

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

# “Brançosos” e Interconstitucionalidade

Itinerários dos discursos  
sobre a historicidade constitucional

2.<sup>a</sup> Edição



## “BRANCOSOS” E INTERCONSTITUCIONALIDADE

ITINERÁRIOS DOS DISCURSOS SOBRE A HISTORICIDADE CONSTITUCIONAL

AUTOR

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Av. Fernão Magalhães, n.º 584, 5.º Andar

3000-174 Coimbra

Tel.: 239 851 904

Fax: 239 851 901

www.almедina.net

editora@almедina.net

PRÉ-IMPRESSÃO | IMPRESSÃO | ACABAMENTO

G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.

Palheira – Assafarge

3001-453 Coimbra

producao@graficadecoimbra.pt

Agosto, 2008

DEPÓSITO LEGAL

274671/08

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

*À memória do Professor Konrad Hesse, que, até ao último suspiro científico, esteve sempre atento à “Constituição aberta ao tempo”.*

*À boa nova do primeiro neto, esperando que o Pedrito não possa conter as gargalhadas perante a ingenuidade dos “brancosos”.*

*Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação*

CANOTILHO, J. J. Gomes, 1914-

“Brançosos” e interconstitucionalidade : itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. – 2ª ed.

ISBN 978-972-40-3485-0

CDU 342

## ESTADO PÓS-MODERNO E CONSTITUIÇÃO SEM SUJEITO

### 1.º

#### **O Estado com adjetivos Constituição com adjetivos**

Basta um breve relance de olhos pela vasta literatura jurídica, política e económica relacionada com o Estado para verificarmos esta intriga: o Estado não está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos. À guisa de um curto inventário, apresentamos algumas adjectivações: “estado subsidiário”, “estado sobrecarregado”, “estado dispensador de serviços”, “estado activo”, “estado económico”, “estado-arena”, “estado desobediente”, “estado aberto”, “estado cooperativo”, “estado protector”, “estado garantidor”, “estado desfronteirizado”, “estado internacional”, “estado cosmopolítico”, “estado ponderador”, “estado cooperativo”, “estado ecológico”, “estado argumento”, etc. Pela lista assim esboçada, poderemos ver que nem sequer a sobrecarregámos com adjetivos tradicionais, como “estado

de direito", "estado democrático", "estado autoritário", "estado social", "estado liberal", "estado intervencionista", "estado socialista", "estado unitário", "estado regional", "estado federal", "estado republicano", "estado nação".

Quando vemos o Estado cercado de adjetivos, talvez se possa dizer o que Carl Schmitt afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isto: um Estado carecedor de adjetivos indicia um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo e nada. É uma fórmula *passerpartout*. Não tem ADN. Precisa de impressões. Já não é grito de batalha. É um argumento. De categoria política passa a *topos* argumentativo. Será assim? Ousemos fazer uma provocação: diz-me o adjetivo do Estado e eu dir-te-ei que Estado tens ou queres. Eis o mote, eis o argumento, eis a ponderação que nos acompanhará nos desenvolvimentos subsequentes.

O que acaba de ser dito em relação ao Estado talvez possa também afirmar-se a respeito da Constituição. Vejamos: "constituição potável", "constituição culinária", "constituição programa", "constituição-carta", "constituição fechada", "constituição-código", "constituição dirigente", "constituição compromissória", "constituição-cidadã", "constituição-processo".

*Prima facie*, também a Constituição anda à procura de qualidades. No começo não está o verbo, mas sim o adjetivo. A Constituição, em si, não diz nada. Precisa de um arrimo qualificativo. Tal como o Estado. Ousaremos fazer uma segunda sugestão retórica: juntemos constituição e estado para ver se se amparam uma ao outro. Talvez os adjetivos do Estado façam luz sobre as qualidades da Constituição, talvez os qualificativos de constituição adiantem alguma coisa sobre os atributos do Estado.

## 2.º

### Tanto Estado quanta Constituição

Vamos discutir alguns problemas da Constituição a partir do Estado. É certo que a doutrina dominante, hoje, analisa o Estado a partir de uma Constituição democraticamente legitimada. A fórmula de Peter Häberle é sistematicamente repetida: "tanto Estado quanta Constituição"<sup>1</sup>. "Tal Constituição, tal Estado", o "Estado segundo a Constituição", eis a postura jurídico-política e jurídico-metodológica que

<sup>1</sup> Cfr. P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., Berlin, 1998, p. 620. Por último, cfr. K. Sobota, *Der Prinzip Rechtsstaat*, 1997, p. 30 ss.

se considera adequada ao Estado Constitucional. Também a iremos utilizar neste trabalho, desde logo porque é a partir da identidade Constituição-Estado que uma parte da doutrina brasileira critica as nossas teses de relativização do dirigismo constitucional<sup>2</sup>. Embora nem sempre expressamente formuladas, as críticas parecem subentender as seguintes ilações:

- (1) – dizer que a Constituição dirigente morreu significa afirmar que morreu o Estado dirigente (“o Estado Social”, “o Estado intervencionista”);
- (2) afirmar que a Constituição dirigente morreu equivale a dizer que o Estado fica sem programa económico e social (o que equivale à dessubstancialização do próprio Estado);
- (3) proclamar a morte da Constituição dirigente implica proclamar a morte dos estados nacionais concretamente configurados por essa Constituição, em favor de “constelações pós-nacionais” (um estado, um povo);
- (4) abandonar a ideia de Constituição dirigente é abandonar a ideia moderna da conformação da política, do desenvolvimento e dos direitos

em troca de um evolutivismo-conservadorismo sistémico-liberal;

- (5) sepultar a força dirigente de uma constituição feita a partir de ideias-esperança, sacrifícios-emancipadores, gritos de alma-justiça corresponde a lançar para debaixo da terra as conquistas civilizatórias “do Estado de Direito democrático e social”;
- (6) desertar de uma teoria da Constituição dirigente implica o abandono de uma teoria da constituição adequada aos países da modernidade tardia (“com promessas de modernidade incumprida”);
- (7) trocar o dirigismo normativo-constitucional por um regulativismo privatista neoliberal conduz ao abandono de políticas públicas e da respectiva implementação;
- (8) se a Constituição dirigente é uma constituição afeiçoada às “especificidades histórico-factuais de cada Estado Nacional”, isso significa que ela é também o símbolo de um “patriotismo nacional-constitucional” que está antes e acima do constitucionalismo cosmopolita e transnacional.

<sup>2</sup> Cfr., por último, a notável tese de Lenio Luis Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2002, p. 122 ss., em que analisa o chamado “Canotilho II”.

A associação de Estado e Constituição, Constituição e Estado, é, de resto, claramente afirmada pelos nossos interlocutores brasileiros. Lenio Luis Streck,

na pegada de outros autores, afirma isso com incisividade: "uma tal teoria de Constituição dirigente não prescinde de uma teoria do Estado, apta a explicar as condições de possibilidade da implantação de políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição"<sup>3</sup>.

### 3.º

#### Representações do Estado e da Constituição

Como conversar com os parceiros de diálogo brasileiros? O primeiro ponto de ordem terá, em minha opinião, de ser colocado da seguinte forma: quais as representações ou imagens do Estado e da Constituição que transportamos para a controvérsia? E quais as funções explícita ou implicitamente acopladas a essas representações? O esclarecimento prévio deste ponto servirá, desde logo, para afastar alguns mal-entendidos.

