sup>20</sup> Diferentemente das conferências intergovernamentais, realizadas normalmente a portas fechadas, a Convenção procurou ser mais transparente e democrática. Foi composta por um total de 105 membros. Desses, 66 representantes tinham direito de voto absoluto (núcleo da Convenção) e outros 39 oriundos de Estados candidatos, que participariam dos debates, porém sem direito a voto definitivo. A representação dos Estados Membros se faria por 15 representantes os Chefes de Estado ou de Governo (1 por Estado-Membro), 30 membros dos parlamentos nacionais (2 por Estado-Membro), 16 membros do Parlamento



O resultado dessa Convenção foi a formulação de um borrador completo de um texto constitucional que, sendo submetido à Conferência Intergovernamental que lhe seguiu (2003-2004), derivou no Tratado Constitucional Europeu, formalmente designado como “Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa”, assinado em Roma, em 29 de outubro de 2004.<sup>21</sup>

Sobre os propósitos da Convenção, no que respeita às competências da União Europeia e dos Estados Membros, <sup>22</sup> o texto não apresentou grandes novidades para essa questão, pois, embora admitisse a personalidade jurídica da União Europeia, declarando-a sujeito de direito, não lhe atribuía competências próprias. Sobre o reparto das competências com os Estados, limitou-se a classificar competências já consagradas nos tratados constitutivos, e que a própria dinâmica institucional e a atividade pretoriana do Tribunal de Luxemburgo desenvolveram ao longo dos anos.<sup>23</sup>

O que constituía novidade – não necessariamente positiva – seria o relacionado ao processo legislativo e ao papel dos parlamentos nacionais, bem como certos aspectos institucionais. Clarificavam-se as espécies de normativas europeias, ao passo que se dava aos parlamentos nacionais um mecanismo de “alerta precoce”, pelo qual poderiam, via Tribunal de Justiça, advertir sobre possíveis incompatibilidades com o princípio da subsidiariedade consagrado em Maastricht.<sup>24</sup> Em nível institucional, promoviam-se reformas pouco felizes no que respeitava à composição da Comissão Europeia, criando categorias de comissários com e sem direito a voto.<sup>25</sup>

Por último, cabe mencionar a incorporação da Carta de Direitos Fundamentais ao texto da Constituição, sendo expressão do consenso europeu sobre valores

---

Europeu e dois representantes da Comissão. Foram convidados, na qualidade de observadores: três representantes do Comité Econômico e Social, juntamente com três representantes dos parceiros sociais europeus; em nome do Comité das Regiões, seis representantes (a designar pelo Comité das Regiões, entre as regiões, as cidades e as regiões com competência legislativa). A presidência da Convenção foi assumida pelo Ex-Presidente francês Valéry Giscard d'Estaing.

<sup>21</sup> O texto do projeto está disponível em <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/cv00850.pt03.pdf>. Acesso em 10/08/2012

<sup>22</sup> Tenha-se em conta que se o Tratado de Maastricht de 1992 representou um avanço em matéria de integração, criou uma estrutura anômala. Dois pilares funcionariam sobre a base da intergovernabilidade (a Política Externa de Segurança Comum e a Cooperação Policial e Judicial em Matéria Penal) associadas ao primeiro pilar (Comunidade Europeia) com uma estrutura que combina técnicas intergovernamentais e supranacionais. Isso somado ao fato da União Europeia não ter, do ponto de vista formal, personalidade jurídica internacional. VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003. p. 601. Isso se observa claramente na participação do bloco na OMC, em que a cadeira é reservada à Comunidade Europeia, e não à União.

<sup>23</sup> Desse modo, criava-se um mecanismo que obstaculizaria o processo decisório da União. VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003. p. 604.

<sup>24</sup> VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003. p. 605

<sup>25</sup> VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea (“Constitución Parcial”): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003.

fundamentais, consubstanciados num rol de preceitos abrangentes que integram a mesma posição ocupada por outros documentos básicos sobre direitos fundamentais.

Em um cristalino exemplo de que a inovação se consegue mediante repetição ou de que o futuro se baseia, no presente, pelas experiências do passado<sup>26</sup>, a tentativa foi o uso de um mecanismo tradicional tanto para as Constituições quanto para os Tratados: o referendo e a aprovação parlamentar. Contudo, sua planejada aplicação constitui-se em uma evolução ou um indesejado mais do mesmo? A resposta dos povos europeus foi, no mínimo, duvidosa a respeito de sua adoção. E o resultado foi uma rejeição nas urnas em dois atores fundamentais da construção da Europa comunitária.

