

O Princípio da Subsidiariedade no Tratado Constitucional: Procedimentalização *versus* Justiciabilidade

FAUSTO VECCHIO

Doutorando em “Perfil do Cidadão na Reconstrução da Europa” junto a Facoltà di Scienze Politiche di Catania.

Submissão: 23.02.2012

Parecer 1: 24.02.2012

Parecer 2: 27.02.2012

Decisão Editorial: 27.02.2012

SUMÁRIO: 1 A subsidiariedade no ordenamento europeu: as origens; 2 A escassa justiciabilidade decorrente do princípio de subsidiariedade; 3 O princípio da subsidiariedade no Tratado Constitucional; 4 O impacto do novo protocolo do sistema europeu; 5 O princípio da subsidiariedade no último projeto de reforma do ordenamento europeu.

1 A SUBSIDIARIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO EUROPEU: AS ORIGENS

Do longo e apaixonado debate que acompanhou a introdução da subsidiariedade no sistema jurídico da comunidade europeia deveria ser bem fácil intuir como, sobre aquele plano, jogaram-se questões estratégicas ou mesmo absolutamente decisivas para o processo de integração europeu¹.

1 A subsidiariedade é certamente um dos temas mais debatidos nos últimos anos. Na tentativa de reconstruir a seu significado, se lançaram diversos estudiosos das mais variadas disciplinas. Quanto aos autores que enfrentaram o problema da subsidiariedade podemos citar: A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, em *Diritto pubblico*, n. 1, 2002; L. Antonini, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, em *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, n. 1, 2000; L. Antonini, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, em *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2002; L. Azzerà, *Il sistema delle competenze*, em *Il Foro italiano*, n. 1, 2005; M. Baudrez, *Un principio ispiratore di riforme: la sussidiarietà in Francia*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto a cura di A. Rinella, Leopoldo Coen, Roberto Scarmiglia*, Padova: Cedam, 1999; R. Cafari Panico, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, em *Rivista di Diritto Europeo*, n. 1, 1994; F. Carinci, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, em *ADL* 2006, n. 6; F. Casavola, *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, *Foro Italiano* n. 4, 1996; O. Chessa, *La sussidiarietà (verticale) come “precetto di ottimizzazione” e come criterio ordinatore*, em *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, 2002; A. D’Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, em *Quaderni Costituzionali*, n. 1 2001; A. D’Atena, *La sussidiarietà tra valori e regole*, em *Diritto e Giurisprudenza Agraria e dell’Ambiente*, n. 2, 2004; A. D’Atena, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, em *Diritto dell’Unione Europea*, n. 1, 2005; L. Gianniti, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, em *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2003; F. Ippolito, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, em *Il Diritto dell’Unione Europea*, n. 3 2004; J. Luther, *Il principio di sussidiarietà: un “principio speranza” per l’ordinamento europeo?*, em *Foro Italiano*, n. 4, 1996; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà nel Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l’Europa*, em *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, n. 3, 2003; C. Panzera,

De um lado, o princípio deveria encontrar aplicação no plano horizontal para disciplinar a relação entre público e privado. Do outro lado, é explicitamente *chamado* para disciplinar a distribuição da competência entre União Europeia, Estados-membros e autonomias locais. Devido à importância das questões em jogo, pode ser oportuno retornar a uma análise das normas que introduziram tal princípio no sistema jurídico europeu.

Desde a construção do mercado comum, a subsidiariedade tinha sido introduzida no ordenamento comunitário. Efetivamente, no princípio da concorrência e nas quatro liberdades – regras fundamentais que governaram o mercado europeu e as instituições comunitárias desde as origens –, se pode encontrar uma aplicação para a interpretação liberal da ideia subsidiária: um sistema que entrega ao mercado a tarefa de se autodisciplinar e que limita a intervenção pública aos casos bem definidos, onde a iniciativa privada parece inidônea a alcançar os objetivos colocados.

Além deste possível precedente “horizontal”, é no plano “vertical” que a subsidiariedade se afirmou como princípio fundamental do ordenamento europeu. Segundo consolidada doutrina, é a partir do texto originário do art. 130R, parágrafo 4, do Ato Único europeu (agora revogado) que é possível descobrir a primeira manifestação normativa explícita do princípio de subsidiariedade². Esta norma previa que, em matéria ambiental, “la