As "imagens" e representações do Estado e da Constituição são, como sabemos, "construções inte-

lectuais" e não "descrições da realidade"<sup>4</sup>. Devidamente contextualizadas, elas transportam, desde logo, um ímpeto político-ideológico particularmente forte. No caso concreto do Brasil, a dimensão política da "constituição dirigente" tem uma força sugestiva relevante, quando associada à ideia de estatalidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Referimo-nos à estatalidade articulada com o projecto da modernidade política. Este projecto, sucessivamente implementado, respondeu a três violências ("triângulo dialéctico") através da categoria político-estatal. Respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio). Deu resposta à desigualdade política, alicercando liberdade e democracia (Estado democrático). Combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquadras de socialidade. A "Constituição dirigente" permanecia o suporte normativo do desenvolvimento deste projecto de modernidade. Ora, quando alguns estados ainda não resolveram o combate às três violências – física, política e social –, não se compreende nem o eclipse do Estado de direito, democrático e social, nem a dissolução da sua valência normativa (o constitucionalismo dirigente, demo-

<sup>3</sup> Assim, textualmente, Lenio Luis Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., pag. 113.

<sup>4</sup> Seguimos H. Munkler, *Politische Bilder, Politik der Metaphern*, 1994, p. 34.

crático e social). Colocada assim a questão, compreendemos as angústias dos autores de países de "modernidade tardia". A Constituição dirigente desempenhará uma função de compreensão incontestável relativamente às *tarefas do Estado* ("Estado Social", Estado ecológico", "Estado de saber"). Mas não só. Recortam-se, igualmente, os *instrumentos* (e os métodos!) para a prossecução destas tarefas (políticas públicas de ensino, trabalho, saúde, segurança social)<sup>5</sup>.

A síntese político-constitucional da modernidade que acaba de ser feita em brevíssimas palavras é indispensável à compreensão da concordância na discordância com alguns interlocutores brasileiros. Poderemos continuar a afivelar a máscara do cidadão da modernidade e a defender a bondade material do seu projecto.

#### 4.º

### Constituição dirigente e patriotismo constitucional

Tomando na devida conta as críticas devidas ao abandono da teoria da constituição dirigente,

<sup>5</sup> Veja-se, por exemplo, A. Vosskühle, "Der Dienstleistungsstaat", in *Der Staat*, 2001, p. 504.

parece-nos vislumbrar, em algumas delas, certos laivos de *nacionalismo republicano de esquerda* e de *patriotismo constitucional*. Pelo menos na sua visão francesa, os nacionais-republicanos recusam as "constelações pós-nacionais", verberam o republicanismo cosmopolita, exaltam as comunidades existentes (por exemplo, a nação historicamente forjada), desconfiam de categorias políticas intelectuais, frias e abstractas (ex.: a democracia processual). Recolhendo uma formulação de N. Luhmann (mas feita noutra contexto), os estados e as nações têm a vantagem imbatível de terem nome como as pessoas<sup>6</sup>. É nesta onda que navega o corifeu dos republicanos de esquerda, Jean Pierre Chevènement: "Si la France est une personne, L'Europe, celle, n'est qu'une chose".

Relativamente ao patriotismo constitucional, diríamos que ele pressupõe, antes de mais, o *patriotismo jurídico*<sup>7</sup>. Mais do que um patriotismo geográfico impõe-se o patriotismo traduzido na outorga de personalidade jurídica a uma nação, conferida pela Constituição Política.

<sup>6</sup> Cfr. N. Luhmann "Staat und Staatsräson im Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik", in *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 1989, Vol. III, p. 346.

<sup>7</sup> Tal como C. Nicolet, *L'idée républicaine en France* (1789-1924), Paris, 1982. Por último, ver Jean-Marc Ferry, *La Question de l'État européen*, Paris, 2000, p. 161 ss..

A diferença entre as nossas posições e algumas apreciações críticas radica na diferença que vai do patriotismo jurídico ao *patriotismo constitucional*. Este vai além do reconhecimento de uma identidade nacional. Há outros sujeitos, diferentes dos cidadãos nacionais, como os indivíduos, os grupos e as nações, dentro de outras comunidades mais vastas, capazes de dar corpo a um estado cosmopolita integrado em constelações políticas pós-nacionais. Radica aqui, como se intui, um fragmento de dissenso. Vejamos porquê.

Em primeiro lugar, o republicanismo jurídico de esquerda é um republicanismo histórico com laivos comunitaristas. Não obstante a existência de diferentes perspectivas comunitaristas<sup>8</sup>, parece razoável descobrir um denominador comum a todas elas. Estamos a pensar na tendencial justaposição de comunidade moral e de comunidade legal. Isto leva a consequências teórico-constitucionais que estamos longe de sufragar. Implícita ou explicitamente, o Estado e a Constituição pressupõem uma *melhor teoria da Constituição*, aferida segundo padrões de complexidade moral<sup>9</sup>. A "Constituição dirigente" não

é a melhor teoria da Constituição de uma comunidade assente numa imposição de valores, mais ou menos comunitariamente partilhados. É uma proposta de conformação normativa da política; não é um código moral do "bem" e do "mal" de uma comunidade. Dirigismo constitucional e demonologia constitucional não se casam bem.

Em segundo lugar, a Constituição dirigente não afasta a ideia liberal e kantiana do republicanismo constitucional cosmopolita. Por outras palavras: à versão do republicanismo comunitarista preferimos a versão kantiana. Não deixamos, porém, de compreender algumas posições críticas, como a do Professor Paulo Bonavides<sup>10</sup>, em torno de uma "Constituição dirigente cidadã". O decidido assomo republicano da "virtude cívica" leva-o a comungar com algumas teses de comunitarismo republicano, excetivamente sintetizadas por J. G. A. Pocock, na nota prévia à edição francesa do *Le Moment Machiavélien*<sup>11</sup>: «Ceux qui invoquent aujourd'hui cette modernité sont les chantres du post-modernisme, c'est à dire, de cette forme de la perte de la citoyen-

<sup>8</sup> Cfr. W. Brugger, "Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes" in *AöR*, 123 (1998), p. 338 ss.

<sup>9</sup> Veja-se, por exemplo, Ulrich Haltern, "Kommunitarismus und Grundgesetz. Überlegungen zu neueren Entwicklungen in der deutschen Verfassungstheorie" in *KritV*, 2//2000, p. 177.

<sup>10</sup> Cfr. Paulo Bonavides "Garcia-Pelayo e o Estado Social dos Países em Desenvolvimento: o caso do Brasil", in *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Caracas, 2000.

<sup>11</sup> Cfr. J.G.A. Pocock, *Le Moment Machiavélien*, Paris, 1997, p. LVII.



neté qui nous affecte aujourd'hui à mesure que la Souveraineté et la nation disparaissent sous le régime polymorphe du marché».

## 5.º

### Teoria da Constituição e do Estado Economicizado

Outro dos pontos em discussão, na teoria da Constituição dirigente, liga-se à socialidade estatal. O "dirigismo constitucional" pressupõe um Estado Social, com políticas e um severo caderno de imposições económicas, sociais e culturais. Daí que o abandonado da teoria da Constituição dirigente signifique, para muitos, o desaparecimento do Estado socialmente programador.

Os receios seriam justificados perante as inúmeras sugestões de transformação das estruturas internas do Estado. Todas elas apontam para a necessidade de um Estado mais "elegante" e mais conforme com o mercado. Fala-se (e teoriza-se a este propósito) de um "estado economicizado" e de um "estado dispensador de serviços"<sup>12</sup>. Como o próprio adjectivo insi-

<sup>12</sup> Cfr. M. Wallerath, "Der ökonomisierte Staat", in *Juristenzeitung*, 2001, p. 209 ss; A. Vosskuhle, "Der Dienstleistungsstaat", in *Der Staat*, 2001, p. 495 ss.

nua, o "estado economicizado" é um "estado economicizador" segundo os paradigmas da racionalidade económico-privada. O Estado Social deve sujeitar-se a uma terapia adequada. Há que substituir, em primeiro lugar, o *big government* do estado de bem-estar por um estado "reduzido" e "elegante". Para isso ser possível, os inúmeros serviços e administrações estatais, caros e ineficientes, devem ser substituídos por esquemas privados empresariais. Mas mais do que isso. Os próprios instrumentos de direcção e organização económico-privados revelam operacionalidade suficiente para serem introduzidos na máquina estatal.