O fracasso do projeto de Constituição representou um freio importante ao movimento iniciado na década anterior, passando-se a um período de reflexão acerca do rumo que deveria ser tomado.<sup>27</sup> Embora houvesse esforços para insistir na ratificação, no Conselho Europeu de 2006, deixou-se claro que o avanço se daria em um nível mais pragmático, tentando aproveitar o conteúdo dos tratados precedentes.<sup>28</sup> Nesse sentido, a presidência alemã do Conselho Europeu iniciou o trabalho de substituição do “método constitucional” pelo tradicional método de reforma dos tratados,<sup>29</sup> e convocou uma Conferência Intergovernamental a quem deu um mandato concreto: discutir o rascunho de um tratado de reforma (“Tratado Reformador”), que depois deveria no Tratado de Lisboa. Nele se abandona qualquer referência à Constituição.<sup>30</sup> Como

<sup>26</sup> Essa é a característica normativa que Luhmann denomina de programação contrafática. O Direito procura controlar o futuro. No entanto, como o presente é cego e o único dado posto para a decisão é o passado, não raro, ao invés de se dirigir ao que virá, as normas restam presas ao que passou, ocasionando o que François Ost denomina de falta de reinstitucionalização temporal, uma das funções essenciais do Direito na sociedade moderna. Para um maior aprofundamento do controle do tempo pelo Direito, consulte-se ROCHA, Leonel Severo Rocha. *As Três Matrizes do Pensamento Jurídico*. In: \_\_\_\_; CLAM, J.; SCHWARTZ, G (Orgs.). **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Sobre o compasso temporal e a necessidade de o Direito reinstitucionalizar tempo mediante a memória, o perdão, a promessa e o questionamento, obrigatória é a leitura de OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

<sup>27</sup> CONSELHO EUROPEU. Declaração dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros da União Europeia Sobre a Ratificação do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. 16-17 de Junho de 2005. Disponível em [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/pt/ec/85333.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/85333.pdf). Acesso em 20/08/2012.

<sup>28</sup> “Por um lado, haverá que utilizar da melhor forma as possibilidades oferecidas pelos Tratados existentes, a fim de obter os resultados concretos que os cidadãos esperam. Por outro, no primeiro semestre de 2007, a Presidência apresentará ao Conselho Europeu um relatório baseado em consultas alargadas junto dos Estados-Membros. Esse relatório deverá incluir uma avaliação dos debates sobre o Tratado Constitucional e explorar possíveis desenvolvimentos futuros.” CONSELHO EUROPEU. Conclusões da Presidência. 15/16 de junho de 2006 - Disponível em [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/pt/ec/90127.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/90127.pdf). Acesso em 20/08/2012.

<sup>29</sup> CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 190.

<sup>30</sup> Pode-se ler que o mandato foi explícito: “É posto de parte o conceito constitucional, que consistia em revogar todos os Tratados em vigor, substituindo-os por um texto único denominado “Constituição”. Ainda, para eliminar qualquer referência à possibilidade de uma ordem supraestatal: “O TUE e o Tratado sobre o Funcionamento da União não terão carácter constitucional. Esta mudança reflectir-se-á na terminologia utilizada em todos os textos dos Tratados: não será usado o termo “Constituição”, o “Ministro dos Negócios Estrangeiros da União” será designado Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, serão abandonadas as denominações “lei” e “lei-quadro”, e manter-se-ão as actuais denominações “regulamentos”, “directivas” e “decisões”. De igual modo, nenhum artigo dos Tratados alterados fará alusão aos símbolos da UE, como a bandeira, o hino e o lema. No tocante ao primado do direito da UE, a CIG aprovará uma declaração remetendo para a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU. CONSELHO EUROPEU. Conclusões da Presidência – Bruxelas, 21/22 de Junho de 2007 Disponível em: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/pt/ec/94941.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/94941.pdf). Acesso em 20/08/2012.

sustenta Cerdón, a partir de então, os Tratados farã referência à Constituição Europeia como “as novidades resultantes da Conferencia Intergovernamental de 2004”, voltando o vocábulo “Constituição” a ser um tabu como o tinha sido durante muito tempo atrás, até os anos noventa do século XX.<sup>31</sup>