Il doppio volto della sussidiarietà, n. 4, 2003; F. Petrangeli, *Sussidiarietà e Parlamenti nazionali: i rischi di confusione istituzionale*, em Quaderni Costituzionali, n. 1, 2003; C. Pinelli, *Il disegno delle istituzioni politiche*, em Il Foro Italiano, n. 1, 2005; A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*. Esperienze a confronto a cura di A. Rinella, Leopoldo Coen, Roberto Scarmiglia, Padova: Cedam, 1999; S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, em Federalismi.it del 9/3/2006; G. Strozzi, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, em *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, n. 1, 1993. No que se relaciona às referências efetuadas por filósofos podemos citar em particular: C. Millon-Delsol, *Il principio di sussidiarietà*, Milano: Giuffrè, 2003; G. Cotturri, *Materiali di lavoro sulla sussidiarietà in Europa*, em *Democrazia e Diritto*, n. 7, 2000; J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?* em *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* a cura de G. Zagrebelsky, Bari: Laterza, 2003. Atenção particular merece a visão do sociológica de N. Mac Cormick, *La sovranità in discussione*, Bologna: il Mulino, 2003. Da subsidiariedade se interessaram também os politólogos: J. Fischer, *Dall'Unione di Stati alla federazione. Riflessioni sulle finalità dell'integrazione europea*, em *Rivista di Studi di Politica Internazionale*, n. 268, outubro-dezembro 2000; F. Mayer-I. Pernice, *A constituição integrada da Europa*, em *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* a cura di G. Zagrebelsky, Bari: Laterza, 2003, I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union* em *European Law Review* outubro-dezembro 2002; J. Weiler, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, em *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2000. Emfim, para a história se indica: P. Duret, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, n. 1, 2000; M. Mistò, *La sussidiarietà quale principio di diritto ipotattico da Aristotele alla dottrina sociale della Chiesa: per una ricostruzione storico-ideale del concetto*, in *Iustitia*, n. 1, 2000.

2 O art. 130R do Ato Único europeu não representa absolutamente uma novidade, mas constitui o resultado de uma longa evolução do sistema jurídico europeu. A primeira formulação do princípio no âmbito comunitário remonta aos idos de 1975, por ocasião da aprovação do relatório da Comissão sobre a União Europeia. Ainda no projeto do Tratado sobre a União Europeia, aprovado pelo Parlamento europeu em 1984 (chamado Projeto Spinelli), o princípio era um dos pontos sobre os quais se fundava todo o mecanismo normativo. Somente depois da rejeição da proposta Spinelli foi decidida a adoção do princípio, ainda que de maneira limitada, no art. 130R do Ato Único europeu. Sobre este ponto veja-se a Escola Superior de Formação Europeia de Genova”, *Modelli ed esperienze a confronto sulla partecipazione nell'impresa. Una prospettiva per le*

Comunità agisce nella misura in cui gli obbiettivi possono essere realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri”.

Todavía, é com o Tratado de Maastricht que a subsidiariedade se tornou um dos princípios fundamentais da União Europeia: um princípio explícito de constituição material que deveria regulamentar os futuros desenvolvimentos do processo de integração. A nova categoria do princípio aparece em mais de um ponto no texto do Tratado. De início, já no penúltimo ponto do Preâmbulo, os Estados-membros se declaram: *“Decisi a portare avanti il processo di creazione di un’unione sempre più stretta fra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini conformemente al principio di sussidiarietà”*. Ainda, por uma orientação doutrinária consolidada³, é na ótica do Preâmbulo que deveria ser lido o artigo A (hoje art. 1 do Tratado da C.E.), parágrafo segundo, segundo o qual *“il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un’unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini”*.

Finalmente, com o art. 3B (hoje art. 5 do Tratado da C.E.), parágrafo segundo, onde se afirma que *“la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obbiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati al meglio a livello comunitario”*, a aplicação do princípio é generalizada em todos os setores de *“competência não exclusiva”*.

Naturalmente, observada a relevância crucial que o Tratado atribui à subsidiariedade⁴ e vistas as dificuldades no enquadramento normativo de

relazioni industriali, Roma, 2000, p. 270 e segs. Sobre a genealogia do art. 130R ver ainda: J. Luther, *Il principio di sussidiarietà un “principio speranza” per il diritto costituzionale europeo?* Op. cit., p. 184, onde se evidencia que o significado político atribuído àquela norma recuperada do Tratado Spinelli *tinha um* sentido contrário em relação ao significado que se atribui atualmente à subsidiariedade: não uma barreira contra o ativismo das instituições europeias, mas um princípio chave capaz de *levar adiante* o processo de integração europeia.

3 É esta a leitura que nos oferece: A. D’Atena, *La sussidiarietà tra valori e regole*, Op. cit., p. 70 e A. D’Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, p. 20. Ver ainda: F. Carinci, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, Op. cit., p. 1498.

4 Ver: C. Panzera, *Il doppio volto della sussidiarietà*, Op. cit., p. 849, onde se lê: *“Nel quadro ordinamentale multilevel del futuro assetto europeo... la ‘misura’ di un esercizio ordinato e non caotico delle competenze assegnate dipende in buona parte anche dall’effettivo ruolo ricoperto da un principio cardine del sistema: il principio di sussidiarietà”*. Para R. Cafari Panico, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, Op. cit., p. 382, o generalizado clima de *europessimismo*, *“il convincimento... del precoce fallimento dell’Europa di Maastricht”* e o *“scemare di una volontà effettiva di realizzare l’Unione politica sono da imputare anche alla sostanziale incapacità di dare un preciso valore alla sussidiarietà”*. Segundo G Cotturi, *Materiali di lavoro sulla sussidiarietà in Europa*, Op. cit., p. 291, *Materiali di lavoro sulla sussidiarietà in Europa*, *“ci troviamo dinnanzi all’affermazione di un nuovo principio costituente, in un duplice senso: attraverso di esso si potrà concretare una Costituzione materiale europea in cui spirito di*