O chamado *New-public-management* será a via para a modernização do estado e da respectiva reforma da administração. Esta modernização do Estado implicará a "desconstrução" do sector público estatal. Num plano macro-económico, a viragem "economicizadora" aponta para uma clara mudança na compreensão do Estado. Desde logo, a nível simbólico. O "Estado Social" é um "mito", um "feitiço", uma "bruxaria" que deixou de manipular artes mágicas capazes de o fazer sair da bancarrota e da ineficiência. Estado "desmistificado" e "desfeitizado"<sup>13</sup> precisa-se.

<sup>13</sup> Traduzimos, um pouco literalmente, o título do conhecido livro de Helmut Wilke: *Die Entzauberung des Staates*, 1983.

A “desmistificação” do Estado Social, mais do que o desfazer de mitos, significa uma decidida mudança de *paradigmas*. O paradigma jurídico-político, ainda hoje dominante na maior parte das análises e compreensões do Estado, deverá ser substituído pelo paradigma econômico, prevalentemente nas teorias econômicas, mas insuficientemente testado no domínio da teoria do Estado<sup>14</sup>. No plano da análise micro-econômica, o paradigma econômico obrigará a uma revolução da organização interna da administração pública, através de esquemas de *management* e orçamentação privados. Numa palavra, o “código econômico” imporá a revogação do “código constitucional”. Não “Estado máximo” mas “Estado mínimo”, não “dirigismo estatal” mas apenas “supervisão”, não voluntarismo político mas racionalidade econômico-decisória, não retórica política mas resolução econômica de problemas concretos.

O desafio vai mais longe e chega mesmo à questão central da justificação do *Estado* e da *Constituição*. O regresso às doutrinas de justificação contratualista desafia as categorias centrais de Estado e de Cons-

<sup>14</sup> É significativo que M. Wallerath, “Der ökonomisierte Staat”, cit., faça acompanhar o título do artigo por um subtítulo: “Zum Wettstreit zwischen juristisch-politischen und ökonomischen Paradigma” (Para a discussão entre o paradigma jurídico-político e o econômico).

tituição. Com efeito, a fundamentação e justificação das regras directivas, tal como ela é desenvolvida pela economia político-constitucional, parece apontar para a superação quer da “mistificação do Estado” quer da “sacralização da Constituição”<sup>15</sup>. Se o Estado se “deseconomiciza”, o mesmo acontecerá à sua Constituição. Em crise ficarão os tipos de Constituição com mais carga econômica, ou seja, as constituições programáticas dirigentes. Chegados aqui, há quem proclame a morte do “Estado Social” e da “Constituição Social”. Aquele e esta significam a intromissão em sistemas autónomos. Pretendem “irritar” sistemas com operacionalidades diferentes, e, por isso, revelam-se hoje claramente disfuncionais no contexto “policontextual” de diferenciação de Sistemas. Mais adiante, tomaremos posição crítica quanto a este ponto. Mas, se o “Estado Social” e a “Constituição Social” passam, que Estado e que Constituição ficam? Estado “pós-heróico”? “Constituição pós-heróica”? Vejamos.

<sup>15</sup> Ver a análise de H. Hofmann, «Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?», in *Juristenzeitung*, 1999, p. 1069.

## 6.º

### Estado Supervisor e Constituição pós-heróica

Outra das interrogações subjacentes à degradação da Constituição dirigente em Constituição dirigida pode formular-se assim: se a Constituição, entendida como valência normativa do Estado intervencionista, não dirige, quem é que, afinal, dirige a sociedade? Alguns dos nossos críticos vêem na relativização do dirigismo constitucional uma manifestação do pessimismo dirigente inequivocamente vinculado às teses autopoieticas. Aprecieemos esta objecção.

Em que é que consiste a direcção em política? Em termos próximos dos utilizados pelos cultores da ciência política, amigos de uma perspectiva accionista ("perspectiva de actor"), direcção política é a conformação, conceptualmente orientada, do mundo ambiente social através de instâncias políticas<sup>16</sup>. Um tal conceito (e uma tal possibilidade de

direcção política) é decididamente rejeitada pelos autores localizados nos quadrantes teóricos da *autopoiesis*, a começar por Luhmann. A tese, em termos simplificados, poderá formular-se assim: não existe direcção política da sociedade, mas apenas, e quando muito, uma autodirecção da política. Em termos apodícticos, proclama-se, pois, a impossibilidade de uma direcção política, sobretudo quando ela se concebe como uma conformação finalista e planificável da sociedade.

Mesmo que alguns dos postulados autopoieticos mereçam atenção séria, estamos aqui decididamente afastados do pessimismo directivo luhmanniano. Dentro dos quadrantes teóricos da *autopoiesis*, claramente se compreendeu que uma sociedade funcionalmente diferenciada é também uma *sociedade de organização e das organizações*. Ora, as organizações actuam como actores corporativos. O pessoal dirigente de tais organizações ou sistemas corporativos age como se fosse representante desses sistemas. Mas não só. De forma aguda e incisiva, Helmut Wilke assinalou que o sistema político deve contribuir para a sua autodirecção e para o reforço da capacidade reflexiva dos sistemas sociais. Neste contexto, mantêm-se as pretensões de direcção do Estado. Mas, com uma grande diferença: em vez do velho "estado heróico", hierarquicamente intervencionista, deve erguer-se o "Estado pós-heróico" – o Estado

<sup>16</sup> Cfr., por exemplo, Renate Mayntz, "Funktionelle Teilsystem in der Theorie sozialen Differenzierung", in Bernd Rosewitz, Uwe Schimark, Rudolf Stichweh, *Differenzierung und Verselbständigung. Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme*, Frankfurt, New York, 1997; "Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsproblem", in *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Vol. I, 1997, p. 89 ss.

supervisor – que, através de uma direcção contextualizada (ou seja, através de uma autovinculação), proporciona, mas não determina, as convenções-quadro para a prossecução do bem comum<sup>17</sup>.

Mesmo nesta perspectiva, é de perguntar se a definição do bem comum, mediante uma direcção contextualizada, assente na interacção de sistemas funcionais diferenciados, não continua a tomar como ponto de partida a ideia autopoietica de que o sistema político só tem ressonância nas ondas da sua própria frequência. É que, se a diferenciação de sistemas está ainda insuficientemente desenvolvida, como erguer a sujeito de direcção a “interacção de sistemas”?

No fundo, a interacionalidade das organizações dinamiza a auto-referencialidade dos sistemas, mas acaba por criar também um sujeito típico do idealismo objectivista. Se estas considerações estão correctas, então, a “Constituição Dirigente” dificilmente se transformará em “Constituição pós-heróica”, seguindo o destino do “Estado pós-heróico ou supervisor”. Desde logo, como se irá ver em seguida, há que ter em conta a politicização *fundamental da sociedade*.

<sup>17</sup> Vide, por último, Helmut Willke, *Supervision des Staates*, Frankfurt/M, 1997.