Algum tempo depois, o Tratado de Lisboa seria oficialmente assinado pelos 27 Chefes de Estado e de Governo europeus em 13/12/2007 e entraria em vigor em 01/12/2009, após ter sido ratificado por todos os Estados-Membros, não sem alguns percalços. Ele reformou o Tratado da União Europeia, que conserva seu nome, e o Tratado da Comunidade Europeia, que passa a denominar-se “Tratado de Funcionamento da União Europeia”. Na essência, abandona-se o sentido político e simbólico da ideia Constituição, mas recolhe-se materialmente o grosso do conteúdo normativo do projeto iniciado em 2002.<sup>32</sup>

### 3. O REFERENDO E A APROVAÇÃO PARLAMENTAR COMO MECANISMOS (FRACASSADOS) DE SUPERAÇÃO DO PARADOXO CONCEITUAL.

De acordo com as questões conceituais, não se torna difícil afirmar que Tratado e Constituição estarem unidos tanto semântica quanto funcionalmente seja um paradoxo<sup>33</sup>. A questão, portanto, passa a ser como geri-lo. Verificar se é possível sua continuidade reprodutiva dentro do sistema jurídico ou de subsistência, na linha de Marcelo Neves e sua alopoiese<sup>34</sup>, provoca um indesejável bloqueio autopoietico.

De fato, Luhmann<sup>35</sup> refere que os paradoxos, mesmo no Direito, são condições de operação do sistema. São inevitáveis. Por intermédio do exemplo dos doze camelos<sup>36</sup>, constata-se a existência de pontos cegos no Direito. Para atingi-los, é

<sup>31</sup> CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 192-193.

<sup>32</sup> A virada que representou o Tratado de Lisboa respeito da Constituição Europeia plantou dúvidas sobre como o caminho que a Europa estaria adotando. Trinfaria, desse modo, uma visão muito mais pragmática e estratégica da Europa? Uma ideia da União Europeia como uma matéria de política externa a ser negociada, dominada por representantes do Executivo e diplomatas? Seria o começo do fim de um longo, lento, caminho na tentativa de politizar, democratizar e até constitucionalizar o processo de integração que teve seu ápice no Tratado de Maastrich? Ou apenas reflete uma pedra no caminho de uma gradual mas inevitável democratização do bloco, como uma reação ao choque do referendo de 2005, mas que não é o suficiente para mudar o rumo assumido. BÚRCA, Gráinne de. Reflections on the EU's Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty. **Fordham Law Research Paper**, New York, jun. 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1124586>>. Acesso em 25 ago. 2012.

<sup>33</sup> A ideia de paradoxo no Direito se aproxima mais da concepção de aporia ao conceito de paradoxo *strict sensu*: “To be sure, ‘legal paradoxes’ are not paradoxes in the strict sense: they are neither logical Paradoxes, such as ‘Russell’s Paradox’, nor are they semantic paradoxes, such as the ‘Liar Paradox’. They do not really create a logical impasse. Legal paradoxes are not even epistemic paradoxes, like the ‘Knowability Paradoxes’ or the ‘Surprise Examination Paradox’. Instead, they are really apories, riddles or perplexities.” KEDAR, Nir. The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes. In: PEREZ, Oren; TEUBNER; Gunther (Eds.). **Paradoxes and Inconsistencies in the Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005. p. 103.

<sup>34</sup> NEVES, Marcelo. De la Autopoiesis a la Alopoiesis del Derecho. **Doxa**, Alicante, n. 19, p. 403-420, 1996. p. 412.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder M.X., 2007. p. 326.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD,

necessário que se atente para os dois lados, de tal forma que se perceba que ambos formam uma unidade distintiva, o que se perde na ideia de Tratado Constitucional ou de Constituição-Tratado.

O décimo-segundo camelo é necessário para a divisão correta do problema de herança apontado. Ao mesmo tempo, como se deflui de sua resolução, não era necessário, uma vez que a quantidade de animais restante permanece a mesma daquela do início do problema. Dito de outra forma: ao mesmo tempo em que não era necessária sua presença física, sua função é essencial.