um princípio assim esquivo⁵, não faltaram problemas de interpretação. Por exemplo, nos interrogamos sobre a possibilidade de se levar consideração, na avaliação, a suficiência da intervenção estatal, a capacidade de intervenção das instituições regionais e locais. Ou, mesmo, na tentativa de individualizar o âmbito exato de atuação concreta do princípio, se procurou indagar sobre as relações do art. 3B e o princípio de funcionalidade do antigo art. 235 do Tratado de Maastricht⁶. E ainda nos interrogamos a propósito da incidência das normas sobre a subsidiariedade no sistema das competências⁷. Novamente procurou-se focalizar sobre a coordenação da subsidiariedade com outros princípios consolidados do direito comunitário, como aqueles da proporcionalidade, de atribuição e de leal colaboração⁸.

autogoverno si congiunge a forme discrete di sostegno alla crescita; e in secondo luogo in termini tecnico legislativi la formulazione di Maastricht, non può essere considerata come mero criterio amministrativo di riparto delle competenze, ma appunto è principio cardine della nuova Costituzione formale che si va formando in Europa".

- 5 O tema da ambiguidade da subsidiariedade reaparece com frequência no debate. Entre outros por exemplo ver: A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 17, onde afirma-se que a "*molteplicità di radici e la conseguente ricchezza assologica conferiscono al principio una notevole polivalenza*". Ver também: F. Carinci, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, Op. cit., p. 1496, onde o princípio em exame é definido como "*proteiforme, composito se non ambiguo*". Ver: M. Dony, *L'ambigua sussidiarietà nell'Unione Europea*, in *Democrazia e Diritto*, n. 2, 1994, a subsidiariedade é definida "*nozione dalle molte sfaccettature*". Ver: J. Luther, *Il principio di sussidiarietà un "principio speranza" per il diritto costituzionale europeo?* Op. cit., p. 184, põe em evidência a dificuldade de reconstruir o princípio. Na verdade na tentativa de reconstruir a genealogia "*da un lato, si ricordano le resistenze (non solo) britanniche contro quella che... veniva chiamata la 'vocation federale' dell'Unione' do outro lado 'va ricordato che... lo stesso principio è stato invocato per la prima volta dalla Commissione europea... e che ha assunto il ruolo di guida generale delle riforme istituzionali della comunità già nel progetto Spinelli*". Ainda que se refira à subsidiariedade horizontal é emblemática a descrição dos problemas que se encontram ao reconstruir o princípio oferecido por: G. Vetrutto, *Il dilemma della sussidiarietà*, Op. cit., p. 26: "*L'artificioso unanimità sulla sussidiarietà si è costruito, in molti contesti politici, su un piano soltanto lessicale e non sostanziale. In altre parole, se tutti o quasi tutti sembrano concordare sulla centralità del concetto di sussidiarietà, è perché attribuiscono al sostantivo contenuti sostanziali estremamente diversi. Il concetto di sussidiarietà è insomma polimorfo*". No relatório do CEPR (Center for Economic Policy Research), *La distribuzione dei poteri nell'Unione Europea. Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione europea*, Bologna: Il Mulino, 1995, p. 11, se lê que: "*La sussidiarietà è forse uno dei concetti più astratti entrati nel dibattito politico europeo dal 1789*". Para R. Cafari Panico, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, Op. cit., p. 382: o significado da subsidiariedade é "incerto" e "ambiguo". Finalmente ver: P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi su piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, ver: *Quaderni Costituzionali*, n. 11, 1993, p. 7, a subsidiariedade se apresenta como um Jano bifronte. Essa fórmula foi recuperada também por: C. Panzera, *Il doppio volto della sussidiarietà*, Op. cit., p. 849.
- 6 Veja-se G. Strozzi, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, Op. cit., p. 364-365; e R. Cafari Panico, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, p. 398-401.
- 7 Refere-se a G. Strozzi, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, Op. cit., p. 367-370.
- 8 Ainda sobre este ponto veja-se G. Strozzi, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, Op. cit., p. 366.

2 A ESCASSA JUSTICIABILIDADE DECORRENTE DO PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE

Atualmente, entre tantas questões jurídicas levantadas pelas normas que recebem o princípio ao nível comunitário uma suscitou particular interesse da doutrina especializada. Na verdade, apesar da particular importância estratégica das questões que se pretende regulamentar com a subsidiariedade e apesar da atenção que as instituições comunitárias e a sociedade civil europeia dedicaram ao princípio, a Corte de Justiça europeia encontrou uma aparente dificuldade em dar-lhe aplicação prática⁹. Existe o risco que uma ideia que aspira tornar-se um dos princípios fundamentais do sistema jurídico constitucional europeu termine por encontrar pouca aplicação na jurisprudência.