## 7.º

### Diferenciação do político e politicização fundamental da sociedade

É difícil sustentar teorias autopoieticas num contexto, como o brasileiro, em que parece observar-se aquilo a que Michael Grewen, na senda de Ulrich Beck, chamou, recentemente, *sociedade política*<sup>18</sup>. Esta sociedade caracterizar-se-ia por uma *politicização fundamental*, em que a política é o mecanismo central da auto-regulação da sociedade e em que tudo, por via de princípio, é susceptível de decisão política. Não há tema nem domínio da sociedade imune à politicização, à decisão política. Vivemos numa *sociedade política*. Há cerca de dez anos, um conhecido politólogo, Klaus Von Beyme, crismou esta concepção de sociedade política e da inerente politicização fundamental de “schmittianismo de esquerda”<sup>19</sup>.

A “politicização fundamental” da sociedade política defronta-se, porém, com outras pretensões de fundamentalidade. Desde logo, *economicização funda-*

<sup>18</sup> Cfr. Th. Michael Grewen, *Die politische Gesellschaft. Kontingenz und Decision als Probleme des Regierens und der Demokratie*, Opladen, 1999; U. Beck, *Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung*, Frankfurt/M, 1993.

<sup>19</sup> Vide Klaus von Beyme, *Theorie der Politik im 20 Jahrhundert. Von der Moderne zur Postmoderne*, Frankfurt/M, 1991, p. 392.

*mental*, pois, mais do que nunca, a sociedade esteve tão economicizada. Tudo é economia, tudo é dinheiro, tudo é mercado, tudo é cliente. Mas não só. Tudo é ciência. Assiste-se à *cientificação fundamental*. E assim sucessivamente: *mediatização fundamental*, *pedagogização fundamental*, *psiquiatrização fundamental*, *religiosização fundamental*<sup>20</sup>. Circunscrevendo-nos ao nosso tema, avançaríamos com a *constitucionalização fundamental*.

Chegados aqui, o problema a colocar é este: a estrutura das sociedades modernas (e pós-modernas) é melhor captada por uma *teoria da diferenciação* de sistemas sociais em que cada sistema funcional é tendencialmente autónomo, ou por uma *teoria de indiferenciação* assente numa ordem politicamente captada? Como se sabe, a resposta autopoietica (na versão luhmanniana) é esta: a política só pode resolver problemas políticos. O sistema político não pode encontrar soluções políticas para problemas que não são políticos, mas sim económicos, científicos, religiosos, etc. Basta uma suspensão reflexiva em torno das constituições programáticas dirigentes dos nossos

<sup>20</sup> Estas fundamentalizações são exactamente escalpelizadas por Arin Nassehi, "Funktionale Differenzierung revisited. Vom Setzkasten zur Echtzeitmaschine", in Eva Barlösius, Hans-Peter Müller, Steffen Sigmund (org.), *Gesellschaftsbilder im Umbruch*, Opladen, 2001.

estados constitucionais democráticos para verificarmos que o dirigismo programático pressupõe, de certo modo, uma *constitucionalização fundamental* da sociedade. Os problemas económicos, sociais, científicos, são, simultaneamente, problemas constitucionais susceptíveis de conformação e resolução através de decisões político-constitucionais vinculativas das decisões tomadas pelo poder político. Eis o nó górdio da questão. Confessamos que não o podemos desatar com facilidade. Em primeiro lugar, a constitucionalização fundamental subjacente à ideia de constitucionalização programático-dirigente transporta duas dimensões onde se juntam "bondades" e "maldades" jurídicas e político-constitucionais: (1) a crença na política é uma fé (boa) na capacidade de transformação-evolução da sociedade, mas corre o risco de se converter numa ocupação totalizante (má) da sociedade pela política; (2) a reabilitação da política da sociedade veiculada pela constitucionalização fundamental abre a possibilidade de intensificação da cidadania através da participação política (bondade), mas o activismo dos actores políticos não significa necessariamente a capacidade de solução concreta dos problemas económicos e sociais, correndo-se o risco de os "buracos negros" da miséria serem cada vez maiores (maldade) apesar da movimentação política.

Em segundo lugar, o Estado constitucional ocidental alicerçou, ele próprio, progressivamente, as premissas da diferenciação funcional dos sistemas sociais. O "direito mãe" (tolerância religiosa, primeiro, e liberdade de crença e religião, depois) diferenciou o sistema político do sistema religioso (separação Estado-Igreja). A separação entre Estado e Sociedade contribuiu para a diferenciação do sistema político e do sistema econômico. A própria constitucionalização do poder aponta para a diferenciação do sistema jurídico e do sistema político (a expressão "Estado de Direito" postularia esta diferenciação). Parece indiscutível que estas diferenciações funcionais propendem a favorecer as traves mestras da "sociedade mundial" ("globalização", "mundialização"). A pretensão da universalidade deste modelo diferenciador, estruturado em sistemas funcionais autônomos que apenas se irritam reciprocamente, não pode invocar, na realidade, um valor e validade universais. Como Niklas Luhmann virá a reconhecer, existem regiões em que as premissas de diferenciação de sistemas sociais só em medida muito limitada se verificam. E cita mesmo o caso do Brasil, para ilustrar que a evolução liberal do Estado Constitucional se realizou, aqui, em termos largamente simbólicos. Pior do que isso: o Estado tornou-se, nalgumas épocas, instrumento de uma elite governante (militar, econômica) que dirigiu "inconstitu-

cionalmente" a Sociedade<sup>21</sup>. A articulação da Constituição-ambiente (mundo que cerca a Constituição) implicará, possivelmente, nestes casos, uma politização fundamental, própria das constituições dirigentes que, entre outras coisas, pretenderá estabelecer um quadro político de visibilidade, transparência, imputação e responsabilidade para as decisões políticas colectivamente vinculantes. E onde não há (ainda) diferenciação de sistemas, a política da sociedade dificilmente se poderá limitar a decisões políticas quimicamente puras.

## 8.º

### Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito

Outra das perplexidades que o reexame da Constituição dirigente tem suscitado reencontra-se na problemática do sujeito. Uma boa parte dos nossos

<sup>21</sup> Cfr. Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt/M, 2002, p. 428. Nesta obra póstuma, Luhmann socorre-se, precisamente, das teses de um profundo conhecedor da modernidade periférica. Vide Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung einer Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, 1992.

interlocutores não compreende o que significa a *perda do sujeito* na nova problematização do dirigismo constitucional. Uma vez, entende-se que o discurso está enfeudado aos *esquemas auto-referenciais* da sociedade sem centro. Outras vezes, sugere-se a influência do *antimodernismo político*. Por fim, pretende-se detectar na "perda da fé" no dirigismo a aproximação à *religião pós-moderna*. Vamos explicitar melhor as nossas crises e tentar compreender as críticas.

### 1. Constituição dirigente e metanarrativas

Todos sabem o que François Lyotard escreveu no célebre livro *A Condição Pós-Moderna*. Aqui, perante este auditório crítico, interessa, talvez, pôr em relevo a sua concepção de *metanarrativas*. Trata-se das grandes récitas omnicompreensivas e totalizantes que conferem à história um significado certo e unívoco. Elas transportam a emancipação da humanidade e dão sentido à vida dos homens. A grande récita judaico-cristã promete a *ressurreição* e a *salvação*. A metanarrativa iluminista e positivista acena com o *progresso*. A grande metanarração marxista vislumbra a *desalienação* do homem através da ditadura do proletariado. As filosofias historicistas, no seu conjunto, acreditam num *sentido* irreversível da história.

Sujeitas a suspensões reflexivas cientificamente intersubjectivas, verifica-se que as grandes récitas explicam pouco e prometem muito. Mais grave do que isso é terem forjado *paradigmas de legitimação* rotundamente subvertidos. É o caso da legitimação através da justiça social, reconduzida, ao fim e ao cabo, à "lógica da melhor prestação social", ela própria implementadora do momento quantitativo das dimensões prestacionais do sistema político.