Nesse sentido, tem-se que a Constituição existe justamente porque se diferencia do Tratado (e vice-versa), sendo este seu contraponto. Atuam, também, em clara rede comunicacional, pois a validade do Tratado depende de sua absorção pelo código constitucional (Constitucional/Inconstitucional). Esse mecanismo seletivo é adotado, por exemplo, no Brasil<sup>37</sup>.

No momento em que Constituição e Tratado, até mesmo em termos conceituais, têm a mesma função perante a sociedade, na qual se insere (Europa Comunitária), um dos polos de diferenciação funcional entre eles se perde. Com isso, ou a Constituição perde sentido ou o Tratado passa a desempenhar uma nova função. Porém, a assunção de uma função por dois elementos causa acréscimo de complexidade por anulação mútua, gerando aumento de incerteza e de indeterminação.

Por outro lado, no plano do desempenho simbólico<sup>38</sup> tanto de uma Constituição quanto de um Tratado, cumpre referir que a diferenciação funcional, anulada pelo Tratado Constitucional Europeu, desempenha um papel essencial no sistema social: delimitar as especificidades de cada operação dentro do sistema jurídico. As decisões baseadas nos códigos de cada instituto perdem sua capacidade de antecipar problemas futuros por evidente ausência de redução de complexidade. Quando dois passam a ser um – e com a mesma função – crescem-se possibilidades decisórias. Logo, há mais complexidade, algo facilmente notável pela estrutura do bloco europeu. Pense-se que na união das três Comunidades Europeias (Comunidade Econômica Europeia – CEE, Comunidade Europeia de Energia Atômica – EURATOM e a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA), baseadas em três tratados diferentes, ao que depois se somou o Tratado da União Europeia (Maastricht, 1992), com novos âmbitos de cooperação e reparto de competências. Isso fez com que o ordenamento da União Europeia se tornasse algo extremamente complexo, extenso e difícil de compreender.<sup>39</sup>

---

André-Jean; LOPES JR., Dalmir Lopes (Orgs.). **Niklas Luhmann**: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

<sup>37</sup> O referendo vem previsto na Constituição Federal da República do Brasil em seu art. 14, II, dentro do capítulo dos direitos políticos e inserido como corolário da soberania popular.

<sup>38</sup> Cf. PRIBÁN, Jirí. The Time of the Constitution-Making. On the Differentiation of the Legal, Political and Moral Systems and Temporality of Constitutional Symbolism. **Ratio Juris**, Colombia, vol. 19, n. 4, p. 456-478, dec. 2006.

<sup>39</sup> CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de**

Na linha luhmanniana, o referendo é, pois, um mecanismo de autorreferência do sistema jurídico. Trata-se de uma operação interna que procura decidir a respeito de uma decisão anterior, tornando-a parte da reflexividade do sistema do Direito. Essa seletividade é necessária para que a estrutura operativa da autopoiese do sistema jurídico reste preservada perante as influências comunicacionais advindas do seu entorno.

Para a superação do paradoxo demonstrado, uma das saídas elaboradas pela União Europeia foi uma operação que já faz parte do Direito: o referendo. Resta saber, todavia, se ele alcançou seus objetivos (poucos países o utilizaram), já que mesmo diante de uma nova moldura estatal, a Europa buscou em velhos conceitos<sup>40</sup> (soberania popular) a resposta para a consecução de uma nova realidade (autopoiese).

Enquanto a maioria dos países se limitou a dar andamento à aprovação parlamentar prevista nas suas constituições, um grupo de 9 (nove) países<sup>41</sup> optaram por incluir a realização de referendos, embora não obrigados pelos textos constitucionais.<sup>42</sup> Tal medida deixou em evidência uma transferência de responsabilidade<sup>43</sup>. E o resultado foi o reflexo de quão distante estava aquele projeto do cidadão comum: apatia, no caso da Espanha, e uma contundente rejeição, na França e nos Países Baixos. Os resultados obtidos nesses dois últimos tiveram a contundência suficiente para promover o abandono das consultas no restante dos países.