Emblemático é o caso da sentença proferida pela Corte de Justiça europeia, nº 491/07¹⁰ (mais conhecida como *British-American Tobacco*), um dos raros casos em que a Corte efetivamente se pronuncia sobre o princípio da subsidiariedade. O que mais *marca* nessa decisão não é tanto o fato de que, tendo levado concretamente em consideração o princípio a Corte, não chega de qualquer modo a julgar a diretiva comunitária que uma das partes denunciava como contrária ao art. 3B do Tratado de Maastricht. Aquilo que mais impressiona é a linha argumentativa utilizada pelos juízes para motivar a própria decisão. Na verdade, vez que definido que as questões-objeto da controvérsia são de competência não exclusiva da Comunidade, o primeiro passo do entendimento da Corte, para afirmar a insubsistência de violação ao princípio de subsidiariedade foi o de verificar se naquele ente comunitário era o melhor nível de ação para a realização do objetivo perseguido. Somente em um segundo *momento*, depois de uma avaliação sumaria e quase em modo comparativo, chegou-se à conclusão de que o nível de ação nacional era insuficiente. Como se evidenciou, um entendimento desse tipo acaba escapando do que dispõem o art. 3B e enfraquece o mesmo princípio¹¹. Na verdade, uma ação a nível nacional será julgada insuficiente

9 Quanto ao ponto de vista da doutrina sobre o problema da justiciabilidade do princípio de subsidiariedade ver: A. D'Atena, *La sussidiarietà tra valori e regole*, Op. cit., p. 71; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 21; L. Gianniti, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 173; P. Gori, *Corte di Giustizia e principio di sussidiarietà*, Op. cit., J. Luther, *Il principio di sussidiarietà un "principio speranza" per il diritto costituzionale europeo?* Op. cit., p. 184; G. Strozzi, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, Op. cit., p. 372-373.

10 Para um comentário sobre a sentença C-491/07, ver: F. Ippolito, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, Op. cit.

11 Ver: F. Ippolito, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, Op. cit., p. 648, onde se afirma que: "Se nel merito può risultare condivisibile il risultato cui perviene la Corte nel considerare che dalle differenze legislative sarebbero potuti derivare ostacoli al funzionamento del mercato interno opportunamente da eliminare, non sembrano altrettanto adeguatamente motivati nel ragionamento i motivi per i quali un simile obbiettivo non avrebbe potuto essere realizzato sufficientemente a livello nazionale".

se confrontada com possíveis resultados obtidos com uma análoga ação *desejável* no nível comunitário. Aplicando este princípio, se corre o risco de deixar para as mesmas instituições políticas comunitárias a decisão do destino de um princípio, que deveria de qualquer modo limitar-lhes.

Enfim, este é o risco que a subsidiariedade termine por transformar-se em um princípio dependente das boas intenções das instituições políticas comunitárias que, de frente a uma jurisprudência tímida da Corte, se sentiriam efetivamente livres para adequar-se pelo menos em relação aos seus parâmetros. Não se admira, portanto, que o Tratado de Maastricht tenha sinalizado o início de um caloroso debate sobre o tema em questão e que, a partir da sua entrada em vigor, as instituições comunitárias tenham sido chamadas inúmeras vezes a manifestar-se com a finalidade de tentar garantir a efetividade do princípio. Maastricht inaugurou um longo e complexo *iter* de debates e de reformas que por meio de dois Conselhos europeus (Birmingham 1992 e Edimburgo 1992), e um acordo interinstitucional entre Comissão, Conselho e Parlamento europeu chegou ao “*Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*” em anexo ao Tratado de Amsterdam.

O *iter* de reforma da matéria não parece concluído ainda. A Declaração nº 23 em anexo ao Tratado de Nizza e relativa ao “*futuro dell’Europa*”, ao delinear os possíveis *progressos* do processo de integração, coloca entre os objetivos a serem alcançados a identificação de “*modalità per stabilire una più precisa delimitazione delle competenze tra l’Unione e gli Stati membri, che rispecchi il principio di sussidiarietà*”. Também a Declaração de Laeken sobre o “*futuro dell’Unione Europea*” indica expressamente o princípio de subsidiariedade como critério oficial e identifica entre as prioridades da Convenção Europeia a definição das competências da União e a repartição das competências entre União e Estados-membros.

3 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO TRATADO CONSTITUCIONAL

Coerentemente, com o Mandato de Laeken e com a Declaração nº 23 anexa ao Tratado de Nizza no “*Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa*”, foi dada grande atenção à matéria, de modo a enfrentar as questões ligadas à subsidiariedade dentro da Convenção Europeia, sendo instituído um especial grupo de trabalho¹².

Em síntese, se afirma que a Corte, no seu entendimento, teria iludido substancialmente o segundo teste que o art. 3B do Tratado de Maastricht impõem: a manifestação sobre a suficiência da intervenção nacional.