É neste contexto que as constituições – e sobretudo as *constituições dirigentes* – se arrogam à categoria de grande récita. No fundo, assumem-se como uma metanarratividade de convivência e transformação social. Perante a lógica da *sociedade técnica*, é forçoso verificar que pouco ou nada as constituições lhe podem opor. As alavancas de Arquimedes deslocam o centro de apoio para esta mesma técnica, relegando a Constituição, deslegitimada como metanarração, para um simples esquema protocolar de procedimentos e organizações. A *tecnopolítica* assume a fundamentalidade perdida pela Constituição.

Temos afirmado que a Constituição Portuguesa, na versão originária de 1976, reivindicava textualmente a dimensão emancipatória das grandes récitas. Pretendia "abrir caminho para uma sociedade socialista" (Preâmbulo); impunha à República o empenhamento na "sua transformação numa sociedade sem classes" (art. 1.º); atribuía ao Estado

democrático o "objectivo de assegurar a transição para o socialismo, mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder das classes trabalhadoras" (art. 2.º). No art. 10.º (hoje suprimido) identificava os sujeitos encarregados de contar e realizar a grande récita: "a aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos assegura o desenvolvimento pacífico do processo revolucionário". Por sua vez, "o desenvolvimento do processo revolucionário impõe, no plano económico, a apropriação colectiva dos principais meios de produção".

Compreender-se-á, assim, a relativização do dirigismo, quando em certos escritos afirmámos que a "constituição dirigente morreu". Entenda-se: morreu a "Constituição metanarrativa" da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O *sujeito* capaz de contar a récita e de nela se empenhar também não existe ("aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticas"). O sentido da "morte" fica, pois, esclarecido. Só esta "morte" estava no alvo da nossa pontaria.

## 2. Constituição dirigente e antimodernismo político

Uma acusação que, manifestamente, rejeitamos é a de associar a crise da nossa "crença dirigente" ao movimento do antimodernismo político. Pelo contrário: continuamos a reivindicar a nossa formação moderna. Expliquemos melhor este ponto. Creio no optimismo dos modernos quanto ao projecto de fazer do homem o dono do seu destino e, desde logo, dos seus actos. Se a antropologia optimista ainda hoje está subjacente à ideia de Constituição, então, continua irreduzível a modernidade como filosofia do constitucionalismo. É certo que o projecto dos modernos andou muitas vezes aliado a "tentações voluntaristas do domínio da terra e da natureza". A "viragem ecológica" mostra bem os limites do processo de emancipação do sujeito moderno. No entanto, o antimodernismo político, tal como ele vem sendo alicerçado desde Nietzsche e Heidegger, assenta em vários questionamentos. Em primeiro lugar, contesta a afirmação do indivíduo como valor através do qual se cumpre o processo da modernidade. Em segundo lugar, assinala a lógica despersonalizadora do individualismo, bem expressa na sociedade de consumo. Em terceiro lugar, o individualismo democrático conduz, no âmbito político, à canonização vulgar do estado de



coisas existente, continuando por outros meios a ideia emancipatória. Ontem, a récita era a do progresso e da sociedade igualitária. Hoje, a grande história é a da “criação de igualdade de condições”. Estamos a ver as raízes, mas este não é o lugar adequado para descobrir o húmus em que elas se enterram. Ao menos, tentemos descobrir algumas raízes: crítica nietzscheana da democracia, des-construção heideggeriana da modernidade política. Alguma da seiva destas raízes passou, é certo, para pensadores que, em tempos, marcaram a nossa formação (Foucault, Bourdieu). A concepção do direito como “vontade de eternizar o equilíbrio do poder presente” (Nietzsche) passa para a “microfísica do poder” centrada numa ultrapassagem da análise do poder em termos de direito. Aparece também aqui a crítica do sujeito. Nestes termos, explicitados por Foucault: “a teoria da soberania constituía um ciclo, o *ciclo do sujeito ao sujeito*. O sujeito entendido como indivíduo dotado de direitos e capacidades naturais deve tornar-se sujeito, mas, desta vez, “sujeito” a uma relação de poder<sup>22</sup>”. No plano jurídico-constitucional, as consequências desta perspectiva há muito foram salientadas. Desvaloriza-se o sistema de direito e o Estado de Direito constitucional. A dessacra-

<sup>22</sup> Cfr., por todos, Michel Foucault, *La Volonté de Savoir*, p. 107 e ss.

lização do Estado de Direito e dos seus valores aí está: a concepção legalista do poder não vale mais do que a concepção repressiva.

Não acompanhamos esta compreensão do ciclo do sujeito e do sistema do direito. No fundo, o sistema do direito não será outra coisa ou não será mais do que um modo do exercício da violência.

Quando afivelamos a máscara de “moderno” isso significa que a compreensão do Estado Constitucional que temos em mente é, ainda, a *compreensão humanista* do Estado de direito, e não a *óptica vitalista* do poder. Compreende-se que as teses vitalistas da “morte do homem” considerem a “vida como resistência ao poder quando o poder toma por objecto a vida” (J. Deleuze). Nós preferimos que o direito – e, desde logo, o direito constitucional – continue a fornecer instrumentos democráticos para impedir que a dignidade da pessoa seja pervertida, degradando o homem em objecto. É ainda o sujeito da modernidade o actor do humanismo.

### 3. A Constituição dirigente e a Teoria dos sistemas auto-referenciais

Enfrentemos agora a terceira crítica. A relativização da Constituição dirigente anda a par com a aceitação dos postulados da *teoria dos sistemas auto-*

-referenciais (Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Helmuth Wilke). É verdade que algumas das análises desenvolvidas sob a perspectiva autopoietica têm lançado sérios golpes à nossa postura moderna, humanista e normativista.

Penso ser conhecida a tese fundamental do corifeu da *autopoiesis*: uma sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas (político, económico, religioso, científico) não dispõe de qualquer *centro*. É uma sociedade sem centro e sem *topo* hierárquico. Ora, onde não há topo nem centro, também não pode haver uma supra-ordenação do Estado sobre as forças da sociedade, nem qualquer direcção política imperativamente conformadora de fins. O sistema político não é uma central de direcção política. Mais: o sistema político autodirige-se. Não pode estender a "direcção política" a outros sistemas da sociedade. Nesta perspectiva, compreender-se-ão as dificuldades da Constituição dirigente. Se a Constituição dirigente ainda se apoia no Estado, e se a direcção política estatal constitucionalmente conformada pretende irradiar para os chamados subsistemas (económico, científico), é fácil de ver que ela não terá aceitação ou cabimento na teoria sistémica. O velho esquema sujeito-objeto depara com três dificuldades: (1) não há sujeito de direcção da sociedade; (2) é irrealista um sistema de direcção política concebido como processo causal no sentido de intenção e

resultado; (3) é insustentável, numa sociedade diferenciada, afirmar que há projectos de bem comum da sociedade, reconhecidos e programados através de uma política iluminista.

Muitas das observações atrás sumariamente referidas parecem-nos, como já afirmámos, merecedoras de análise profunda e atenta. Elas justificaram a nossa afirmação de que o direito constitucional passou de disciplina *dirigente* a disciplina *dirigida*. Mas o que é que nos separa das teses autopoieticas? Desde logo – e isto é decisivo – continuamos defensores das *teorias accionalistas* da política e da possibilidade de direcção do Estado. Em nós, o "pessimismo dirigente" radica na observação de que, hoje, a direcção passou para outras "instâncias actuautes" (organizações, esquemas neocorporativos). Mas o sujeito não desapareceu. Mesmo na perspectiva de uma comunidade de sistemas existem sistemas actuautes sob a forma de actores corporativos e colectivos, como grupos, movimentos sociais e, sobretudo, como organizações.