Em análise dos resultados do referendo na Espanha, embora se tenha informado uma *"Victoria aplastante del 'sí'"*, computando-se 76,7% de votos em favor da Constituição, cabe resaltar que apenas 42,32% do eleitorado participou dele<sup>44</sup>. As enquetes solicitadas pela Comissão Europeia apresentam como a principal justificativa (30%) de abstenção a falta de informação recebida por parte dos cidadãos sobre o que representaria o projeto. Isso se soma aos que disseram não votar por falta de debates suficientes ou por que, a campanha foi iniciada tardiamente (10%). Tenha-se em conta que, desde

**la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 185.

<sup>40</sup> O uso da aprovação parlamentar pelos países que não usaram o referendo apenas reforça o argumento. Trata-se de uma operação já existente no sistema jurídico dos países do bloco. Assim o prevê, dentre outras, a Constituição alemã (art. 59), a austríaca (art. 50), a belga (art. 167 § 2), a italiana (art. 80) e a grega (art. 36 § 2).

<sup>41</sup> Os referendos foram celebrados na Espanha, Países Baixos, Polônia, Reino Unido, Dinamarca, França, Irlanda, Luxemburgo e a República Checa.

<sup>42</sup> Na página dedicada ao Referendo 2005, o Governo Espanhol informa que *"Si bien en España la ratificación formal del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, se hará, en su momento, siguiendo lo dispuesto en los artículos 93 a 96 de la Constitución Española, el Gobierno ha considerado que la importancia de la futura Constitución Europea hace aconsejable despejar, con carácter previo a dicha ratificación, cualquier duda respecto al respaldo de los ciudadanos a su contenido, mediante el recurso de su participación directa a través de un referéndum consultivo."* Disponível em [http://elecciones.mir.es/eleccanteriores/referendum2005/marco6\\_inicio.htm](http://elecciones.mir.es/eleccanteriores/referendum2005/marco6_inicio.htm). Acesso em 19/08/2012

<sup>43</sup> CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012. p. 188.

<sup>44</sup> EL PAÍS. *"Victoria aplastante del 'sí' en el referéndum del Tratado Europeo"*. Disponível em: <[http://especiales.prisacom.com/2005/constitucion\\_europea/index.html](http://especiales.prisacom.com/2005/constitucion_europea/index.html)>. Acesso em 20/08/2012>.

a assinatura do Tratado de Roma à celebração do referendo, passaram-se apenas quatro meses.<sup>45</sup>

Na França, embora a convocação às urnas tenha obtido a mais alta participação (69,3%), em níveis comparáveis à votação para a ratificação do Tratado de Maastricht de 1992, o projeto não teve a mesma sorte. A Constituição teve uma rejeição de 54,68%. Diferentemente do caso holandês, os motivos que levaram os franceses a negar o apoio deveram-se mais a razões de caráter interno do que as propriamente relacionadas com o âmbito comunitário: as duas principais causas apontadas estão relacionadas a enxergar a Constituição como uma ameaça ao emprego na França (31%) e a uma frágil situação econômica (26%).<sup>46</sup>

No caso dos Países Baixos, o referendo celebrado em Primeiro de junho de 2005 resultou numa rejeição da Constituição Europeia com 61,6% dos votos. Apesar de que uma maioria entenda que houve pouca informação, o resultado deve observar-se além desse fator. Nas pesquisas, grande parte dos holandeses manifestou a sua preocupação com a perda de soberania do seu país que a Constituição representaria (24%), e ainda entendeu excessiva carga fiscal que pesa sobre os contribuintes para sustentar a Europa (13%). A renegociação do Tratado entendeu-se como necessária, em prol de uma melhor defesa dos interesses neerlandeses.<sup>47</sup>

No restante da Europa, o processo de ratificação continuou até o ano de 2006,<sup>48</sup> embora se soubesse que a França e os Países Baixos não assumiriam o risco de tentar reverter a opinião do seu eleitorado. Assim, a Constituição Europeia “caiu ferida de morte”.

O resultado da consulta feita aos comunitários a respeito da adoção do Tratado Constitucional Europeu no espaço da União repousa em um espaço dúbio. Trata-se de evolução ou involução. É necessário que o espaço comunitário europeu seja planejado ou é melhor que evolua a partir de suas próprias características?

#### 4. CONCLUINDO: PLANEJAMENTO OU EVOLUÇÃO? HÁ A NECESSIDADE DE UM TRATADO OU DE UMA CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA?