12 Sobre o “mandato” do grupo “Sussidiarietà”, ver: CONV 71/02, disponível em <http://europeanconvention.eu.int>.

Segundo orientação doutrinária majoritária, as dificuldades encontradas pela Corte de Justiça europeia na aplicação prática do princípio de subsidiariedade são decorrentes do constrangimento da Corte ao entrar no mérito de algumas questões que inevitavelmente requerem uma avaliação em *sensu lato* política¹³. Efetivamente, na ausência de critérios normativos bem definidos e de um compartilhado sentido comum, na tentativa de dar um conteúdo concreto ao princípio, a Corte poderia encontrar dificuldades objetivas para explicar os critérios de justiciabilidade imunes de avaliações extrajurídicas, e uma decisão sobre a subsidiariedade poderia mesmo transformar-se em uma decisão sobre *Kompetenz-kompetenz*.

Coletando indicações de uma parte da doutrina especializada e com objetivo de superar as perplexidades oriundas da jurisprudência comunitária e do debate sobre o tema, o grupo de trabalho sobre a subsidiariedade, em acordo com o grupo de trabalho sobre o papel dos Parlamentos nacionais¹⁴ na União Europeia, portanto, redesenhou o sistema normativo.

Antes de tudo, chama a atenção para os quatro princípios fundamentais (atribuição, subsidiariedade, proporcionalidade e leal colaboração), princípios aludidos pelo art. 3B do Tratado de Maastricht para disciplinar a matéria das competências, sendo que somente os três primeiros princípios são mencionados pelo art. I-11 do Tratado Constitucional. O princípio de leal colaboração entre União e Estados-membros, que em alguns esboços anteriores aparecia unido aos outros, é transferido para o parágrafo segundo do art. I-5. Para todo o resto, fica confirmado o sistema introduzido em Maastricht.

Na maioria das vezes aparecem as novidades propostas pelo novo “*Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*”. A Convenção promete um sistema na qual os Parlamentos nacionais e as instituições políticas comunitárias apoiam a Corte de Justiça europeia no controle ao respeito da subsidiariedade.

13 Segundo: J. Luther, *Il principio di sussidiarietà un “principio speranza” per il diritto costituzionale europeo?* Op. cit., p. 184, “*la genealogia e l’impatto sentimentale spiegano perché il principio ha dato luogo a numerose domande circa la sua prescrittività e la sua giustiziabilità*”. Ver: P. Gori, *Corte di Giustizia e principio di sussidiarietà*, Op. cit., onde se lê: “*In considerazione del prevalente carattere lato sensu politico delle valutazioni che dovranno entrare in gioco per l’applicazione in concreto del principio sussidiarietà, la Corte di Giustizia dovrà essere... molto prudente nel maneggiare questo principio*”. Referências ao problema das infiltrações de natureza política no juízo sobre a subsidiariedade se encontram também em: A. D’Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 22; e A. D’Atena, *La sussidiarietà tra valori e regole*, Op. cit., p. 71.

14 Como aparece na p. 3 do relatório final do grupo “Sussidiarietà”, os dois grupos tiveram ainda uma reunião conjunta para discutir juntos as questões de sua competência. Os documentos de conclusão do grupo de trabalho sobre o grupo de trabalho “Sussidiarietà” (CONV 286/02) e do grupo de trabalho sobre o papel dos Parlamentos nacionais (CONV 335/02) se encontram no site <http://european-convention.eu.int>.

Antes de tudo, se deve ter em conta as normas que se propõem a fortalecer a consideração e a aplicação do princípio de subsidiariedade por parte das instituições comunitárias que participam do procedimento normativo, inclusive durante a fase de elaboração e exame das propostas de atos legislativos. Explícito nesse sentido é o art. 1 do Protocolo, que *determina* a cada instituição comunitária a responsabilidade de vigilância “*in modo continuo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*”. Ainda, o art. 5 prevê uma obrigação de motivar o respeito do princípio a todas as instituições comunitárias envolvidas no procedimento legislativo. Segundo o que emerge do documento de conclusão elaborado pelo grupo “Sussidiarietà”, tal normativa deveria impor uma obrigação reforçada e específica em matéria de justificação quanto à subsidiariedade. Em relação a este primeiro grupo de normas vem também em socorro o art. 2, que impõem à Comissão um dever específico: “*Prima di proporre un atto legislativo europeo*”, esta deverá efetuar “*ampie consultazioni*”. Finalmente, segundo o documento de conclusão do grupo “Sussidiarietà”, a apresentação do programa legislativo anual da Comissão representa um momento importante, no sentido de permitir um primeiro debate sobre a subsidiariedade. Portanto, no art. 9 prevê-se que em tal ocasião a Comissão *faça* um relatório ao Conselho europeu, ao Parlamento europeu, ao Conselho, ao Comitê das Regiões, ao Comitê Econômico e Social e aos Parlamentos nacionais sobre a aplicação do art. 11 do Tratado Constitucional.