Por outro lado, uma perspectiva sistémica auto-referencial deixa por resolver dois problemas que nos parecem decisivos. Mesmo que procedamos à *descentração* do Estado a partir do meio da sociedade e à sua *recentração* no meio do sistema político, colocam-se sempre dois problemas: (1) a tomada de decisões colectivamente vinculantes (não imposições

de "decisões socialmente vinculativas"); (2) a legitimação para a tomada de decisões colectivas. Colocada a questão neste contexto, dir-se-á que a auto-evolução "sem sujeito" da sociedade exigirá, quando muito, a transformação do Estado. De "Estado heróico" intervencionista passar-se-ia a "Estado pós-heróico" supervisor. Poderá também falar-se da transformação de uma "Constituição dirigente heróica" numa "Constituição pós-heróica", limitada ao estabelecimento de regras de supervisão referentes à garantia e à produção de bens colectivos?

# PRECISARÁ A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO EUROPEIA DE UMA TEORIA DO ESTADO?

1.º

## Colocação do Problema

Num colóquio recentemente efectuado em Estrasburgo (18/19 de Outubro de 2004) no contexto cultural franco-alemão, um dos temas em discussão foi o seguinte: necessita ou não o direito constitucional de uma teoria do Estado?<sup>1</sup> O propósito deste trabalho é deslocar esta interrogação para o terreno da teoria da Constituição europeia. A pergunta a fazer será, portanto, esta: precisa ou não a teoria da Constituição Europeia de uma teoria do Estado? No caso de uma resposta afirmativa, perguntar-se-á ainda: de que teoria do Estado? De uma teoria

---

<sup>1</sup> Cfr. Olivier JOUANJAN, "Braucht das Verfassungsrecht eine Staatslehre? – Eine französische Perspektive", e Olivier LEPSIUS, "Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates? – Eine deutsche Perspektive: von der Staatstheorie zur Theorie der Herrschaftsformen", in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 31/1-15, 2004, p. 362 ss., 370 ss.

do Estado especificamente referenciada a cada um dos Estados-membros da União Europeia? Ou de uma teoria do Estado Europeu?

A nossa resposta às interrogações colocadas será, em termos aproximados, esta: as teorias do Estado estão longe de poder servir de arrimo dogmático e doutrinal para o desejável desenvolvimento da teoria da Constituição Europeia. A demonstração desta tese dedicar-se-ão os parágrafos 2.º, 3.º e 4.º deste trabalho. Haveremos de ver, porém, que se uma teoria do Estado classicamente entendida é, a nosso ver, um esquema conceitual pouco estimulante, nem por isso deixa de ser importante recortar os contornos jurídico-constitucionais do Estado-Membro da União Europeia.

Além da teoria do Estado se nos afigurar imprimeável para alicerçar um discurso teórico em torno da Constituição Europeia, também consideramos prematura a deslocação de uma teoria da Constituição Europeia para o campo da teoria do *Estado Europeu*. Iremos defrontar nesta demonstração alguns obstáculos. Em primeiro lugar, os que estão subjacentes à pretensão de reconduzir os esquemas político-organizatórios da constelação pós-nacional e pós-estadual europeia aos paradigmas clássicos do Estado-Federal ou do Estado Confederal. Em segundo lugar, uma teoria do Estado Europeu coloca todos os problemas da teoria do Estado tradicional,

acrescentando-lhe outros, designadamente, o da explicação razoável de um holismo teórico-estatal aplicado a uma realidade política que se autopromove clama "Unidade na diversidade" (cfr. "Preâmbulo da Constituição Europeia"). Em terceiro lugar, o chamado "patriotismo constitucional pós-nacional" não substitui de um momento para o outro a velha ideia hegeliana de uma comunidade moral em que a obrigação ética maior e superior de qualquer cidadão se reconduz a um dever doce de morrer pela Pátria (*dulce et decorum est pro patria mori*). Esta obrigaçã estatal (hoje cada vez mais dissolvida em deveres humanitários) transporta ainda a ideia de "substância ética" do Estado, dificilmente transmutável em substância ética de um "Estado-pós-nacional"<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Vejam-se, porém, as considerações pertinentes de Jean Marc FERRY, *La Question de l'État Européen*, Paris, Gallimard, 2000, p. 165 ss.

## 2.º

### O Estado como Argumento<sup>3</sup>: Conceito de “aspiração” e de “perda”

Que argumentos poderá então invocar uma teoria do Estado no campo problemático da teoria da Constituição Europeia? As “bondades teóricas” do conceito-categoria Estado são hoje agitadas pelos autores que acentuam os défices da teoria da Constituição. A Constituição – acentuam – falta, desde logo, a “consciência profunda” da identidade e unidade do Estado (e da Nação).

A permanência e constância do “Estado Português” perante as mutações das constituições é uma ideia-realidade profundamente enraizada como “aspiração” do Povo Português. Ora, num contexto em que a *estabilidade* profunda é confrontada com um conjunto de fenómenos de especial sensibilidade política – crescente internacionalização da ordem jurídica, supranacionalização politicamente integradora, privatização e descentralização da administração e das tarefas do Estado –, compreender-se-á que o novo paradigma seja, afinal, o velho: o “Estado como paradigma”. Só o Estado pode funcionar como

categoria política ontológica capaz de fornecer substantividade própria aos limites da integração política europeia. Em rigor, o “conceito-aspiração” Estado é também um conceito de *perda*<sup>4</sup>. O “topos” do fim do Estado (na esteira da escola schmittiana)<sup>5</sup> serve de argumento contra a “desestatalização” das tarefas do Estado e contra a perda da estatalidade emergente de qualquer processo de integração política supranacional. Colocada assim a questão, é fácil de ver que o conceito apriorístico-ontológico de Estado além de não ser um conceito operativo no campo da teoria de constituição, muito menos o será no plano da Constituição Europeia. É precisamente a “União Europeia” que, sobretudo desde o Tratado de Maastricht”, torna arcaico o esquema conceitual do Estado que se revela incapaz de fornecer compreensões juridicamente adequadas aos problemas de um novo fenómeno organizativo (“União Europeia de Estados” ou “associação de Estados” diferente do “Estado Federal” e da Confederação), aos problemas da aplicação preferente de normas de ordenamentos diferentes, da interconstitucio-

<sup>4</sup> A expressão pertence a um dos corifeus do “hegelianismo estatal democrático”. Referimo-nos a J. Isensee: “Das Neue Paradigma heisst Staat”, in *VVDSTRL* 48 (1990), p. 130.

<sup>5</sup> Cfr. precisamente de conceito de perda (“*Verlustbegriff*”) fala Ch. Möllers, *Staat als Argument*, cit., p. 141 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Christoph Möllers, *Staat als Argument*, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 137 ss.

nalidade, do grau mais elevado de protecção de direitos fundamentais, etc. O "constitucionalismo a vários níveis" (*multilevel constitutionalism*) nunca poderá ser um "estatalismo a vários níveis". A conclusão a tirar é a de que o "Estado" pode ainda servir como conceito de enquadramento de esquemas políticos, mas tornou-se também uma categoria a que cada vez menos se pode recorrer, em termos directos e imediatos, para resolver problemas jurídico-constitucionais e jurídico-políticos<sup>6</sup>.

