

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

**“Brancos”
e Interconstitucionalidade**

**Itinerários dos discursos
sobre a historicidade constitucional**

2.^a Edição


ALMEDINA

“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.almedina.net

editora@almedina.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.

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

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”.

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?¹ 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

¹ 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. À 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 imprescindível 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 autoproclama "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 obrigação 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"².

² 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 Argumento³: 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 teoréticas" do conceito-categoria Estado são hoje agitadas pelos autores que acentuam os défices da teoria da Constituição. À 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

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

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*⁴. O "topos" do fim do Estado (na esteira da escola schmittiana)⁵ 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 operatório 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 do um novo fenótipo 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-

⁴ 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.

⁵ Cfr. precisamente de conceito de perda ("*Verlustbegriff*") fala Ch. Möllers, *Staat als Argument*, cit., p. 141 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-políticos⁶.

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

⁶ 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) processual⁷.

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.

⁷ 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 concatenação 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 hipóstase) 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 de um 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*⁸.

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-

⁸ 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 jurídicos-constitucionais estaduais (regionais)⁹.

⁹ 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 *dupla 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 substantividade 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 metódica¹⁰, 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 radica, 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

¹⁰ 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 social¹¹. 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”, europeistamente 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-

¹¹ Cf., precisamente, Helmut WILLKE, *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 homogêneos 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.