Particularmente interessante é o modo com o qual a produção normativa da União Europeia vem procedimentalizada para permitir o envolvimento dos Parlamentos nacionais no controle do respeito dos parâmetros ligados à subsidiariedade. O art. 4 prevê que as propostas legislativas das instituições europeias sejam transmitidas diretamente aos parlamentos nacionais. Esta transmissão, *observado* o art. 6, tem o objetivo de consentir a “*ciascun Parlamento nazionale o ciascuna Camera di uno di questi Parlamenti*” em um prazo de seis semanas para apresentar um parecer motivado sobre o desrespeito do princípio de subsidiariedade. Note-se que este parecer não tem efeito vinculante (como pretendiam os representantes ingleses), mas impõe uma simples integração da motivação¹⁵. Segundo o que prescreve o art. 7 do Protocolo, as instituições comunitárias durante o procedimento normativo “*tengono conto dei pareri motivato trasmessi*”. Sempre em atenção ao art. 7, no entanto, se os pareceres sobre o desrespeito do princípio da subsidiariedade representem, no mínimo, um terço do total dos votos atribuídos ao Parlamento nacional, o projeto de ato legislativo euro-

15 Ver: L. Gianniti, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 172.

peu “*deve essere riesaminato*”. Tal limite diminui para um quarto no caso em que o projeto de ato legislativo trate as matérias disciplinadas do art. III-264 do Tratado Constitucional¹⁶. Nos casos identificados pelo art. 7, está previsto explicitamente que as instituições que propõem possam decidir se mantém o projeto, se o modificam ou o retiram. Também neste caso a única obrigação que pesa sobre as instituições comunitárias é a da motivação.

Finalmente, tome-se em consideração o art. 8, que trata do controle jurisdicional *confiado* à Corte de Justiça europeia. Com tal disposição, prevê-se que a legitimidade para apresentar recurso por violação ao princípio de subsidiariedade é dos Estados-membros e que, por meio dos Estados-membros, também aos Parlamentos nacionais e às Câmaras individuais de tais Parlamentos nacionais. No parágrafo segundo está prevista também a legitimidade dos Comitês das regiões para agir contra atos legislativos europeus pelos quais é prevista a sua consulta.

4 O IMPACTO DO NOVO PROTOCOLO DO SISTEMA EUROPEU

O novo “*Protocollo sul rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità*” segue somente em parte o homólogo Protocolo em anexo ao Tratado de Amsterdam. De fato, se as disposições que prescrevem às instituições comunitárias obrigações específicas de motivação sobre o respeito do princípio de subsidiariedade já estavam previstas no Tratado de 1997, a introdução de elementos de procedimentalização da produção normativa e a previsão do envolvimento dos Parlamentos nacionais na arquitetura institucional da União Europeia significariam uma novidade absoluta no sistema jurídico comunitário e, segundo a doutrina, poderiam representar efetivamente uma solução para alguns dos problemas relativos à aplicação do princípio.

Em primeiro lugar, se evidenciou como a proposta de *auxiliar* o controle político *ex ante* exercido pelos Parlamentos nacionais e o controle jurídico *ex post* se revelaria particularmente apropriado para superar o constrangimento do órgão jurisdicional comunitário para tratar a matéria¹⁷. A escolha de prever procedimentos específicos para garantir o respeito da subsidiariedade, deixando que sejam as instituições nacionais que ainda hoje dispõem de uma forte legitimidade democrática *a interessar-se* pelos aspectos mais propriamente políticos da questão, deixariam a Corte de Justiça europeia livre da tarefa de se ocupar dos aspectos formais, o que poderia

16 O artigo trata a disciplina geral para a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça europeu.

17 Ver: L. Gianniti, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 172.

ser fundamental para tornar efetivo o princípio. Coerentemente com essa tendência, o grupo de trabalho “Sussidiarietà” descartou a hipótese de instituir um controle jurídico *ex ante* no modelo daquele adotado pelo *Conseil Constitutionnel* francês. Uma forma de controle semelhante terminaria por sobrepor-se e interferir com os outros controles previstos pelo Protocolo para garantir o respeito do princípio¹⁸.

Também a escolha de não instituir um órgão comunitário *ad hoc*, convocado a representar os vários Parlamentos nacionais em nível europeu para efetuar o controle do respeito da subsidiariedade, foi compartilhada pela doutrina. Foi detectado (também em sede de Convenção Europeia) que um organismo desse tipo poderia trazer o risco de interferência com o Parlamento europeu, burocratizando e sobrecarregando ainda mais o sistema normativo europeu¹⁹. Portanto, *preferiu-se* dar competência aos Parlamentos nacionais *individualmente* considerados para manifestar-se sobre a questão.

Note-se ainda que, na sua complexidade, o sistema delineado no documento conclusivo do grupo “Sussidiarietà” parece coerente com a definição de vários níveis que a partir de Maastricht orientou o processo de integração europeia. Uma opção na direção do novo federalismo, caracterizado por uma dialética permanente entre o centro federal e os entes federados, que deveria afastar definitivamente a União Europeia dos esquemas clássicos de federalismo e dos modelos de organização internacionais²⁰.