### 3.º

#### O Estado como argumento: Estatalidade e Democracia

O argumento é poucas vezes clarificado quanto aos seus pressupostos lógico-políticos. No entanto, em alguma literatura referente à constituição europeia, a acusação de *deficit* democrático, dirigida à organização política supranacional europeia, tem subjacente a ideia de que o Estado é um pressuposto necessário da própria democracia. Os tópicos retóricos desta argumentação podem reconduzir-se a

<sup>6</sup> É esta também a conclusão de Ch. Möllers, *Staat als Argument*, cit., p. 140.

três encadeamentos ou concatenações silogísticas de natureza: (1) funcional (2) fundamental e (3) processual<sup>7</sup>.

A *articulação funcional* repousa basicamente sobre a ideia de *povo do Estado*. Entre o princípio democrático e a estatalidade haveria, pois, uma imbricação necessária. O princípio democrático implica a legitimação, através do povo, dos órgãos do Estado, podendo e devendo concluir-se que, funcionalmente considerada, a estatalidade pressupõe a legitimação democrática e o princípio democrático alicerça-se no povo do Estado. Se descodificarmos este discurso tendencialmente tautológico, poderemos descortinar o esquema silogístico que lhe está subjacente:

- (1) o Estado pressupõe a democracia e a democracia pressupõe o Estado; todo o poder do Estado é do povo que o exerce segundo os procedimentos democráticos; logo,
- (2) qualquer desestatalização equivale a desdemocratização; logo,
- (3) qualquer regulação jurídica emergente de uma constelação política não estatal e não democrática significa o "governo de leis" não emanadas pelo povo.

<sup>7</sup> Veja-se, por todos, Ch. Möllers, *Staat als Argument*, cit., p. 407 ss.

Não é preciso uma demorada suspensão reflexiva para verificar que os corolários lógicos desta conceção funcional entre Estado, Democracia e Povo são, pelo menos, discutíveis. Desde logo, o "povo do Estado" continua a ser uma categoria opaca, pois, em vez de representar o conjunto de cidadãos, degrada-se, sim, num mero substrato pessoal de uma ordem de domínio que é o Estado ("O Estado possui o povo"). E a realidade de Estados não democráticos demonstra que estes também "possuem" o povo, sendo metodicamente prudente não encadear (quase em termos de hipótese) Estado, Democracia e Povo. Se quisermos um ponto de partida mais satisfatório para uma teoria da Constituição Europeia, então, a focalização do binómio Estado/Democracia, Povo do Estado/legitimação democrática, deverá ser esta: o "povo do Estado", no sentido democrático, é o sujeito de legitimação do domínio estatal e de domínios supranacionais ou supraestaduais tal como ele é juridicamente conformado pelas Constituições dos Estados. A Constituição Europeia (art. I-10), ao definir a cidadania da União, pressupõe precisamente este "reenvio" ("Possui a cidadania da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade da União Estado-Membro").

Não menos insatisfatória é a combinação que chamámos "*fundamental*". Os corolários lógicos assentam, agora, nos binómios Estado/Poder constituinte,

Povo/Poder constituinte. Na teoria clássica do poder constituinte, considera-se incontornável a fundação de uma Constituição por um poder constituinte legitimado pelo povo do Estado. No plano fundacional, o raciocínio desdobra-se, agora, de acordo com as seguintes premissas:

- (1) – a estruturação político-constitucional da União Europeia implica a fundação de um "Estado Europeu", logo,
- (2) – a fundação do "Estado Europeu" exige a sua legitimação através de um poder constituinte,
- (3) – o poder constituinte só pode alicerçar-se no voto do povo do Estado, logo,
- (4) – é impensável um "Estado Europeu" que não tem povo (*ethnos*) nem é criado por um poder constituinte democrático (*demos*).

Já atrás dissemos que a ideia de "Estado Europeu" se deve utilizar com o máximo de contenção conceitual. Mas, mesmo que se abdique da ideia de "Estado Europeu", é razoável a exigência de legitimar o acto fundador de uma "União" positivamente integradora através de dois momentos constituintes: (1) o momento da feitura do "tratado-constituição", através de uma "convenção" democraticamente representativa; (2) o momento de ratificação deste "tratado-constituição", através da participação dos



cidadãos nacionais (através dos representantes ao Parlamento, ou através de referendo).

O verdadeiro problema que aqui existe radica, não tanto no binómio estatalidade/poder constituinte, mas no facto de o princípio democrático ter de se articular juridicamente com várias exigências legitimadoras quanto aos *sujeitos*, quanto aos *objectos* e quanto aos *procedimentos*. A passagem do “Estado-soberano” para o “Estado-não soberano”, a intervenção de sujeitos legitimadores diferentes do povo do Estado, a invenção de procedimentos constituintes diversos dos procedimentos constituintes clássicos exige, na verdade, mediações democráticas que só uma nova teoria da Constituição Europeia pode fornecer. Isto significa que, mais do que uma “teoria do Estado”, ou uma “teoria da Constituição nacional”, é necessária uma *teoria da democracia constitucional europeia*.<sup>8</sup>

O entrelaçamento *processual* entre Estado/democracia pode formular-se com várias acentuações orgânicas. O que se pretende, em geral, salientar, é que o voto é um veículo da estatalidade na medida em que ele serve para garantir também *competências* dos órgãos do Estado, dentre os quais avulta a competência legislativa do parlamento estatal. Daqui, parte-

<sup>8</sup> Cfr. Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, p. 620 ss.

-se para uma outra conclusão lógica: a desestatalização conduz também à desvalorização da lei como forma e instrumento central de actuação do Estado de direito democrático. Não se compreende bem se, com esta articulação processual voto/legislação, se pretende reabilitar uma teoria da lei sob as vestes de uma teoria do Estado. Vislumbra-se, de novo, o impasse dos corolários lógicos da estatalidade. A articulação de uma teoria da lei parlamentar (ou estatal) com uma teoria da lei europeia justifica, de facto, uma nova teoria do pluricentrismo da produção legislativa europeia (cfr., agora, os novos quadros legislativos da União Europeia, arts. I-33 e ss), mas isso obrigará, fundamentalmente, a um recorte da teoria do primado de normas no sentido de uma coerência sistémica dos ordenamentos constitucionais em rede, e não a regressar ao paradigma da lei estatal. Também aqui a teoria do Estado pouco préstimo dará à teoria da constituição europeia. O que a teoria do Estado poderá fornecer é, afinal, uma teoria constitucional da relação entre o ordenamento jurídico estatal e o ordenamento jurídico internacional, e das relações entre o ordenamento jurídico-constitucional federal e os ordenamentos jurídico-constitucionais estaduais (regionais)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Importantes sugestões neste sentido ver-se-á em Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, cit., p. 326 ss.