<sup>45</sup> O relatório aponta dados interessantes sobre a relação entre faixa etária e participação. Enquanto apenas 27% dos jovens de 18 a 24 anos decidiu ir às urnas, os maiores de 55% tiveram uma participação de 59%. Isso poderia ser o reflexo entre as diferentes culturas políticas das diferentes gerações. Para a população que sofreu quase quarenta anos de ditadura, as instituições europeias são vistas como uma peça-chave na consolidação da democracia e no desenvolvimento econômico do país. Ainda, a relação participação por idade não apresentou diferenças significativas no que diz respeito às Eleições Europeias de 2004. COMISIÓN EUROPEA. **Flash Eurobarómetro**. La Constitución Europea: encuesta post-referéndum em España. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_168\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_168_es.pdf)>. Acesso em 20/08/2012.

<sup>46</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Flash Eurobarometer**. The European Constitution: Post-referendum survey in France. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl171\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl171_en.pdf)>. Acesso em 20/08/2012

<sup>47</sup> EUROPEAN COMMISSION. **Flash Eurobarometer**. The European Constitution: post-referendum survey in The Netherlands Disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl172\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl172_en.pdf)>. Acesso em 20/08/2012. Nos Países Baixos apresentou-se um alto nível de participação (62,8%), bastante maior do que a das últimas eleições europeias nesse país (39,3%).

<sup>48</sup> O último país a fazê-lo foi a Finlândia, em 12 de maio de 2006, um ano depois do “não” francês.

A concepção de planejamento de determinada sociedade constitui uma impossibilidade caso se parta de uma idéia relativamente comum e bastante propagada<sup>49</sup> - o mundo atual se apresenta como transgressor no que tange às (modernas) noções de fronteira. Esse é o evidente caso da União Europeia. De fato, tais noções existem somente em termos simbólicos<sup>50</sup> como uma lembrança de um passado que pretende se perpetuar no futuro. Ost<sup>51</sup>, a respeito, descreve esse saudosismo como a nostalgia da eternidade, ou seja, aquela saudade desavisada de manter-se perenemente ativa no futuro.

Nenhuma sociedade pode ser planejada<sup>52</sup>; logo, nenhum “Tratado Constitucional” terá essa propriedade. O primeiro obstáculo ao planejamento<sup>53</sup> da sociedade está no plano da observação. Luhmann<sup>54</sup> refere que a maioria das análises a respeito relata a existência de hierarquia. É o que se pretende com a tentativa de um instituto tal como esse ora analisado.

Contudo, hierarquia, em termos autopoieticos, é apenas uma etapa da autorreferencialidade dos subsistemas. Ela é transitória. Não é etapa final e, muito menos, inatacável, pois, em caso contrário, estar-se-ia negando a diferenciação dos subsistemas que compõe a União Europeia. Por isso, é extremamente irreal imaginar a existência da hierarquia em uma sociedade com diferenciação funcional tão acentuada quanto a Europa.

De outro lado, no nível da descrição, o planejamento de uma sociedade é um ato pleno de indeterminação. Diz-se isso porque qualquer descrição de uma determinada sociedade deve ser feita a partir da idéia de que ela se insere como elemento de uma sociedade global. Por isso, coexiste com outras sociedades, sendo, ao mesmo tempo, uma e diferenciada. Influencia e é influenciada pelas demais. Nenhuma sociedade e nenhum Direito (Comunitário) podem ser descritos sem essa complexidade. Torna-se, portanto, uma tarefa hercúlea planejar uma sociedade no nível descritivo. Um Tratado Constitucional com tal objetivo, local em que se inserem, por exemplo, os direitos fundamentais, corre o risco de atuar no plano mítico e não no plano real.

<sup>49</sup> Para um maior aprofundamento sobre o tema, relacionando-o com o Direito, consulte-se, em especial, o capítulo I (O Fim de uma Ordem) de ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras**. Entre Globalização e Pós-Globalização. Crítica da Razão Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>50</sup> ‘The boundaries of its subsystems can no longer be integrated by common territorial frontiers’ LUHMANN, Niklas. *The World Society as a Social System*. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990. p. 178.

<sup>51</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999. p. 27-28.

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. *The World Society as a Social System*. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990. p. 179.

<sup>53</sup> Não se nega que, para pequenas atividades, sem maior complexidade, como, por exemplo, o estabelecimento de um concurso de ingresso para cargos públicos, o planejamento seja uma possibilidade. Contudo, deve-se entender que esse é um ato de menor complexidade. Sem dúvida, influencia a sociedade. Mas não significa que toda a sociedade avance em função de planejamento.

<sup>54</sup> LUHMANN, Niklas. *The World Society as a Social System*. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990. p. 179.

Nesse caso, se os direitos fundamentais dos comunitários forem pensados dentro de concepções que não desvelam seu paradoxo originário, como efetivá-los em uma sociedade que se move e se comunica em um padrão transfronteiriço por excelência? Essa é a impossibilidade do *dirigismo constitucional*<sup>55</sup> do *Tratado* e de sua hipótese de planejamento social.

A hipótese defendida é a de que o complexo arcabouço de normativas do Direito Comunitário deve ser pensado a partir da noção de evolução. A complexidade deve ser analisada com pressupostos idem. Nesse sentido, para Luhmann<sup>56</sup>, a evolução pressupõe reprodução autorreferencial. Ela modifica as condições estruturais da reprodução por mecanismos de diferenciação por intermédio da variação, seleção e estabilização.

Com isso, significa que, ao contrário do planejamento, a evolução não possui uma meta. É possível conseguir um objetivo, mas não será seu objetivo fundamental. Os mecanismos seletivos próprios de cada sistema (códigos) procuram estabilizar, sob suas próprias condições, as influências externas, remetendo-as a uma variação que pode ou não ser induzida. O planejamento, portanto, influencia a evolução. Contudo, não é sua causa principal. Daí a razão do rechaço dos comunitários e da desnecessidade funcional de um Tratado Constitucional.

## 5. REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras**. Entre Globalização e Pós-Globalização. Crítica da Razão Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BÚRCA, Gráinne de. Reflections on the EU's Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty. **Fordham Law Research Paper**, New York, jun. 2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1124586>>. Acesso em 25 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002

<sup>55</sup> A famosa tese do dirigismo constitucional - tão defendida em solo brasileiro - foi renegada por seu autor. Uma das razões é o problema da reinvenção do território, cujo grande exemplo pode ser verificado no espaço europeu comunitário: "A constituição dirigente era fundamentalmente a constituição do estado. Sobranceira na sua posição, dá-se mal com a perda do território e de funções soberanas. A supranacionalização e internacionalização do direito com as liberdades globalitárias - liberdade de pessoas, liberdade de mercadorias, liberdade de serviços, liberdade de capitais - esvaziam o estado e a sua constituição (NATO, EU, MERCOSUL, NAFTA, ONU, Uruguai-Round, Schengen, informação - CNN)." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "*Brançosos*" e *Interconstitucionalidade*. *Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra : Almedina, 2006, p. 219.

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas. The World Society as a Social System. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990. p. 180.



CERDÓN, Antonio Bar. El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. **Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadique Furió Ceriol**, Valencia, n. 60-61, p. 183-220. Disponível em <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0)>. Acesso em 16 ago. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: Nascimento e crise do Estado Nacional. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Trad. de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

KEDAR, Nir. The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Paradoxes and Inconsistencies in the Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição**. Campinas: Russel, 2007.

LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir Lopes (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder M.X., 2007.

LUHMANN, Niklas. The World Society as a Social System. In: LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York/Oxford: Columbia University Press, 1990.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. De la Autopoiesis a la Alopoiesis del Derecho. **Doxa**, Alicante, n. 19, p. 403-420, 1996.

OPPERMAN, Thomas. Do Tratado de Nice de 2001 à Convenção para a Constituição Europeia 2002/2003: Rumo a uma Ordem Constitucional na Europa? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 10, p. 161-182, jul./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas\\_Oppermann\\_Traducao\\_de\\_Fabricio\\_Pasquot\\_Polido.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas_Oppermann_Traducao_de_Fabricio_Pasquot_Polido.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2012.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PRIBÁN, Jirí. The Time of the Constitution-Making. On the Differentiation of the Legal, Political and Moral Systems and Temporality of Constitutional Symbolism. **Ratio Juris**, Colombia, vol. 19, n. 4, p. 456-478, dec. 2006.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Leonel Severo Rocha. As Três Matrizes do Pensamento Jurídico. In:\_\_\_\_; CLAM. J.; SCHWARTZ, G (Orgs.). **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. A Autopoiese dos Direitos Fundamentais. In: MACEDO, E.H.; OHLWEILER, L; STEINMETZ, W. (Orgs.). **Direitos Fundamentais**. Canoas: Editora da Ulbra, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers Etat? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VENTURA, Deisy. Crítica al Proyecto de Constitución Europea ("Constitución Parcial"): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 595-613, 2003.