-
- 18 No relatório elaborado pelo grupo “Sussidiarietà” na p. 9, “*selé un controllo giurisdizionale nella fase legislativa equivarrebbe a privare il controllo della sussidiarietà del suo carattere eminentemente politico*”. Para L. Gianniti, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 173, uma opção do tipo “*avrebbe modificato sostanzialmente il ruolo della Corte nel sistema istituzionale europeo*”.
- 19 No relatório final do grupo “Sussidiarietà”, na página 2, pode-se ler a tal propósito que em matéria de controle do princípio de subsidiariedade: “*I miglioramenti apportati non dovrebbero appesantire, allungare o bloccare il processo decisionale in seno alle istituzioni*”. Portanto, o grupo considera oportuno evitar a criação de um órgão *ad hoc* encarregado de controlar a aplicação do princípio de subsidiariedade. Segundo F. Petrangeli, *Sussidiarietà e Parlamenti nazionali: i rischi di confusione istituzionale*, Op. cit., p. 174: “*Il meccanismo di controllo... presenta diversi aspetti positivi... Tra questi, il principale è senz'altro quello di dare una risposta all'esigenza di associare i Parlamenti nazionali nel controllo della sussidiarietà senza cedere alle ipotesi di istituire un nuovo organismo che li rappresenti direttamente, misura che non aumenterebbe il grado di democraticità del sistema, ma solo la confusione istituzionale*”.
- 20 Para uma visão geral sobre a constitucionalização a vários níveis ver: J. Weiler, *La Costituzione europea*, Bologna: il Mulino, 1999. p. 511-523. Para o que se refere à relação entre soberania e subsidiariedade ver: N. Mac Cormick, *La sovranità in discussione*, Op. cit., p. 195-241. Para a relação entre procedimentalização e justiciabilidade ver: A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 21-24. A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 22. Sobre os reflexos do Protocolo sobre o sistema europeu ver: L. Gianniti, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 173, onde tal sistema é definido: “*Irriducibile ad un sistema federale, ma coerente con il processo di integrazione costituzionale europea*”. Emfim, veja-se também: F. Petrangeli, *Sussidiarietà e Parlamenti nazionali: i rischi di confusione istituzionale*, Op. cit., p. 175, onde se lê: “*L'ingresso dei Parlamenti nazionali nel contesto istituzionale dell'Unione... sottolinea la natura peculiare della costruzione europea, allontanandola ulteriormente dal modello delle organizzazioni internazionali ma anche dal modello federale*”.

Todavia, apesar das positivas inovações, o Protocolo não parece resolver todos os problemas que giram em torno do princípio da subsidiariedade. Particularmente do texto do art. 8 não parece surgir restrição alguma à ação por parte dos Parlamentos nacionais. Em contraposição às orientações expressas pelo grupo “Sussidiarietà” no momento da redação do Protocolo, a Convenção Europeia, em sessão plenária, teria preferido não limitar a legitimidade somente aos Parlamentos nacionais que teriam apresentado parecer motivado, nos termos do art. 6 para recorrer à Corte de Justiça. Esta escolha pode ter sido ditada pela vontade de não limitar os recursos judiciais em matéria de subsidiariedade, ou, mesmo, da preocupação que, na presença de um filtro semelhante, os Parlamentos nacionais possam recorrer ao instrumento de alarme preventivo somente para manter inalterada a legitimidade deles de aderir à Corte²¹.

Não obstante a solução finalmente adotada pela sessão plenária da Convenção Europeia, não parece coerente com o sistema desenhado pelo grupo “Sussidiarietà”. De fato, na ausência do filtro, os Parlamentos nacionais, havendo a possibilidade de aderir em qualquer momento à Corte de Justiça, seriam desmotivados a exercer o controle político previsto no art. 6. De tudo isso surgiria como ulterior consequência uma grave “exclusão de responsabilidade” das instituições nacionais que poderiam deixar para a fase de controle jurisdicional a solução das questões de natureza essencialmente política. Um resultado desse tipo parece em contraposição com as intenções do grupo “Sussidiarietà”:²² confiar a avaliação relativa à escolha do nível decisório mais apropriado a instituições reforçadas pela legitimidade democrática, consentindo somente em casos limitados e excepcionais o recurso ao procedimento jurisdicional²³.

21 É esta a preocupação expressa por: L. Gianniti, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, Op. cit., p. 172-173; e F. Petrangeli, *Sussidiarietà e Parlamenti nazionali: i rischi di confusione istituzionale*, Op. cit., p. 174. Sempre na p. 174, Petrangeli denuncia o risco de “trascinare dentro l’Unione tensioni politiche istituzionali che nascono a livello nazionale (all’interno della maggioranza, tra governo e Parlamento, tra i due rami del Parlamento) o addirittura favorire comportamenti istituzionalmente poco corretti (un governo vota a favore del provvedimento nel Consiglio ma poi, ‘attraverso’ il Parlamento impugna l’atto)”.