## 4.º

### O Estado como Argumento: a articulação de "Constituencies"

Deixámos já entrever que a articulação fundamental ou fundadora entre *Estado e poder constituinte* dificilmente fornece conceitos operatórios a nível de uma teoria da Constituição Europeia. A inoperacionalidade do conceito de Estado é, agora, visível quando se procura uma nova cartografia conceitual para o encadeamento dos chamados níveis de legitimação constituinte. A teoria das *legitimações políticas duplas* assente nos binómios legitimação do Estado/cidadãos nacionais e legitimação supranacional europeia/cidadãos europeus aponta claramente para uma *teoria do Estado democrático constitucionalmente conformado* através de uma articulação eleitores/povo a nível estatal, regional e local. A teoria do Estado será, assim, uma teoria do Estado democrático moderno, estatal, regional e local. Não basta, porém, uma teoria da legitimação que se limite a invocar a "legitimação constituinte" dos cidadãos nacionais. A Europa, ou melhor, a União Europeia, recorta uma cidadania da União que acresce à cidadania nacional (Constituição Europeia, art.º I - 1.º). O que fica menos claro na articulação de "constituencies", de cidadanias e legitimações é, afinal, uma

teoria europeia da democracia que dê coerência sistémica a três dimensões políticas:

#### a) Articulações de "círculos eleitorais"

1. *Eleitores/povo a nível europeu*
2. *Eleitores/povo a nível estatal*
3. *Eleitores/povo a nível regional*
4. *Eleitores/povo a nível local*

#### b) Articulações de níveis de cidadania

1. *Cidadania eleitoral (estatal)*
2. *Cidadania europeia*

#### c) Legitimações políticas

*Legitimação do Estado/cidadãos nacionais*

*Legitimação supra-estadual europeia/cidadãos europeus*

A teoria do Estado democrático não fornece qualquer suporte à teoria especificamente europeia da legitimação do poder político. Os anteriores esquemas relativos às *cidadanias legitimadoras constituintes* permitem centrar o problema constituinte europeu na ideia de cidadania e da sua função legitimadora. Aqui, vêm entroncar, com efeito, duas linhas de argumentação: uma, a da *dúpla legitimação*, outra, a da *legitimação única*. Impõe-se a desambiguação deste problema legitimatório.

Na perspectiva da dupla legitimação, qualquer Constituição Europeia, no sentido de *norma fundamental* de um "centro político" ("associações de Estados", "Estado comunitário", "Federalismo processual europeu"), implica que as instituições a criar ou a remodelar assentem numa dupla legitimação: (i) a legitimação oriunda do *Estado*, em que os *cidadãos nacionais* se pronunciam sobre bondade política da "partilha" ou "exercício em comum" de um poder constituinte; (ii) a *legitimação superestadual* promovida pelos *cidadãos europeus* que, agora, são chamados enquanto tais, ao exercício em comum do poder dos poderes (poder constituinte). Em rigor, a dupla legitimação implicará que a feitura da Constituição Europeia não possa deixar de ser sufragada, a nível interno do Estado, pelo povo, através de referendo ou através dos mecanismos de ratificação de tratados pelos representantes do povo, nos termos das respectivas constituições. Por sua vez, os cidadãos europeus devem ter formas de participar, enquanto tais, nas convenções ou assembleias destinadas a aprovar um texto constitucional europeu.

Embora pareça paradoxal, uma Teoria do Estado ancorada na substantialidade ou dimensões ontológicas da estatalidade, apontaria no sentido de uma legitimação única. O *demos* europeu, ou seja, o povo europeu seria uma ficção. A realidade profunda é a do povo de eleitores – cidadãos – nacionais que,

por si sós, operariam uma articulação de *constituencies*. Nesta perspectiva, não poderia nem deveria sequer falar-se de um poder constituinte democrático europeu. A "legitimação europeia" do poder constituinte só será concebível como irradiação interestadual ("os Estados são donos do tratado-constitucional") da *cascata de legitimações* operadas a nível estatal. As cidadanias estatal, regional e local, são e continuarão a ser a base da comunicação e legitimação entre ordenamentos.

É preciso tomar a sério a articulação de *constituencies*, mas esta articulação é "seriamente" prejudicada por uma Teoria do Estado. Por um lado, não basta a legitimação/cidadania de eleitores nacionais para fundar um ordenamento constitucional europeu. Por outro lado, se se dissolver a cidadania estadual e se apelar, apenas, para o cidadão europeu, corre-se o risco de transmutação do cidadão num nómada funcionalista do sistema constitucional europeu, esquecendo-se que, antes de tudo, só é cidadão europeu o cidadão de um Estado-membro. Quem recorta a cidadania, ainda, é o Estado, mediante os mecanismos da nacionalidade. Isto só demonstra que a teoria da Constituição europeia precisa de um discurso autónomo, que não aniquile, apesar de tudo, a própria *teologia política* das tradições constitucionais europeias.

## 5.º

**O argumento do Estado: uma Teoria do Estado como consequência da Constituição Europeia?**

Se a "velha" teoria do Estado, sobretudo a teoria directa ou indirectamente influenciada pelos pressupostos filosóficos e políticos da *deutsche Staatsrechtslehre*, se revela hoje desprovida de atractividade teórica, dogmática e metódica<sup>10</sup>, nem por isso a categoria jurídica e política do Estado deve ser remediada para os arquivos da memória histórica. O que nos leva a afirmar esta necessidade da recuperação teórica e política da categoria política Estado radical, precisamente, no facto de as transformações, global ou comunitariamente (pela Comunidade/União Europeia), impostas aos mecanismos estatais obrigarem a um repensamento do próprio Estado. Vejamos.

Vários quadrantes teóricos, políticos e jurídicos que não nutrem grande simpatia pelo Estado, proclamam o valor e indispensabilidade do *Estado supervisor e estratega*. Trata-se do Estado que é capaz de prover e definir em termos estratégicos, nos quadros da sociedade de conhecimento e inovação, as responsabilidades (autónomas ou partilhadas no contexto

<sup>10</sup> Pode ver-se a demonstração dos *deficits* deste modelo em Oliver LEPSIUS, "Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?", cit., p. 375 ss.

de organizações pós-nacionais) quanto à resolução das dissonâncias cognitivas do sistema político e social<sup>11</sup>. A supervisão seria, assim, a *tarefa* básica do Estado na sociedade de conhecimento.

Noutros casos, a privatização de tarefas do Estado conduz à caracterização deste como *Estado garantidor*, ou seja, um Estado concentrado sobre as tarefas nucleares, sobretudo as tarefas de autoridade. Acontece, porém, que este Estado-garantidor é, hoje, também, o *Estado-responsável* pelos resultados do processo de privatização, o que significa imputar ao Estado a responsabilidade pelos investimentos privados ("Estado garantia pós-privatizações").

O *Estado regulador* é uma outra qualificação que se vem juntar ao "novo Estado". Trata-se do Estado institucionalizador de entidades independentes, às quais é reconhecida a competência para definir e estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo e de dirimir conflitos em domínios sectoriais. Depois da "des-regulação", europeicamente imposta em nome da concorrência e do mercado, volta-se ao Estado para o incumbir de tarefas de "re-regulação".

Fala-se também de *Estado contratualizador*, e não de "Estado-estatutário", para acentuar o "novo Esta-

<sup>11</sup> Cf., precisamente, Helmut WILKE, *Supervision des Staates*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1997, p. 9 ss.

do administrativo” que estabelece relações contratuais com os seus funcionários à semelhança do sector privado, com valorização dos elementos humanos da formação e da gestão activa do pessoal (“novo trabalho público”).

Poderíamos ainda acrescentar outros adjectivos. É o caso do *Estado económico*, em substituição do Estado financeiro e fiscal, para pôr em relevo a passagem da centralidade político-financeira para a centralidade económica, ancorada no orçamento, com a conseqüente substituição do orçamento anual pelo orçamento plurianual, dos sistemas de controlo preventivo de despesas pelos sistemas de controlo *a posteriori*, baseados na avaliação da eficácia e da boa utilização dos recursos financeiros (e do desempenho) segundo métodos de gestão privada. É também o caso do *Estado europeísta* orientado para iniciativas de colaboração com os restantes estados europeus, de forma a aprofundar-se o “espaço administrativo europeu”, caracterizado por *standards* elevados e homogéneos de resultados da acção administrativa (“acção europeísta”). Os exemplos acabados de referir parecem-nos suficientes para fundamentar a nossa tese final. A teoria da Constituição Europeia não precisa da “velha teoria do Estado”, mas os “novos Estados” continuam a ser agentes insubstituíveis no compromisso constitucional europeu. Tal como as Constituições, também os Estados estarão em rede no projecto da União Europeia.