22 No relatório final do grupo “Sussidiarietà” (CONV 286/02), na p. 2, lê-se explicitamente: “Il gruppo ritiene che, essendo il principio di sussidiarietà un principio di natura essenzialmente politica – la cui attuazione comporta un margine discrezionale importante per le istituzioni (valutare se la realizzazione in comune degli obiettivi possa avvenire ‘meglio’ a livello europeo o a un altro livello) – il controllo del suo rispetto dovrebbe essere di tipo prettamente politico e intervenire prima dell’entrata in vigore dell’atto in questione”.

23 Sempre no relatório final do grupo “Sussidiarietà”, na p. 7, lê-se: “Onde tenere conto della natura essenzialmente politica del controllo sulla sussidiarietà, è importante collegare la possibilità di introdurre un ricorso per violazione del principio di sussidiarietà all’attivazione, da parte dei Parlamenti nazionali, della procedura di allarme preventivo sopra proposta. Il ricorso alla procedura giurisdizionale dovrebbe essere autorizzato solo in casi limitati e verosimilmente eccezionali, un volta che la fase politica si sia conclusa senza che sia stato possibile trovare una soluzione soddisfacente per il Parlamento o per i Parlamenti nazionali”.

Das considerações citadas, surge, de maneira evidente, como o Protocolo, ainda que orientando o sistema para a aceitação dos modelos neo-federalistas do *multilevel constitutionalism* e ainda que confiando a procedimentalização da produção normativa comunitária, com a tarefa de garantir efetividade a um princípio tão crucial quanto *oscilante*, ainda não *definido*. Além das outras possíveis questões abertas sobre as normas contidas no texto, a atual formulação do art. 8 do Protocolo deixa ainda aberta a questão relativa à exata individualização do limite da competência dos Parlamentos nacionais e da jurisdição da Corte de Justiça. Na falta de uma clara indicação legislativa, será mais uma vez tarefa da Corte individualizar o equilíbrio institucional concreto.

5 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO ÚLTIMO PROJETO DE REFORMA DO ORDENAMENTO EUROPEU

Tantas são as incógnitas sobre o futuro da Constituição europeia. Em um procedimento de modificação dos Tratados que prevê substancialmente a regra de unanimidade, pesam em modo particular os êxitos negativos das ratificações nacionais francesa e holandesa. Parece que o projeto de constitucionalização da Europa seria, pelo menos até o momento, colocado de lado em favor de um novo Tratado.

Todavia, pelo menos seguindo as indicações do Conselho Europeu de Bruxelas de 21-22 de junho, a solução de garantir a efetividade do princípio de subsidiariedade por meio do envolvimento dos Parlamentos nacionais²⁴ e da procedimentalização do *iter* normativo comunitário não parece colocada em discussão. Das conclusões do Conselho europeu de Bruxelas mais parece que se mira a reforçar ainda mais a procedimentalização, dando, por um lado, mais tempo aos Parlamentos nacionais para apresentar parecer fundamentado nos termos do art. 6 do Protocolo²⁵, e, por outro, prevendo, no caso em que a maioria dos Parlamentos nacionais tenham feito recurso ao mecanismo de alerta preventivo, um procedimento legislativo especial²⁶.

24 Nas conclusões do Conselho Europeu de Bruxelas está previsto um reforço na relação entre os Parlamentos nacionais relativamente ao que fora previsto durante a *Conferenza intergovernativa del 2004*. Também está previsto explicitamente que o futuro Tratado devará conter um novo artigo sobre esta questão.

25 Lê-se nas conclusões do Conselho Europeu de Bruxelas: "*Il termine concesso per esaminare i progetti di testi legislativi ed emettere un parere motivato concernente la sussidiarietà sarà prolungato da sei ad otto settimane*".

26 Sempre nas conclusões do Conselho Europeu de Bruxelas lê-se: "*Sarà istituito un meccanismo di controllo sulla sussidiarietà, nel senso che se un progetto di atto legislativo viene contestato dalla maggioranza semplice dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali la Commissione riesaminerà il progetto di atto, che può decidere di mantenere modificare o ritirare. Qualora scelga di mantenere il progetto, la Commissione dovrà spiegare in un parere motivato, perché ritiene il parere conforme al principio di sussidiarietà. Tale parere motivato e i pareri motivati dei parlamenti nazionali dovranno essere trasmessi al legislatore dell'UE affinché ne tenga conto nella procedura legislativa. Ciò attiverà una procedura specifica: prima della*

Além das mudanças nos procedimentos específicos, o Conselho confirma, portanto, a percepção de que a procedimentalização seja, pelo menos no contexto atual, o caminho escolhido pelo ordenamento europeu para garantir a efetividade do princípio de subsidiariedade.

conclusione della prima lettura secondo legislatura ordinaria, il legislatore (Consiglio e Parlamento) esamina la compatibilità della proposta legislativa con il principio di sussidiarietà, tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione; se a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame".