

O *superavit* democrático europeu**

INTRODUÇÃO

Em *Alice no País das Maravilhas*, a dada altura, Alice chega a um cruzamento. No cimo de uma árvore vê um gato persa. Alice pergunta-lhe: «Qual o caminho que devo seguir?» O gato responde: «Isso depende de para onde queres ir.» Como em todas as obras de Lewis Carrol, a resposta é tão lógica que se torna óbvia, mas não deixa por isso de ser frequentemente ignorada. Os constitucionalistas são os gatos da integração europeia. Há limites para o que gatos e juristas podem fazer. Este texto procura dar a conhecer esses limites de modo a constituir um ponto de partida na busca de propostas normativas para o constitucionalismo europeu.

Neste artigo defendo que o constitucionalismo nacional é apenas uma representação contextual do constitucionalismo, cujas fronteiras, artificiais e datadas, são desafiadas pelo constitucionalismo europeu. Os ideais constitucionais não dependem nem são legitimados pelas fronteiras das comunidades políticas nacionais. Como consequência, não existe nenhuma presunção a

* Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

** Uma versão anterior deste artigo, em língua inglesa, será publicada em Weiler e Wind (eds.), *Rethinking European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001. Essa versão foi escrita durante o ano académico que passei na Harvard Law School enquanto EU-US Fulbright research scholar. Gostaria de agradecer a ambas as instituições o apoio dado à minha estada. Na preparação deste artigo beneficiei muito dos comentários e críticas feitos por vários colegas e amigos. Em particular, gostaria de agradecer a Joseph Weiler, Jo Shaw, Joaquim Pedro Cardoso da Costa, Cristina Nogueira da Silva, José Areilza, Damian Chalmers, Maria Lúcia Amaral, Claike Kilpatrick, Neil Komesar e Joyce Pina (que me ajudou na revisão final do texto). Como sempre, a responsabilidade pelo produto final é exclusivamente minha. Gostaria também de lembrar Francisco Lucas Pires, com quem discuti muitos dos tópicos que abordo neste artigo. O seu desaparecimento recente privou o constitucionalismo europeu de uma das suas mentes mais criativas.

priori de validade superior a atribuir ao constitucionalismo nacional face ao constitucionalismo europeu. O objectivo inicial é questionar a supremacia do constitucionalismo nacional e defender uma nova forma de constitucionalismo. Ao mesmo tempo, creio que é possível, através desse novo constitucionalismo, promover uma legitimidade alternativa para a União Europeia, traduzida na sua mais-valia constitucional e democrática face ao constitucionalismo nacional, no contexto da actual atomização e desterritorialização do poder normativo. A desconstrução do constitucionalismo «exigida» pelo processo de integração europeia pode, paradoxalmente, promover e estender a aplicação dos ideais constitucionais para além das fronteiras artificialmente impostas pelo constitucionalismo nacional. Veremos, em várias situações, como os problemas relacionados com a constituição europeia são simples reflexos de limites do constitucionalismo nacional há muito ignorados.

Torna-se cada vez mais claro o quão artificial é a noção de que o constitucionalismo nacional representa a forma ideal do constitucionalismo¹. Existe uma crescente desterritorialização e atomização do poder a que aquele não consegue responder². Como consequência, a concepção do constitucionalismo nacional, centrado no poder do Estado e responsável pela organização da sociedade com vista a atingir objectivos sociais predefinidos, encontra-se em crise. Esta concepção tem escondido, sob o ideal da construção do «bem comum», a verdadeira natureza do constitucionalismo: a de harmonizar e mediar interesses diferentes e frequentemente conflitantes³.

Precisamos de uma concepção diferente do constitucionalismo, não mais prisioneiro de modelos abstractos ou de fronteiras artificiais, sendo necessário questionar a concepção absoluta dos valores constitucionais, cujo carácter paradoxal é frequentemente ignorado⁴. A constituição deve constantemente

¹ J. Shaw refere «the unexamined conventions and traditions of modern constitutionalism, which crucially include an assumption that there is a single comprehensive form of constitutional dialogue» em «Postnational constitutionalism in the European Union», in *Journal of European Public Policy*, 6 (1999), 579, p. 591.

² Gustavo Zagrebelsky fala sobre a revolução pluralista (*Il diritto mite*, Turim, Einaudi, 1992, pp. 4-11 e 45-50). Sobre os desafios actuais do constitucionalismo, v. entre nós F. Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997, e J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1998, e «Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente», in *Colectânea de Estudos em Memória de Francisco Lucas Pires*, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa Editora, 1999, p. 143.

³ Michele Everson, «Beyond the bundesverfassungsgericht: on the necessary cunning of constitutional reasoning», in *European Law Journal*, 1998, p. 389; Josephine Shaw, «Postnational constitutionalism», *op. cit.*, p. 390; Cohen and Sabel, «Directly-deliberative poliarchy», in *European Law Journal*, 1997, 313.

⁴ Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 17, fala da mitigação e «relativização» dos conceitos constitucionais como resultado de conflitos intrínsecos. Como refere este mesmo autor (p. 171), «concebidos em termos absolutos, os princípios tornar-se-ão rapidamente inimigos uns dos outros».

redesenhar as suas fronteiras, sem, no entanto, cair no relativismo ou niilismo⁵. Ao realçar o carácter artificial dos modelos e conceitos constitucionais abstractos não estamos a minar o constitucionalismo em si, desde que continuemos a partir dos ideais constitucionais para promover um equilíbrio entre diferentes princípios e autoridades constitucionais.

Quaisquer que sejam as soluções para os problemas constitucionais da Europa, elas irão, provavelmente, passar por uma variedade de etapas constitucionais e democráticas a serem empreendidas a nível nacional e europeu. A maioria das propostas apresentadas até à data dão uma atenção quase exclusiva às reformas do processo político europeu e das suas instituições. Uma das vantagens da concepção constitucional que advogo neste texto reside na promoção de propostas constitucionais alternativas, baseadas no papel do constitucionalismo europeu na reforma dos processos políticos e democracias nacionais, bem como no desenvolvimento de novos direitos dos cidadãos europeus relevantes no contexto da representação e participação numa pluralidade de comunidades políticas nacionais. O discurso constitucional europeu deixa de ser exclusivamente dominado pela questão do controle e legitimação de um novo centro de poder, passando a ter em conta o valor democrático acrescentado que o processo de integração europeia pode representar na reforma das comunidades políticas nacionais. Isto permitirá, igualmente, proteger a diferente legitimidade democrática e autoridade constitucional reivindicadas pelas comunidades políticas nacionais e europeia.

Começarei por fazer uma breve recensão dos problemas do constitucionalismo europeu e das propostas mais comuns apresentadas para a sua solução. Passarei depois à análise de três paradoxos que, no meu entendimento, constituem o núcleo essencial do constitucionalismo. Tais paradoxos demonstram o carácter artificial das fronteiras e conceitos em que se funda o constitucionalismo nacional.

Os três paradoxos do constitucionalismo a que me refiro são o conceito de comunidade política, ou *polity*, o «medo dos poucos» e o «medo dos muitos», isto é, os receios da tirania da minoria e da ditadura da maioria, e a competência das competências («quem decide quem decide?»). Estes paradoxos constituem o âmago dos problemas constitucionais europeus, mas, ao mesmo tempo, exprimem os limites do constitucionalismo nacional. Na verdade, os actuais problemas constitucionais europeus não são assim tão especiais. Pelo contrário, são novas manifestações de problemas constitucio-

⁵ A obra de Stanley Fish é exemplar a este propósito. O autor defende que os conceitos e princípios constitucionais não são absolutos e estão constantemente a ser redesenhados, mas, ao mesmo tempo, recusa a ideia de que o reconhecimento deste facto leve a uma forma de relativismo ou niilismo (cf. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1989, e *There's no Such Thing as Free Speech, and It's a Good Thing Too*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1994).

nais que já existiam no contexto das constituições nacionais. Como consequência, reiterarei a minha posição de que o constitucionalismo nacional não beneficia *a priori* de uma legitimidade superior à do constitucionalismo europeu. O carácter paradoxal dos conceitos constitucionais determina que não existe um modelo constitucional ou uma comunidade política que correspondam a uma representação ideal do constitucionalismo. Pelo contrário, o constitucionalismo exige diferentes escolhas institucionais ou de comunidades políticas consoante as matérias e interesses em causa e os contextos de representação e participação impostos pela vida real.

Ao longo deste texto procurarei ainda identificar os critérios constitucionais necessários para essas escolhas institucionais e de comunidades políticas. A perspectiva adoptada permitirá demonstrar o valor acrescentado do constitucionalismo europeu mesmo face a problemas constitucionais puramente nacionais. A inversa, como se verá, também é verdadeira, e, neste sentido, este artigo é um apelo ao diálogo entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo europeu.

PROBLEMAS E DILEMAS DO CONSTITUCIONALISMO EUROPEU

A «constituição europeia»⁶ atravessa uma crise existencial, que se reflecte na crescente insatisfação quer face à (in)existência ou direcção do processo constituinte, quer face à interpretação constitucional dos tratados feita pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Crescem as tensões à volta de uma «constituição europeia» predominantemente desenvolvida como função da integração económica. O processo de constitucionalização dos tratados acabou por criar um corpo constitucional sem se ter discutido a sua alma. A «constituição europeia» aparece, assim, como uma simples consequência funcional do processo de integração do mercado, sem uma discussão sobre os valores que essa integração económica necessariamente incorpora. Por outras palavras, a constituição europeia surge como uma pura conclusão constitucional lógica decorrente do processo de integração económica sem que tenha sido precedida de um debate constitucional. A legitimidade do processo constitucional europeu está, deste modo, em causa, sublinhando-se o défice democrático e constitucional do processo de integração europeia:

- A expansão do campo de aplicação das normas comunitárias de integração do mercado (como as liberdades de circulação) veio gerar um

⁶ Sobre o uso da expressão «constituição europeia» (adoptada pelo TJCE), v. Miguel Poiares Maduro, «A crise existencial do constitucionalismo europeu», in *Colectânea de Estudos em Homenagem a Francisco Lucas Pires*, UAL Editora, 1999, p. 201.

conflito entre a legitimidade funcional dessas normas e a legitimidade democrática das normas nacionais que regulam o mercado. O objetivo da integração económica já não é suficiente para explicar e legitimar o alcance e impacto do direito da União Europeia nas ordens jurídicas nacionais;

- O aumento das competências da União Europeia resultou no «famoso» défice democrático europeu: poderes previamente sob o controle dos parlamentos nacionais foram transferidos para o plano europeu, ficando aí sujeitos a um processo de decisão dominado pelos governos, alegadamente menos representativo e transparente;
- Há quem argumente também contra a própria ideia de uma constituição europeia defendendo que não existe uma comunidade política europeia (*demos*) que lhe possa servir de base. Em sentido contrário, há quem defenda o exercício de um poder constituinte por parte dos povo(s) europeu(s), criando e legitimando, desse modo, uma verdadeira constituição europeia;
- Finalmente, há quem alerte para os riscos crescentes de um conflito entre as ordens jurídicas nacionais (principalmente as constituições nacionais) e a ordem jurídica europeia. Ambas, constituições nacionais e constituição europeia, assumem, na lógica interna dos respectivos ordenamentos jurídicos, o lugar mais alto na hierarquia das fontes de direito. Sendo assim, não existe um acordo sobre quem detém a competência das competências (*kompetenz/kompetenz*) em caso de conflito de autoridade entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem jurídica da União Europeia.

Várias soluções são apontadas para solucionar esta crise existencial do constitucionalismo europeu⁷. É possível identificar três grandes modelos constitucionais nos debates jurídicos e políticos sobre o constitucionalismo europeu. Esses modelos correspondem a diferentes concepções da legitimidade do processo de integração europeia. Um primeiro modelo, normalmente apoiado pelo Parlamento Europeu, assenta na proposta de criação de uma constituição europeia formal. Ou seja, a substituição ou complementarização dos tratados por um texto que estabeleça os princípios constitucionais da União Europeia, incluindo os direitos fundamentais e a reforma da organização política da União. Deste modo, pretende-se clarificar o presente sistema constitucional, dando voz aos cidadãos europeus (o poder constituinte) e criando mecanismos de controle dos crescentes poderes transferidos para a

⁷ Já abordei estas questões num texto anterior (Miguel Poiars Maduro, «A crise existencial do constitucionalismo europeu», in *Colectânea de Estudos em Homenagem a Francisco Lucas Pires*, UAL Editora, 1999, p. 201).

União. Esta alternativa constitucional constitui a versão mais desenvolvida das teses que defendem a necessidade de reforçar e democratizar as instituições europeias. Na sua base estão as soluções tradicionalmente avançadas para corrigir o défice democrático europeu e fazer face à erosão dos poderes públicos nacionais resultante do processo de integração económica: a reposição do controle público sobre a economia através de um reforço das competências das instituições europeias e a democratização dos processos de decisão da União (promovendo um aumento dos poderes do Parlamento Europeu e uma maior aplicação do princípio da maioria). Este modelo constitucional responde aos desafios às democracias nacionais através do desenvolvimento de uma democracia europeia, mas, ao fazê-lo, substitui as comunidades políticas nacionais pela comunidade política europeia. A medida da democracia deixa de estar na *pólis* nacional para passar para a *pólis* europeia.

A objecção mais usual contra o modelo anterior assenta na inexistência de uma comunidade política europeia. Tal comunidade política, diz-se, requer uma comunidade social com um elevado grau de coesão e identidade cultural, étnica ou histórica. Este não é o caso da União Europeia. Aquele tipo de comunidade é ainda identificado com o Estado-nação. Neste caso, o problema da constituição europeia não reside na falta de uma constituição formal ou de um sistema democrático tradicional, mas sim na ausência de um *demos* capaz de legitimar semelhante constituição. Esta visão está na origem das propostas favoráveis a uma limitação dos crescentes poderes da União, um retorno ao intergovernamentalismo e, quando necessário, um aumento do papel dos parlamentos nacionais no plano europeu. De acordo com este segundo modelo, as democracias nacionais continuam a ser concebidas como a única forma de legitimação do processo de integração europeia.

Existe uma terceira alternativa constitucional, apesar de menos popular do que as duas visões clássicas anteriormente descritas. Trata-se de uma concepção do constitucionalismo europeu derivada de um ideal constitucional centrado na limitação do poder a que se junta um certo entendimento histórico do processo europeu de integração. Esta alternativa aceita e promove a erosão dos poderes do Estado resultante do processo de integração europeia, mas, ao mesmo tempo, defende que este desenvolvimento não deve ser compensado através de um acréscimo dos poderes da União Europeia. O objectivo da constituição europeia é limitar o poder e proteger a liberdade individual. Esta visão nasce das teorias ordoliberais⁸ e neoliberais⁹ e das suas

⁸ Cf., por exemplo, F. Böhm, «Rule of law in a market economy», in Alan Peacock e Hans Willgerodt (eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Londres, Macmillan Press, 1989, p. 58, e W. Röpke, *International Order and Economic Integration*, Dordrecht, Reidel Publishing, 1959.

⁹ Cf., por exemplo, Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, Londres, Routledge, 1973, e *The Road to Serfdom*, reimpr. (1.^a publicação em 1944), Londres, ARK, 1986; v.

aplicações na Europa do pós-guerra. Estas teorias concebem o constitucionalismo unicamente como uma forma de limitar o poder e proteger os direitos individuais, salvaguardando a liberdade de transacções dos particulares no mercado¹⁰ e transformando este na verdadeira fonte de legitimidade democrática. Ainda se pode falar de federalismo, mas, neste caso, é concebido como uma nova forma vertical de separação de poderes, procurando limitar, simultaneamente, os poderes das partes (as unidades federadas), como do todo (a unidade federal)¹¹. As teorias ordoliberais tiveram mesmo algum impacto no início do processo de integração europeia¹² e permitiram uma leitura das liberdades de circulação como verdadeiras liberdades económicas, e não meras normas de protecção da liberdade de comércio entre os Estados. De acordo com este modelo, do que necessitamos é de um sistema de regras que limite, em geral, o poder público e privado no mercado¹³. Não existe necessidade de uma transferência de poderes para a União Europeia, uma vez serem as livres transacções no mercado, protegidas pelas regras da livre concorrência e livre circulação, que constituem a verdadeira fonte de legitimação da constituição europeia. Esta visão da integração europeia concebe o resultado constitucional funcional à integração do mercado, não como algo que dê origem a um défice constitucional, mas como o último estágio do processo constituinte europeu. Esta «solução» constitucional não é exclusiva da integração europeia e está a tornar-se uma resposta habitual aos problemas democráticos detectados nos processos políticos nacionais: a melhor forma de salvar o Estado é ter menos Estado¹⁴.

também, mais recentemente, a escola do *constitutional economics*, em particular J. Buchanan (cf. Buchanan e Tullock, *The Calculus of Consent — Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Michigan University Press, Ann Arbor Paperbacks, 1965). Para uma aplicação no contexto da União Europeia, v. J. Buchanan, «Europe's constitutional opportunity», in *Europe's Constitutional Future*, Londres, Institute of Economic Affairs, Readings, 33, 1990, p. 11.

¹⁰ Transacções «livres» quer do poder público, quer do poder privado. Daí a importância atribuída à salvaguarda da livre concorrência no mercado.

¹¹ Hayek, *The Road to Serfdom*, cit., p. 173.

¹² Visível na importância atribuída pelo Tratado de Roma às liberdades de circulação e regras da concorrência. A própria união económica e monetária pode ser vista como uma nova vitória ordoliberal, atendendo à importância dada por estes autores à estabilidade monetária. No entanto, o regime centralizado adoptado para a UEM pode ser visto como uma contradição do modelo ordoliberal. Defendendo uma aplicação do ordoliberalismo à constituição europeia, cf. E. J. Mestmäcker, «On the legitimacy of European law», *RabelsZ*, 1994, p. 615, e E. U. Petersmann, «Proposals for a new constitution for the European Union: building-blocks for a constitutional theory and constitutional law of the EU», in *Common Market Law Review*, 1995, p. 1123.

¹³ Cf. a minha análise em *We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1998, em especial o capítulo 4, e «Reforming the market or the state? Article 30 and the European constitution: economic freedom and political rights», in *European Law Journal*, 1997, 55.

¹⁴ Sabel e Dorf, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, <http://www.columbia.edu/~cfs11/Recon.html>, p. 2.

Um paradoxo inicial reside no facto de todas as alternativas discutidas se basearem em argumentos de legitimidade democrática e constitucional. Embora partam dos mesmos factores de legitimação, chegam a conclusões bem diferentes quanto ao modelo de organização política e constitucional que deve ser adoptado na União Europeia. A explicação para este paradoxo inicial reside no facto de, de forma aberta ou oculta, esses modelos assumirem diferentes pontos de partida, por exemplo, quanto à comunidade política a ter em conta para medir a democracia (a Europa ou o Estado-nação) ou quanto aos ideais e modelos constitucionais que devem governar as relações dentro dessa mesma comunidade política (nomeadamente o equilíbrio entre os interesses das maiorias e das minorias). Uma discussão sobre estes conceitos constitucionais e os seus paradoxos ajudar-nos-á a realçar alguns dos limites do constitucionalismo e democracia no plano nacional, assim como a analisar o impacto da integração europeia no constitucionalismo e na democracia em geral.

Porém, antes de avançar, necessito de identificar três pontos de partida (pré-compreensões) subjacentes à minha análise dos três paradoxos do constitucionalismo. Em primeiro lugar, ao longo deste texto presumo a existência de um elo de união entre a democracia e o constitucionalismo. Serão tomados como dois lados da mesma moeda (um deles centrando-se na organização democrática do poder, o outro nos limites a impor a esse poder). Quando usar os termos «constitucionalismo» ou «democracia» neste contexto refiro-me ao constitucionalismo democrático. Isto permitirá, igualmente, lidar mais facilmente com o facto de a maioria das críticas à constituição europeia se centrarem na sua possível falta de legitimidade democrática. Em segundo lugar, parto do princípio de que a melhor forma de legitimar e avaliar o constitucionalismo nacional e europeu deriva dos conceitos de representação e participação. Como se verá ao longo do texto, o ideal constitucional e democrático que assumo como dominante corresponde ao objectivo de uma representação e participação plenas. Neste aspecto, não faço mais do que adoptar uma preocupação dominante das teorias da democracia¹⁵. O terceiro ponto de partida é talvez o mais contencioso. As principais diferenças entre as teorias democráticas tendem a manifestar-se na concepção dos processos

¹⁵ Nesta matéria siga de perto os critérios desenvolvidos por Robert Dahl (*Democracy and Its Critics*, New Haven e Londres, Yale University Press, 1989, especialmente pp. 108-115) ou aquilo que Bobbio identificou como «a definição mínima de democracia» (*Il futuro della democrazia*, Turim, Einaudi, 1984, p. 13). As teorias da democracia baseadas no discurso e deliberação, actualmente bastante «populares», também se fundam na ideia de participação [cf., por exemplo, Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms* (trad. inglesa), Cambridge, Polity Press, 1998, pp. 110 e 166-167, Roberto Gargarella, «Full representation, deliberation and impartiality», in Jon Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 260, e Jon Elster, «Deliberation and constitution making», *op. cit.*].

e instituições tidos como necessários à promoção da representação e participação e nas noções de indivíduo e de comunidade política que precedem ou são resultado desses mesmos processos e instituições. O ponto de vista que adopto é o de que os fins das comunidades políticas derivam da coordenação e satisfação das preferências individuais tais como as definem os próprios indivíduos. Quer isto dizer que me oponho às concepções orgânicas ou comunitárias das comunidades políticas em que os seus fins são definidos de forma independente do conjunto das preferências individuais. Esta é uma concepção liberal e antropocêntrica da democracia que assumo mesmo num plano epistemológico. No meu entender, não só os resultados, mas também (e sobretudo) os processos e instituições devem ser avaliados de acordo com os critérios de representação e participação plenas. Por consequência, o carácter democrático da organização política de uma comunidade não é avaliado com base no facto de os resultados irem ou não ao encontro dos interesses individuais (o que seria sempre medido através de critérios independentes das próprias preferências individuais...), mas sim com base na forma como esses processos e instituições garantem uma efectiva representação e participação a todos os indivíduos afectados pelas decisões sociais deles resultantes.

PARADOXO I – A COMUNIDADE POLÍTICA

As constituições constituem a forma privilegiada de exercício da soberania popular expressa num contrato social que pode ou não assumir uma forma particular. Através da constituição os membros de uma comunidade política definem os seus objectivos comuns, criam as instituições destinadas a prosseguir esses objectivos e estabelecem as regras e limites de exercício do poder público e privado. O conceito clássico de constituição define e pressupõe a existência de uma comunidade política, cujos membros se associam, solidariamente, através dessa mesma constituição. É nessa comunidade política e no seu povo que o processo democrático funda a sua legitimidade e a das decisões maioritárias do processo representativo. A base da comunidade política é normalmente definida como «o povo». As teorias da democracia e do constitucionalismo presumem a existência de um povo¹⁶. Mas o que constitui um povo? E quem tem direito a ser considerado como pertencendo a esse povo? Uma comunidade política pode ser determinada de formas diferentes. O critério adoptado na definição dessa comunidade irá, por sua vez, determinar quem é cidadão dessa comunidade política, detendo um direito de participação e representação nos processos políticos constituintes e ordinários.

¹⁶ Dahl, *Democracy and Its Critics*, cit., p. 3.

O processo de integração europeia vem perturbar esta concepção constitucional clássica ao assumir uma forma constitucional assente em diversas comunidades políticas ou na ausência de uma comunidade política, tradicional: uma constituição sem um povo. Uma das críticas mais comuns à «constituição europeia» baseia-se, precisamente, na ausência de um povo europeu. Não existe um *demos* europeu; logo não pode existir uma constituição europeia. Os debates sobre o défice democrático europeu também derivam de diferentes entendimentos sobre qual é a comunidade política adequada para medir a democracia europeia. Uma maioria existe com referência a uma determinada comunidade política. Uma maioria nacional pode ser uma minoria europeia, e vice-versa. Aqueles que clamam por um reforço do processo maioritário a nível europeu estão, na realidade, a transferir a aplicação do critério democrático do nível nacional para o nível europeu. Por outras palavras, estão a deslocar o eixo constitucional da comunidade política nacional para a comunidade política europeia. Por outro lado, aqueles que se opõem ao crescimento dos poderes da União Europeia fazem-no, frequentemente, com base na impossibilidade de uma verdadeira democratização do processo político europeu, uma vez que, do seu ponto de vista, não existe um *demos* que possa legitimar tal democracia europeia.

Em suma: grande parte das críticas aos desenvolvimentos constitucionais da UE baseiam-se num ponto de partida bastante simples: o constitucionalismo nacional é superior ao constitucionalismo europeu porque a democracia e o constitucionalismo apenas podem ter lugar na presença de um *demos* (povo) e este apenas existe nos Estados-nações¹⁷. É uma tese que associa o constitucionalismo a um *demos* e este ao Estado-nação. Tal tese concebe uma comunidade política como necessariamente fundada num povo dotado de um elevado grau de coesão e identidade étnica, histórica e/ou cultural. Mas esta perspectiva pode ser sujeita a diversas críticas. A primeira é a de que uma comunidade política não exige necessariamente um *demos* tal como este é tradicionalmente entendido a nível nacional. É possível conceber a comunidade política europeia como fundada num contrato social independente de

¹⁷ Esta é a perspectiva subjacente ao acórdão do Tribunal Constitucional alemão sobre o Tratado de Maastricht (*International Legal Materials*, 1994, p. 395, trad. inglesa não oficial; cf., em particular, C-I-3). Para uma discussão deste acórdão, v. J. Weiler, «Does Europe need a constitution?, Demos, telos and the German Maastricht decision», in *European Law Journal*, 1995, p. 219 e Steve Boom, «The European Union after the Maastricht decision: will Germany be the 'Virginia of Europe'», in *American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 177. Para Jacqué («La constitution communautaire», in *RUDH*, 1995, 397, p. 409) é previsível uma mudança de opinião do Tribunal Constitucional alemão decorrente do desenvolvimento de partidos políticos europeus e de uma opinião pública europeia. Existe, aliás, quem defenda a emergência uma esfera pública europeia baseada numa cultura comum. É o caso de Peter Häberle («Existe un espacio público europeo?», in *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, 113, em especial pp. 121 segs.).

qualquer requisito de pertença a uma certa identidade étnica, histórica e cultural¹⁸. O que sustenta a comunidade política europeia neste caso é o acordo político face a um certo conjunto de valores e a uma determinada forma de organização política. A segunda crítica às teses que se fundam na ausência de um *demos* europeu provém do próprio constitucionalismo. Por que motivo hão-de a participação e a representação ser limitadas pelo requisito de pertença a uma certa identidade étnica, histórica e cultural? É aqui que reside o paradoxo da comunidade política na sua relação com o constitucionalismo e a democracia. Afinal, não constitui o *demos* nacional um limite à democracia e ao constitucionalismo? Com efeito, a participação nas democracias nacionais não é concedida a todos aqueles que são afectados pelas decisões dos processos políticos nacionais, mas apenas àqueles que são aceites como cidadãos das comunidades políticas nacionais¹⁹. Não se trata aqui de contestar a existência de democracia a nível nacional, mas sim de notar os limites à extensão de tal democracia²⁰. Existem graves deficiências de inclusão nas comunidades políticas nacionais²¹. Tais comunidades excluem do seu processo deliberativo muitos indivíduos afectados pelas políticas nacionais com base no simples pressuposto de que não podem pertencer ao *demos* nacional tal como este é entendido no sentido étnico, histórico e cultural já referido. Mas a dependência da democracia e do constitucionalismo de tais comunidades étnico-histórico-culturais entra em contradição com os princípios fundadores do constitucionalismo democrático, que visam uma representação e participação plenas.

As comunidades políticas nacionais apresentam um duplo défice democrático: por um lado, escapam ao seu controle democrático muitos processos

¹⁸ Cf. Weiler, «Does Europe need a constitution?», *op. cit.*, e Weiler, Haltern e Mayer, «European democracy and its critics», in *West European Politics*, 1995, p. 4. No mesmo sentido, F. Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 68-69, e J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1998, pp. 1221-1225.

¹⁹ Christian Joerges comenta da seguinte forma o acórdão do Tribunal Constitucional alemão sobre o Tratado de Maastricht: «Foreign sovereign acts, so the Court argues, must not claim superior validity to democratically legitimised law. What if we turn this argument around? Constitutional states must not unilaterally impose burdens on their neighbours [...] 'No taxation without representation' — this principle can claim universal validity even against constitutional states» («Taking the law seriously: on political science and the role of law in the process of European integration», in *ELJ*, 1996, 105, p. 117).

²⁰ A diferença entre a existência de democracia e a extensão dessa democracia é salientada por Jon Elster («Deliberation and constitution making», *op. cit.*, p. 99).

²¹ Dahl identifica dois tipos de problemas nas comunidades políticas: «1 — The problem of inclusion: what persons have a rightful claim to be included in the demos; 2 — The scope of its authority: what rightful limits are there on the control of a demos», *op. cit.*, p. 119; cf., igualmente, David Held, *Democracy and the Global Order*, Cambridge e Oxford, Polity Press, 1995, em particular capítulos 1 e 10.

de decisão que as afectam, mas têm lugar fora das suas fronteiras; por outro lado, as comunidades políticas nacionais excluem da participação e representação nos seus processos de decisão muitos interesses que serão afectados por essas mesmas decisões. Como notava Lucas Pires, as fronteiras da democracia nacional já não correspondem ao campo de acção do «cidadão moderno»²². Provavelmente, nunca corresponderam, mas é, hoje em dia, cada vez mais claro quão artificiais são as jurisdições da democracia e a falta de correspondência entre as comunidades democráticas em que participamos e aquelas que afectam os nossos interesses. As democracias constitucionais nacionais não são suficientes para satisfazer a nossa crescente necessidade de participar e estar representado em várias comunidades políticas nem conseguem legitimar todos os processos de decisão que afectam as nossas vidas.

David Held tem defendido a necessidade de um novo modelo democrático à luz dos desafios que a globalização traz às democracias dos Estados-nações:

O problema, para os críticos ou defensores dos sistemas democráticos nacionais, é que a interdependência regional e global põe em causa a tradicional resolução nacional das questões básicas da teoria e prática democráticas. É o próprio processo de governação (*governance*) que escapa ao controle do Estado-nação. As comunidades nacionais já não determinam apenas por si sós as suas políticas e decisões e os governos já não definem o que é apropriado exclusivamente para os seus cidadãos²³.

Existem, pois, argumentos pragmáticos e normativos a favor de uma fórmula constitucional e democrática mais ampla, capaz de «supervisionar» e complementar o constitucionalismo democrático nacional²⁴. Em primeiro lugar, os Estados-nações já não conseguem (talvez nunca tenham conseguido) controlar o impacto dentro das suas fronteiras de políticas definidas externamente e necessitam de encontrar formas de controle constitucional sobre os processos de decisão que têm lugar fora das fronteiras nacionais. Em segundo lugar, é hoje mais claro que os Estados-nações nunca satisfizeram os ideais constitucionais de representação e participação plenas. Já não é possível continuar a sustentar a ilusão de uma relação simétrica entre os órgãos políticos nacionais e os destinatários das suas decisões políticas²⁵.

²² Como escreveu Lucas Pires, as constituições democráticas nacionais já não são capazes de satisfazer as «necessidades de «convivência» democrática do «indivíduo múltiplo» e também transnacional que é o cidadão moderno» (*Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, cit., p. 67).

²³ David Held, *Democracy and the Global Order*, cit., pp. 16-17.

²⁴ O uso da expressão «supervisionar» não significa a adopção de uma forma de controle hierárquica, como ficará claro para o leitor mais adiante.

²⁵ David Held, *Democracy and the Global Order*, cit., p. 224.

Do que ficou escrito resultam duas importantes conclusões: primeiro, não existe, *a priori*, nenhuma legítima presunção de superioridade democrática do constitucionalismo nacional face ao constitucionalismo europeu; segundo, o constitucionalismo e a democracia não podem nem devem ser entendidos apenas com referência ao ideal do Estado-nação. Isto não significa que a comunidade política ideal para o constitucionalismo e a democracia seja sempre aquela em que a mais ampla representação e participação são asseguradas. O paradoxo da comunidade política implica que jurisdições mais pequenas podem assegurar menor mas melhor representação. Por outras palavras, a expansão do campo da representação e participação não determina necessariamente um aumento da legitimidade constitucional democrática. Isto é assim porque a democracia e o constitucionalismo não se medem apenas com base no campo da representação e participação e dependem, igualmente, do grau e intensidade das mesmas. A democracia e o constitucionalismo promovem quer a «quantidade» da representação e participação, quer a «qualidade» das mesmas. No entanto, existe frequentemente uma permuta (*trade-off*) entre esses dois objectivos. As comunidades mais pequenas reduzem o campo de representação e participação, mas podem aumentar o grau e a intensidade das mesmas ao diminuírem os custos de informação e transacção. Ao mesmo tempo, aumentam, igualmente, o valor relativo da participação e representação de cada indivíduo²⁶. Desta forma, também não seria correcto afirmar que sempre que o constitucionalismo europeu promove uma mais ampla representação detém uma maior presunção de legitimidade do que o constitucionalismo nacional. A questão sobre a comunidade política que constitui, em diferentes circunstâncias, a melhor jurisdição para o constitucionalismo e a democracia permanece em aberto. Mas o argumento aqui apresentado é, precisamente, o de que não existe uma comunidade política ideal abstracta para a concretização do constitucionalismo e da democracia e que tal se deve à própria natureza do paradoxo constitucional inerente ao conceito de comunidade política.

As questões constitucionais têm sido tradicionalmente abordadas no contexto de uma comunidade política (normalmente o Estado-nação) exogenamente determinada e excluída da própria análise constitucional. É essa comunidade política que serve de medida e garantia do constitucionalismo. As relações internas à comunidade política são reguladas pelo direito constitucional enquanto as relações entre comunidades políticas são dominadas pelos Estados e regidas pelo direito internacional. Neste contexto, o critério da legitimidade constitucional tem sido procurado no interior da comunidade política nacional e a democracia é limitada a essa comunidade. O processo de integração

²⁶ O valor democrático de pequenas comunidades pode ser facilmente explicado com base nos custos do processo de decisão. Sobre estes, cf. Buchanan e Tullock, *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1965, pp. 63 e segs.

européia desafia esta concepção tradicional ao introduzir formas de relação constitucional entre as diferentes comunidades políticas nacionais e ao promover a emergência de uma nova e mais ampla comunidade política. Mas isto pode ser visto como trazendo um valor acrescentado à democracia e ao constitucionalismo. Em primeiro lugar, já não somos «prisioneiros» da nossa comunidade política original e podemos optar entre várias comunidades políticas. Enquanto continuamos a beneficiar da nossa comunidade política nacional de origem, entramos num novo contrato social que nos confere o direito (ainda limitado) de viver e participar em diferentes comunidades políticas nacionais pertencentes ao espaço europeu. Em segundo lugar, o direito da União Europeia garante-nos um direito de representação nas outras comunidades políticas nacionais em relação a muitas das suas decisões que afectem os nossos interesses: os direitos resultantes do mercado interno e o princípio geral de não discriminação com base na nacionalidade podem ser entendidos dessa forma. Tais direitos obrigam, na prática, as instituições nacionais a incorporarem nos seus processos políticos e legislativos os interesses dos cidadãos europeus de outros Estados membros afectados por decisões ou legislação nacional sujeitas à fiscalização do direito comunitário. Como defendi em pormenor noutra lugar, o direito económico comunitário, por exemplo, deve ser concebido como atribuindo aos cidadãos europeus não apenas direitos económicos, mas, de forma mais sofisticada, como assegurando aos nacionais de um Estado membro um direito político de ver os seus interesses tidos em conta no processo político de outro Estado membro²⁷. Desta forma, os direitos resultantes do processo de integração europeia promovem os ideais constitucionais de representação e participação plenas. Ao mesmo tempo, a concorrência entre as diferentes comunidades políticas nacionais resultante do processo de integração europeia pode promover, igualmente, uma melhoria constitucional dessas comunidades políticas nacionais, mesmo do seu ponto de vista puramente interno. Por outro lado, de um ponto de vista negativo, a transferência de certas decisões para uma comunidade política mais ampla pode aumentar os custos de decisão e diminuir a qualidade e valor relativos da participação e representação.

A assunção do paradoxo da comunidade política implica um desafio à supremacia do constitucionalismo nacional sobre o constitucionalismo europeu ao demonstrar como as críticas tradicionais ao constitucionalismo europeu ignoram os limites constitucionais e democráticos das comunidades políticas nacionais. Só existe boa análise constitucional se o próprio conceito de comunidade política nela for integrado e sujeito aos ideais de representação e participação. Os debates sobre o constitucionalismo nacional e euro-

²⁷ Cf. *We the Court — The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, cit., pp. 169-173. No mesmo sentido, cf. Joerges, «Taking the law seriously», *op. cit.*, p. 117.

peu têm de ter em conta a natureza paradoxal do conceito de comunidade política e reconhecer que os ideais constitucionais e democráticos podem requerer diferentes comunidades políticas, consoante as circunstâncias e de acordo com uma análise comparada da representação e participação nessas diferentes comunidades em diferentes contextos.

PARADOXO II – O MEDO DOS POUCOS E O MEDO DOS MUITOS OU OS RECEIOS DA TIRANIA DA MINORIA E DA DITADURA DA MAIORIA²⁸

O constitucionalismo é normalmente concebido como, simultaneamente, atribuindo e limitando o poder. Os mais importantes conceitos e doutrinas constitucionais gravitam à volta de um complexo sistema de equilíbrio de poderes estabelecido pelo direito constitucional para, ao mesmo tempo, promover o exercício democrático do poder (assegurar que uns poucos não governam sobre os muitos) e estabelecer limites ao exercício desse poder (garantir que os muitos não abusam do seu poder sobre uns poucos). O constitucionalismo vive na procura de um equilíbrio, permanentemente instável, entre instituições e valores que, simultaneamente, promove e receia: o equilíbrio entre os objectivos comuns da comunidade política e as preferências individuais dos seus membros; o equilíbrio entre a vontade democrática da maioria e os direitos das minorias. Existem dois receios fundamentais que estão subjacentes ao discurso e organização constitucionais: o receio da tirania da minoria (medo dos poucos) e o receio da ditadura da maioria (medo dos muitos). O núcleo duro do direito constitucional reside precisamente no equilíbrio entre o receio da tirania da minoria e o receio da ditadura da maioria. Conceitos como separação de poderes, direitos fundamentais ou representação parlamentar constituem reflexos e representações desses receios²⁹. As constituições estabelecem os processos e as

²⁸ As expressões «medo dos poucos» (*fear of the few*) e «medo dos muitos» (*fear of the many*) pertencem a Neil Komesar. Constituem a base do que ele descreve como *the two-force model* aplicável à definição da função de fiscalização do processo político por parte do poder judicial. Aqueles dois tipos de medos reflectem-se em duas formas de sobre-representação no processo político: *minoritarian bias* e *majoritarian bias* (cf. «Imperfect alternatives — choosing institutions», in *Law, Economics and Public Policy*, Chicago e Londres, Chicago University Press, 1994, e «A job for the judges: the judiciary and the constitution in a massive and complex society», in *Michigan Law Review*, 1981, p. 657).

²⁹ Bellamy, «The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy», in Bellamy e Castiglione (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996, p. 24, identifica três princípios que têm definido o constitucionalismo: direitos, separação de poderes e governo representativo. Na sua opinião, os direitos têm assumido um papel predominante nos anos mais recentes: «Rights, upheld by judicial review, are said to comprise the prime component of constitutionalism, providing a normative legal framework within which politics operate» (p. 24).

instituições democráticas necessárias ao exercício da vontade maioritária, mas, ao mesmo tempo, criam direitos e processos que visam garantir a protecção das minorias e particulares.

Tradicionalmente, a teoria constitucional tem associado «os muitos» com as decisões maioritárias do processo político, enquanto os interesses individuais ou das minorias são identificados com a protecção dos direitos fundamentais. É frequente encontrar-se a legitimação para a função judicial de fiscalização da constitucionalidade dos actos do poder político e legislativo em teorias materiais ou processuais de protecção das minorias³⁰. No entanto, esta concepção clássica do direito constitucional tem vindo a ser posta em causa à luz da proliferação de novos centros de decisão social e da informação trazida por novas análises institucionais. Os estudos sobre grupos de interesses e acção colectiva (*collective action*), por exemplo, têm demonstrado como o processo democrático maioritário pode, na realidade, ser controlado por uns poucos contra o interesse da maioria³¹. Desta forma, não é mais possível continuar a identificar uma determinada instituição ou norma constitucional com uma certa classe ou interesse ou com um particular receio dos poucos ou dos muitos.

No entanto, a metodologia constitucional dominante continua a partir de noções idealizadas das instituições políticas, económicas e jurídicas, concebendo-as como um simples reflexo dos modelos abstractos constitucionalmente definidos. A multiplicação e alteração das formas de participação e representação, a sua dependência dos custos de informação e transacção e a alteração da composição e distribuição dos interesses e actores institucionalmente relevantes são alguns dos aspectos frequentemente ignorados na análise constitucional. Ainda mais comum é a tendência dos juristas e politólogos constitucionais para concentrarem a sua análise nos problemas predominantes numa determinada instituição ou num particular receio de uma forma de tirania da minoria ou de ditadura da maioria. Esta perspectiva ignora que o constitucionalismo democrático se funda quer no receio da tirania da minoria, quer no receio da ditadura da maioria, constituindo estas dois lados de uma mesma moeda. Também bastante disseminada é a tendência para presumir que os objectivos normativos podem ser transpostos para a «vida real», numa espécie de relação causal entre norma e realidade social que ignora as insti-

³⁰ Para um exemplo das primeiras, cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977. Para um exemplo das segundas, cf. John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

³¹ Outro tipo de teorias tem contribuído, igualmente, para pôr em causa a diferenciação funcional dos poderes (instituições) e interesses que representam. A teoria dualista da democracia de Bruce Ackerman, por exemplo, relaciona quer o processo político, quer os tribunais com a promoção e protecção da democracia (cf. *We the People*, vol. 1, *Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991).

tuições e actores que interpretam e concretizam esses objectivos normativos. Embora a crise do raciocínio silogístico tenha acabado com a ilusão dos tribunais como meros aplicadores do direito, é comum continuar-se a ignorar a realidade de que o direito é, em grande parte, determinado pela sua comunidade de intérpretes e que as questões jurídicas são, em primeiro lugar, questões sobre «quem decide» o conteúdo normativo da pluralidade de conceitos jurídicos indeterminados que compõem a ordem jurídica. São as instituições que determinam o conteúdo axiológico das normas jurídicas, e não vice-versa. Quando alguma atenção é dispensada às instituições e actores que concretizam o direito, o segundo tipo de deficiência analítica manifesta-se claramente: toda a atenção é dispensada aos problemas de uma determinada instituição (seja o processo político, o poder judicial, o mercado ou outra), argumentando-se a favor de um modelo institucional alternativo apenas com base nas deficiências da instituição examinada. Esta limitação analítica, que pode parecer óbvia e simples, está, na realidade, profundamente enraizada na metodologia constitucional tradicional e corresponde àquilo que Neil Komesar classificou de *single institutionalism* (institucionalismo parcelar)³². Muitas das teorias sobre a função de fiscalização da constitucionalidade, por exemplo, concentram-se exclusivamente nos problemas detectados no funcionamento do sistema político. Uma vez verificada a existência de uma deficiência normativa na operação do sistema político, legitima-se a intervenção do poder judicial e pede-se aos tribunais que se substituam ao legislador na concretização dos conceitos constitucionais indeterminados. No entanto, é bem possível que os próprios tribunais sofram, em muitos casos, de deficiências normativas de representação e participação mais graves do que o processo político. As escolhas institucionais devem ser feitas através da comparação das diferentes alternativas institucionais e não apenas com base nos problemas detectados numa particular instituição³³.

O *institucionalismo parcelar* também pode ser definido como um *constitucionalismo parcelar*, na medida em que representa uma forma de análise constitucional que ignora os paradoxos constitucionais acima referidos. Por outras palavras, o *constitucionalismo parcelar* identifica um problema constitucional e propõe uma alternativa sem inquirir sobre os potenciais problemas constitucionais ínsitos nessa alternativa. Isto deve-se em grande medida a uma descontextualização da análise institucional: enquanto a instituição criticada é analisada à luz da sua operação concreta «na vida real», a alternativa institucional proposta é defendida na presunção de uma correspondên-

³² Cf. «Imperfect alternatives», *op. cit.*

³³ Como escreve Komesar, «an institution is inefficient only when it functions less perfectly than an alternative available institution» [«In search of a general approach to legal analysis: a comparative institutional alternative» (1981), in *Michigan Law Review*, vol. 79, 1350, p. 1359].

cia perfeita com o seu ideal constitucional abstracto. É este o problema nuclear de muitas das análises e propostas constitucionais da União Europeia. É usual identificar-se um défice numa determinada instituição (a Comissão ou o Conselho, por exemplo) e, nessa base, propor-se uma transferência do processo de decisão para uma instituição alternativa (o Parlamento Europeu, por exemplo), sem comparar a capacidade e representatividade relativa dessas instituições no contexto específico em análise (presumindo-se, por exemplo, que os mecanismos de representação e participação no Parlamento Europeu são sempre um reflexo perfeito do ideal democrático). Este tipo de análise ignora os paradoxos constitucionais do «medo dos poucos» e do «medo dos muitos» e as diferentes formas que eles podem assumir.

O constitucionalismo europeu exige uma metodologia constitucional mais sofisticada, mas, ao mesmo tempo, proporciona a descoberta de novas representações dos paradoxos constitucionais referidos e promove a elaboração de soluções constitucionais mais eficazes e realistas. O ponto de partida para este novo constitucionalismo é a compreensão das escolhas institucionais inerentes à interpretação e aplicação do direito e a introdução de uma análise contextual dessas instituições e dos interesses e actores que nelas se manifestam. Ao mesmo tempo, deve ser ponto assente que a simples identificação de um défice constitucional democrático numa determinada instituição não constitui, por si só, argumento suficiente para legitimar outra alternativa institucional.

Um exemplo talvez ajude a clarificar estas propostas e o seu poder normativo na reconstrução da análise jurídica e, em concreto, do debate sobre a constituição europeia. Irei visitar as críticas clássicas ao défice democrático europeu, procurando identificar os problemas de constitucionalismo ou institucionalismo parcelar de que sofrem. A literatura do défice democrático europeu concentra-se exclusivamente numa forma particular de «medo dos poucos», ou tirania da minoria. A outra face do constitucionalismo democrático («o medo dos muitos», ou ditadura da maioria) é normalmente ignorada, bem como outras formas de expressão do «medo dos poucos», ou tirania da minoria. Do meu ponto de vista, isto constitui uma deficiente análise constitucional e, ao mesmo tempo, diminui o valor que o constitucionalismo europeu pode ter na correcção de algumas formas de «medo dos poucos» e de «medo dos muitos» e na promoção de novos meios de participação e representação.

Existem duas manifestações principais do «famoso» défice democrático europeu: por um lado, salientam-se as restrições à aplicação do princípio do maioritário nos processos de decisão do Conselho e a sua diminuta representatividade proporcional; por outro lado, realçam-se, igualmente, os limites à participação do Parlamento Europeu na função legislativa comunitária. Ambos os casos correspondem a manifestações de «medo dos poucos», ou

receio da «tirania da minoria», mas de natureza diferente. A primeira forma de défice democrático europeu corresponde a uma conhecida tese de Fritz Scharpf: a *joint-decision trap* (a «armadilha» das decisões colectivas)³⁴. De acordo com este autor, as decisões por unanimidade tendem a promover e manter políticas ineficientes e subóptimas, uma vez que nenhuma política pode ser criada, abolida ou alterada enquanto houver um único Estado que prefira o *status quo*³⁵. Isto também pode ser apresentado como uma forma de défice democrático: «a possibilidade de um pequeno número de cidadãos comunitários, representados no Conselho pelo seu ministro, bloquearem o desejo colectivo do resto da comunidade»³⁶. No entanto, o facto de a unanimidade apresentar problemas democráticos relacionados com o «medo dos poucos» não significa, por si só, que as decisões maioritárias serão sempre mais democráticas, representativas e eficientes. Nada nos garante que as decisões por maioria produzirão uma mais equilibrada representação dos interesses afectados. As decisões tomadas por uma maioria de Estados não terão em consideração a distribuição dos custos e benefícios em todos os Estados, mas apenas nos Estados que compõem aquela maioria. O que muda entre a regra da unanimidade e a regra da maioria é apenas a forma como são distribuídos os custos e benefícios resultantes de uma representação desigual. Ao abrigo do voto por unanimidade, o risco é que uma decisão apenas seja tomada desde que satisfaça todos os Estados independentemente das suas necessidades ou que uma decisão se mantenha mesmo quando os benefícios que proporciona a um Estado sejam menores do que os custos que dela resultam para todos os outros (*minoritarian bias*, ou uma manifestação do «medo dos poucos»). Ao abrigo do voto por maioria, o risco é que uma decisão seja tomada ou mantida embora os benefícios que proporcione a uma maioria de Estados sejam menores do que os custos que impõe a uma minoria de Estados (*majoritarian bias*, ou uma manifestação do «medo dos muitos»). O que muda é apenas a natureza da deficiente representatividade e participação que afecta a legitimidade constitucional democrática do processo político nessas diferentes circunstâncias. Scharpf cai na «ratoeira» do *institucionalismo* ou *constitucionalismo parcelar* ao apenas analisar os riscos existentes ao abrigo do processo de decisão por unanimidade³⁷.

Existe uma segunda forma de apresentação do défice democrático europeu (talvez a dominante na literatura que a ele se refere) que concentra a sua

³⁴ Fritz Scharpf, «The joint-decision trap — lessons from German federalism and European integration», in *Public Administration*, 1988, 239, p. 255.

³⁵ Id., *ibid.*, p. 257.

³⁶ «The ability of a small number of Community citizens represented by their minister in the Council to block the collective wishes of the rest of the Community» (Joseph Weiler, «The transformation of Europe», in *Yale Law Journal*, 1990, 2403, p. 2467).

³⁷ Ao mesmo tempo também parece confundir o conjunto das preferências individuais com o conjunto das preferências governamentais.

análise nos limites à participação do Parlamento Europeu no processo político e legislativo. Esta concepção do défice democrático identifica dois problemas: primeiro, existe uma transferência de poder de instituições com representatividade directa (parlamentos) para uma instituição de representatividade indirecta (o Conselho, dominado pelos governos); segundo, o Conselho tem uma representatividade proporcional face às populações dos Estados mais reduzida do que a representatividade do Parlamento Europeu. Ambos os problemas correspondem também a situações de «medo dos poucos», mas neste caso a maioria é definida em termos transnacionais (são os indivíduos, e não os Estados, que constituem a medida da maioria). O risco apresentado por esta versão do défice democrático europeu é o de termos um sistema político que, devido à sua natureza não maioritária e sem representatividade directa, será facilmente controlado por uma minoria. Sofreria de uma «tirania das minorias». A ênfase é então posta na representação democrática de tipo parlamentar. Não há dúvida de que esta é uma condição necessária para a legitimidade democrática da União Europeia³⁸. Mas até que ponto? E será suficiente³⁹? Como já referi, por detrás desta concepção do défice democrático europeu está o «medo dos poucos» e da «tirania da minoria». No entanto, caso os poderes do Parlamento Europeu se tornem dominantes no processo político e legislativo europeu (o que é crescentemente o caso), o discurso constitucional irá identificar o risco oposto: o da ditadura da maioria, ou «medo dos muitos», consubstanciado no receio de a vontade da maioria prevalecer mesmo contra um interesse superior da minoria⁴⁰.

³⁸ Cf., por exemplo, Lenaerts e de Smijter, «The question of democratic representation» in reforming the Treaty on European Union — the legal debate», in Winter, Curtin, Kellermann, de Witte (eds.), *Kluwer Law International*, Haia, 1996, 173, p. 175. No entanto, estes autores reconhecem que o défice democrático europeu não será resolvido com base numa simples transferência de poderes para o Parlamento Europeu (cf. p. 178).

³⁹ Cf. Renaud Dehousse, «Constitutional reform in the European Community: are there alternatives to the majoritarian avenue?», in *West European Politics*, 1995, 118, p. 122.

⁴⁰ É o equilíbrio entre estes dois riscos ou receios que domina as discussões sobre decisões por maioria e decisões por unanimidade. Isto é um dos pontos mais debatidos do constitucionalismo que não abordarei aqui. Buchanan e Tullock, por exemplo, têm trabalhado extensivamente nesta questão, distinguindo entre decisões constitucionais e decisões políticas. As decisões ideais estariam sujeitas a um princípio de não coacção e unanimidade. No entanto, os custos de decisão envolvidos impedem que todas as decisões possam estar sujeitas a unanimidade. Desta forma, uma distinção é feita entre as decisões constitucionais, que devem estar sujeitas ao voto por unanimidade, e decisões de outro tipo (políticas), que podem ser decididas por maioria (cf. Buchanan e Tullock, *The Calculus of Consent*, cit.). Para uma aplicação à União Europeia, v. Vibert, «Non-coercion, decision rules and Europe's constitutional debate», in Schmidtchen and Cooter (eds.), *Constitutional Law and Economics of the European Union*, Edward Elgar, Cheltenham and Lyme, 1997, 258; cf., igualmente, para uma discussão no contexto da União Europeia, Pistone, «Il Trattato di Unione Europea e la legittimità delle decisioni democratiche a maggioranza», in *Il Federalista*, 1985, 178, pp. 178-179 (fazendo referência a Gerda Zellentin, «Überstaatlichkeit statt Bürgernahe?», in *Integration*, 1/1984).

O dilema entre estes receios opostos é visível nos debates sobre a reforma institucional na União. A concepção destes receios tem por base, no entanto, uma noção do processo político europeu dominada exclusivamente pelos Estados. O ponto de partida é a «ideia de que as autoridades que controlam as esferas públicas nacionais são capazes de representar a totalidade dos interesses daqueles que nelas participam e que, assim sendo, o interesse público da UE [...] nada mais é do que a soma dos interesses dos Estados membros, mediados pela vontade colectiva das autoridades públicas»⁴¹. Neste contexto, os «medos dos poucos e dos muitos» são abordados apenas num âmbito de representação estadual. O impacto que outros actores podem ter no processo político europeu é normalmente ignorado, bem como a importância que outras formas de representação e participação (tais como o mercado ou o sistema judicial) podem ter no contexto europeu. Da mesma forma, embora muitos reconheçam em abstracto que os indivíduos e os grupos já não se dividem apenas ao longo de fronteiras nacionais, poucos são aqueles que assumem plenamente essa perspectiva ao abordarem os problemas do constitucionalismo europeu.

O aumento dos poderes do Parlamento Europeu é normalmente apresentado como a melhor forma de prevenir o «medo dos poucos» e os riscos minoritários de que sofre o sistema político da União Europeia. No entanto, esses mesmos riscos também podem aumentar com uma transferência de poder para o Parlamento Europeu. A mudança de um sistema de decisão intergovernamental para um sistema de decisão de tipo parlamentar não irá necessariamente reduzir os riscos de domínio minoritário. O que muda é o tipo de domínio minoritário ou de «medo dos poucos» em causa. A transferência de poderes do Conselho para o Parlamento Europeu implica uma alteração do nível de proximidade entre eleitores e eleitos. A representação deixa de ser agregada através do conjunto das diferentes comunidades eleitorais nacionais (mediadas pelos governos nacionais) para passar a resultar de uma única, mais ampla e distante comunidade de eleitores. O problema é que, quanto maior e mais distante é a comunidade de representação, maiores tendem a ser os custos de informação e transacção, dificultando a representação e participação no sistema político. Isto não resulta apenas da pouca visibilidade do Parlamento Europeu. Quanto maior é o número de representados, mais difícil se torna organizar os interesses dispersos da maioria, dado o baixo interesse *per capita* que estes pressupõem e os elevados custos de informação e organização necessários para promover a sua

⁴¹ «(T)he idea that the controllers of the public realms of the members states are able to represent the totality of the national interests of the participating people, and hence that the public interest of the EU [...] is nothing more than the aggregate of the public interests of the Member states, mediated through the collective willing of the public-realm controllers» (Philip Allott, «The crisis of European constitutionalism: reflections on the revolution in Europe», in *CMLRev.* 439, p. 477).

participação. Em áreas onde os interesses da maioria são dispersos ou difusos, os níveis de representação nacional podem mais facilmente organizar e mobilizar a maioria. Os custos de informação e transacção envolvidos na participação no processo político europeu ao nível do Parlamento Europeu podem ser maiores do que se essa participação se processar através dos governos nacionais. Nos casos em que os interesses da maioria europeia sejam bastante dispersos ou difusos, pode ser mais fácil para os grupos de interesses «capturar» o processo político do Parlamento Europeu do que o processo político intergovernamental⁴². Nestes casos, ainda estamos em presença de riscos de sobre-representação minoritária; a diferença é que esses interesses minoritários têm uma configuração transnacional e não correspondem aos interesses de um Estado membro particular. Assim, temos de concluir que, dependendo das matérias e interesses em causa, o Parlamento Europeu pode estar sujeito a um maior risco de controle minoritário do que o processo intergovernamental. O que muda é apenas o tipo de riscos minoritários ou, se preferirem, os poucos de que se tem receio.

Não existe uma solução uniforme ou um modelo constitucional abstracto que possamos adoptar para resolver o problema do défice democrático europeu. O que é necessário é um novo constitucionalismo, capaz de abarcar os diferentes receios das minorias e das maiorias. Um dos novos pontos de partida deve ser o reconhecimento da importância das escolhas institucionais na criação e aplicação do direito e a necessidade de adoptar uma análise institucional comparada em que os diferentes mecanismos de participação e representação abstracta sejam analisados à luz dos paradoxos constitucionais identificados e no contexto da realidade em que operam (condicionada pelos interesses dominantes e pelos custos de informação e transacção). Isto transportar-nos-á para conclusões algo paradoxais. Permitir-nos-á salientar, por exemplo, que, por vezes, mesmo de um ponto de vista europeu, as instituições nacionais podem concretizar melhor os nossos ideais constitucionais. Por outras palavras, mesmo tomando a comunidade política europeia como a jurisdição relevante para medir a democracia, não é certo que uma instituição europeia seja sempre a mais apropriada para a representação de todos os interesses afectados nessa comunidade política europeia. A análise dos debates sobre o défice democrático europeu demonstrou, espera-se, um conjunto de circunstâncias em que uma maior participação das instituições nacionais pode prevenir alguns problemas constitucionais das instituições europeias e promover uma maior participação e representação mesmo no contexto de uma comunidade política europeia dominante face às comunidades nacionais.

Mas o contrário também sucede: o processo de integração europeia e as suas instituições podem promover a democraticidade das instituições nacio-

⁴² Neste último, os governos nacionais podem operar como elementos promotores da maioria transnacional.

nais mesmo de um ponto de vista puramente nacional. Daí poder falar-se de um *superavit* democrático europeu, que se manifesta de diferentes formas face às comunidades políticas nacionais e ao constitucionalismo aí dominante. A inclusão promovida pelo constitucionalismo europeu nas comunidades políticas nacionais (cujo valor acrescentado democrático para os não nacionais já foi acima salientado) irá promover, igualmente, a correcção de situações puramente nacionais de sobre-representação minoritária ou maioritária. Muitas destas deficiências constitucionais nacionais são frequentemente ignoradas porque profundamente enraizadas nas instituições nacionais e excluídas da esfera de deliberação pública. Em vez de serem sujeitas ao discurso constitucional, estão de tal forma cristalizadas na operação dos processos políticos e constitucionais nacionais que constituem parte da sua linguagem, sendo vertidas nos conceitos constitucionais como elementos exogenamente determinados que condicionam a deliberação democrática, em vez de a ela serem sujeitos⁴³. A maioria das situações de discriminação contra nacionais de outros Estados constituem, ao mesmo tempo, exemplos de controle do processo político nacional por parte de um grupo de interesses particular contra os interesses dispersos da maioria. O exemplo paradigmático é o proteccionismo económico. Este tende a ocorrer quando alguns grupos de interesses nacionais procuram conservar os seus privilégios económicos à custa dos seus concorrentes estrangeiros e dos consumidores nacionais. Devido à elevada concentração dos seus custos e benefícios, essas minorias nacionais (cujo número limitado de participantes permite uma mais fácil organização em grupos de interesses) conseguem frequentemente dominar o processo político nacional, mesmo contra os interesses da maioria dos consumidores. A natureza dispersa dos interesses destes traduz-se num elevado número de participantes, a que corresponde, igualmente, um baixo custo/benefício *per capita*, circunstâncias

⁴³ Isto pode ser considerado uma consequência da relação entre sistema e «mundo-vida» apresentada por Habermas em *Theory of Communicative Action* (trad. inglesa), vol. 2, Cambridge, Polity Press, 1989. Os sistemas estão geneticamente imbuídos de certos valores e presunções que são excluídos da acção comunicativa (isto é, discurso). O que sucede é que os sistemas tendem a «tomar conta» do «mundo-vida» (onde a acção comunicativa e a racionalidade predominam) e desta forma reduzem o campo da actividade normativa sujeita a discurso e deliberação. Por outras palavras, reduzindo o campo da deliberação democrática. Isto também pode ser apresentado como uma das consequências da dogmática constitucional quando apoiada numa aparente neutralidade. Uma discussão interessante neste sentido pode ser vista em Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge e Londres, Harvard University Press, 1993 (em particular pp. 1-10). Como refere este autor, logo nas linhas iniciais, «the status quo, like everything else, should be subject both to deliberation and to democracy». Isto não significa o meu acordo com o desafio particular ao *status quo* feito por Cass Sunstein. Uma última forma de conceber diferentes graus de deliberação num sistema democrático é através da teoria dualista de Bruce Ackerman, *We the People*, vol. 1, *Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, e «Neo-federalism», in *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster e Rune Slagstad (eds.), Cambridge: Cambridge, University Press, 1988, p. 153.

que dificultam a sua organização e mobilização. A obrigação resultante do direito comunitário para os processos políticos nacionais de ter em conta os interesses dos cidadãos de outros Estados membros afectados por normas nacionais proteccionistas⁴⁴ constitui também uma forma de fazer regressar essas matérias à esfera de deliberação pública e promover, dessa forma, uma também mais alargada e activa representação dos diferentes interesses em jogo no interior do Estado. É isto que explica que muitos dos processos de direito comunitário que abordam matérias desse tipo sejam iniciados por nacionais contra o seu próprio Estado. O direito comunitário constitui muitas vezes um novo instrumento de participação nos processos políticos nacionais. Um bom exemplo disso mesmo é a conhecida «saga do comércio ao domingo»⁴⁵, em que diferentes actores nacionais «utilizaram» o direito comunitário (em particular a livre circulação de mercadorias) como forma de reintroduzirem na esfera pública o debate sobre uma determinada opção político-legislativa (a proibição do comércio ao domingo). Esta era, em grande medida, tida como inquestionável, por corresponder a uma tradição reguladora que encaixava bem com alguns interesses particulares bem estabelecidos, sujeitando a sua alteração a um custo político particularmente elevado. O que estava em causa na proibição de abertura do comércio ao domingo não era a restrição à importação de produtos resultante dessa mesma proibição (o argumento invocado para a aplicação da livre circulação de mercadorias foi o de que, não podendo vender-se ao domingo, vendiam-se menos produtos...). Isso constituiu um mero pretexto para, através da invocação do direito comunitário, pôr em causa uma determinada opção legislativa interna, que alguns consideravam não ser mais do que a manutenção dos interesses corporativos de uns poucos. A verdade é que, embora em último grau, e após uma longa batalha jurídica, os actores nacionais responsáveis pelo questionar da política britânica tenham sido judicialmente derrotados, politicamente conseguiram relançar o debate sobre a questão no Reino Unido, tendo a legislação britânica sido alterada de forma a permitir certos tipos de comércio ao domingo⁴⁶. O direito comunitário serviu, neste caso, de instrumento de promoção do debate político interno, tendo permitido pôr em causa certos interesses corporativos expressos em legislação há

⁴⁴ Isto pressupõe uma particular concepção do direito comunitário e das suas normas relativas à liberdade de circulação que não posso desenvolver neste texto, mas já abordei anteriormente [cf. *We the Court*, cit., *Reforming the market or the state?*, *op. cit.*, e «Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU», in *The EU and Human Rights*, Philip Alston (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 449].

⁴⁵ O artigo 28 já foi apelidado nesse contexto de «defesa europeia» dos actores nacionais contra políticas nacionais (R. Rawlings, «The eurolaw game: deductions from a saga», in *Journal of Law and Society*, 1993, 309, p. 313).

⁴⁶ Para uma análise mais desenvolvida deste caso cf. Rawlings, *op. cit.*, e Miguel Poiares Maduro, «Never on a sunday — what has (EU) law to do with it?», in Silvana Sciarra (ed.), *National and European Dialogues on Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

muito «cristalizada» e na qual os interesses difusos dos consumidores pouco se reflectiam, dada a sua natureza dispersa e de difícil percepção e mobilização. Um exemplo português semelhante seria a legislação relativa à propriedade das farmácias, cuja irracionalidade e carácter corporativo dificilmente serão postos em causa por um processo político em grande medida prisioneiro desses mesmos interesses, uma vez que a maioria dos consumidores não têm a percepção dos custos que pagam por essa legislação, sendo o discurso público sobre a matéria facilmente distorcido. Neste caso, a possibilidade de se invocar que a legislação portuguesa restringe o direito de estabelecimento protegido pelo direito comunitário iria permitir, igualmente, de um ponto de vista interno, a criação de uma nova instância de discurso e deliberação sobre essa política, estimulando uma maior e mais perfeita representação e participação dos diferentes interesses em causa.

Por outras palavras, o direito comunitário traz um duplo valor democrático acrescentado: por um lado, obriga a ter em conta os interesses dos nacionais de outros Estados membros afectados pelas políticas nacionais; por outro, promove um aumento da participação e representação de diferentes interesses nacionais, ao recuperar o carácter deliberativo de muitas das decisões políticas nacionais «prisioneiras» de apenas alguns desses interesses. Traduz-se, na prática, numa dupla democratização dos processos políticos nacionais (de um ponto de vista interno e externo à comunidade política nacional).

Os «medos dos poucos e dos muitos» não se manifestam apenas nas formas tradicionais de participação e representação, que têm as suas expressões máximas no processo político e no sistema judicial. Existem, com crescente importância, outros mecanismos de decisão social que devem ser sujeitos a uma análise constitucional do tipo proposto. É o caso, na União Europeia, dos processos de decisão tecnocráticos resultantes do modelo regulador (comités, agências etc.)⁴⁷ ou do próprio mercado europeu⁴⁸.

⁴⁷ Para uma análise dos possíveis benefícios do modelo regulatório na União Europeia, cf. Renaud Dehousse, «Europe institutional architecture after Amsterdam: parliamentary system or regulatory structure?», in *CMLRev*, 1998, 595, em particular pp. 600-601 e 625. Sobre o modelo regulatório, a sua legitimação e os seus problemas democráticos, cf. G. Majone (ed.), *Regulating Europe*, Londres, Routledge, 1996; M. Shapiro, «The problems of independent agencies in the United States and the European Union», in *Journal of European Public Policy*, 1997, p. 262; Joerges e Vos (eds.), *EU Committees — Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, 1999. Em geral, sobre as virtudes e defeitos da democracia deliberativa, v. J. Cohen e C. Sabel, «Directly-deliberative democracy», in *European Law Journal* 1997, p. 313; Jon Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

⁴⁸ Sobre os problemas e virtudes democráticas do mercado, cf. a minha análise em *We the Court*, cit., pp. 136-143, e *Striking the elusive balance between social rights and economic freedoms*, in Philip Alston (ed.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999. O ponto de partida para uma análise constitucional do mercado passa por reconhecer que «the market and the state are both devices through which co-operation is organized and made possible» (Buchanan e Tullock, *The Calculus of Consent*, p. 19). Por outras palavras, instituições de decisão social.

Gostaria de concluir esta parte frisando, de novo, que nenhuma das alternativas institucionais referidas corresponde perfeitamente ao ideal constitucional de plena representação e participação. O que se pretendia era salientar isso mesmo e, tendo em conta a diversidade existente de alternativas institucionais de decisão social, propor um método e critérios que nos permitam abordar as difíceis e complexas escolhas constitucionais e institucionais que se nos deparam. O ponto de partida continua a ser, nesta matéria, o velho receio da tirania da minoria e da ditadura da maioria e a procura de realização do ideal constitucional de plena representação e participação. No entanto, os equilíbrios associados a este paradoxo constitucional têm agora lugar no contexto de uma pluralidade de comunidades políticas e necessitam de reconhecer o falhanço do voluntarismo e da causalidade normativa do direito e a importância de uma análise institucional comparada, bem como da redefinição transnacional de muitos dos interesses que o constitucionalismo deve mediar. Tal como aconteceu com a análise do primeiro paradoxo constitucional, também aqui é possível notar que os novos desafios do constitucionalismo trazidos pela integração europeia não constituem necessariamente riscos para a sua autoridade. Pelo contrário, também neste caso foi possível detectar o valor constitucional e democrático acrescentado que o constitucionalismo europeu pode trazer aos constitucionalismos nacionais.

PARADOXO III – A COMPETÊNCIA DAS COMPETÊNCIAS OU QUEM DECIDE QUEM DECIDE?

As normas constitucionais ocupam o topo das fontes de direito, constituindo a *higher law* do ordenamento jurídico. Independentemente da nossa concepção do direito constitucional como um conjunto de «regras de reconhecimento», sede de uma *grundnorm* (norma fundamental), direito natural positivado, comando de um soberano suportado por um hábito de obediência, decisão política fundamental ou outra, o direito constitucional é concebido como o conjunto de normas jurídicas que ocupam o topo da hierarquia de um ordenamento jurídico, critério de legitimidade e validade das outras fontes do direito. O processo de integração europeia e a natureza peculiar da relação entre o direito comunitário e os direitos nacionais desafiam esta concepção hierárquica do direito. Na realidade, como já foi mencionado, os direitos constitucionais nacionais e europeu ocupam, na lógica interna dos seus ordenamentos jurídicos, o topo da hierarquia jurídica. De acordo com a concepção interna da ordem jurídica da União Europeia, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, o direito originário da União (os tratados) constitui a *higher law* da UE, critério de validade de todas as outras normas europeias, bem como de todas as normas nacionais incluídas no seu campo de aplicação. O Tribunal de Justiça é, ao abrigo desta concepção, o tribunal supremo

deste sistema jurídico, última autoridade na interpretação e aplicação do direito. No entanto, uma perspectiva diferente é adoptada pelas constituições e ordens jurídicas nacionais⁴⁹. Para estas, o direito comunitário deve o seu primado e efeito directo ao facto de ter sido «recebido» no ordenamento jurídico interno por uma norma nacional de particular valor hierárquico (normalmente a constituição). A *higher law* continua a ser, nos ordenamentos jurídicos nacionais, a constituição nacional e o derradeiro poder de interpretação e aplicação do direito pertence aos tribunais constitucionais nacionais.

Em consequência, o problema da competência das competências (*kompetenz-kompetenz*), quando observado de um ponto de vista externo aos dois ordenamentos jurídicos, requer uma concepção do direito independente de uma construção hierárquica. Não existe uma sede última de soberania entre os dois sistemas e isso requer uma forma de pluralismo jurídico que tem sido argumentada de modo convincente por Neil MacCormick⁵⁰. No seu entender, é perfeitamente possível que os ordenamentos jurídicos nacionais e comunitários tenham diferentes regras de reconhecimento, sem que isso resulte num conflito de normas aplicáveis. Por exemplo, o primado do direito comunitário pode ser reconhecido directamente através da doutrina do primado desenvolvida pelo Tribunal de Justiça ou, indirectamente, através da sua recepção pelas constituições nacionais⁵¹. Continua a existir uma margem mínima de conflitos, mas estes são contingentes, uma vez que ambos os sistemas procuram evitar reais conflitos, cujos custos seriam maiores do que eventuais resultados de compromisso. No entanto, o acórdão sobre o Tratado de Maastricht do Tribunal Constitucional alemão e a possibilidade de este tribunal invalidar uma norma comunitária na sua decisão sobre o regulamento comunitário de organização do mercado das bananas⁵² vieram aumentar de novo os receios de potenciais conflitos entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, com o risco inerente de uma desintegração da ordem jurídica da União Europeia e do próprio processo de construção europeia.

Na minha opinião, a questão de «quem decide quem decide» é há muito parte integrante do discurso constitucional. Resulta do princípio da separação

⁴⁹ Adopta-se aqui como ponto de referência aquilo que poderia classificar-se como posição dominante. Deve ficar claro, no entanto, que não existe uma uniformidade de posições nesta matéria, nem entre os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, nem sequer dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

⁵⁰ R. Neil MacCormick, «Beyond the sovereign state», in *MLR*, 1993, p. 1; cf. também Francisco Lucas Pires, ««Competência das competências»: competente mas sem competências?», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3885, 1998, p. 354.

⁵¹ MacCormick, *op. cit.*

⁵² Cf. M. Kumm, *Who Is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?*, Harvard Jean Monnet Chair Working Papers 10/98, www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/98/98-10-.html. Entre outras matérias (por exemplo, o efeito directo das normas do GATT), discute-se a eventual discriminação contra empresas alemãs pelo regulamento comunitário que favorece as bananas intracomunitárias (das Canárias e Madeira) e/ou dos países ACP.

de poderes inerente ao constitucionalismo. É a consequência natural da visão «madisoniana» da separação de poderes fundada num sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*). Os debates sobre a função judicial e a legitimidade da fiscalização da constitucionalidade, por exemplo, estão relacionados com esta questão. Quando um tribunal declara a inconstitucionalidade de uma norma legislativa ao abrigo da sua interpretação da constituição, o debate sobre a legitimidade de tal decisão pode partir de dois extremos opostos: a defesa de que o tribunal nada mais faz do que aplicar a norma constitucional hierarquicamente superior, ou a crítica à «substituição» judicial do legislador, no pressuposto de que a norma constitucional tinha um conteúdo indeterminado que se traduzia numa discricionariedade legislativa que o tribunal devia ter respeitado. Reconhecendo-se que praticamente todas as normas constitucionais constituem conceitos mais ou menos indeterminados que permitem várias interpretações possíveis, a questão fundamental é apurar «quem decide» (quem – legislador, tribunais ou outras instituições – deve preencher o conteúdo indeterminado da norma constitucional em diferentes circunstâncias). Nos sistemas constitucionais nacionais, onde existe fiscalização da constitucionalidade, espera-se que o legislador aceite a decisão dos tribunais sobre «quem decide»⁵³, e daí que se afirme que são estes últimos que detêm o poder de «decidir quem decide». Mas isto é mais o resultado de um desenvolvimento histórico da aplicação do princípio da separação de poderes do que uma conclusão lógica do constitucionalismo. Além do mais, a realidade indica que o sistema político ainda consegue ter um impacto sobre o sistema judicial (por exemplo, ao alterar a composição dos membros do Tribunal Constitucional)⁵⁴ e que, desta forma, ainda participa na decisão sobre quem decide. Não é possível neste texto abordar as complexas questões que envolvem a fiscalização da constitucionalidade e o princípio da separação de poderes. O que foi dito serve apenas para realçar que o paradoxo de «quem decide quem decide» é inerente aos valores do constitucionalismo, como garante da limitação do poder. Se o poder de decidir quem decide fosse constitucionalmente colocado nas mãos de uma única instituição, todos os mecanismos de equilíbrio de poderes e pesos e contrapesos seriam facilmente fraudados. Num sistema federal ou de *multi-level governance* é a concepção vertical ou federal do constitucionalismo (como forma de limitação e controle do poder ao nível do Estado e ao

⁵³ Expressa na interpretação conferida à norma constitucional que pode ser mais ou menos deferente face ao legislador e outras instituições (é esse primeiro momento interpretativo judicial — a escolha de quem deverá preencher o conteúdo indeterminado da norma constitucional — que se traduz na decisão sobre quem decide).

⁵⁴ Um bom exemplo foi a recomposição, feita pelo presidente Roosevelt, do Supremo Tribunal de Justiça americano como forma de alterar a tradicional interpretação economicamente liberal da Constituição americana (expressa na teoria do *economic due process*).

nível federal) que requer que a decisão sobre «quem decide quem decide» seja deixada em aberto.

Serão então os conflitos inevitáveis? Devem os eventuais conflitos entre o direito da União Europeia e o direito constitucional nacional ser reconduzidos ao direito internacional⁵⁵ ou sujeitos a um *primus inter pares* (por exemplo, um novo tribunal constitucional composto por juizes do TJCE e dos tribunais constitucionais nacionais)⁵⁶? Não será possível fazer coexistir numa mesma esfera de aplicação diferentes ordens jurídicas ao abrigo de diferentes critérios de legitimidade?⁵⁷ E, se tal for possível, como podem os conflitos ser evitados ou regulados?

A recepção do direito da União Europeia nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais indica que a normalidade se traduz em os tribunais nacionais agirem de acordo com a «constituição europeia». Contudo, por vezes, ainda é possível detectar, por parte de alguns tribunais nacionais, um desafio à supremacia absoluta do direito da União Europeia. Isto é visível quer através da descrição que o constitucionalismo nacional faz dele próprio e da sua relação com o ordenamento jurídico europeu, quer através da dependência que o direito da União Europeia ainda demonstra da legislação nacional e dos tribunais nacionais para garantir a sua efectiva aplicação. O direito nacional ainda detém (sobretudo através dos tribunais nacionais) um direito de veto sobre o direito comunitário⁵⁸, e isso é importante, mesmo quando não utilizado. É sabido que muitos desenvolvimentos no direito comunitário podem ser justificados pelo facto de o TEJ antecipar possíveis reacções dos tribunais nacionais. Ambos os sistemas jurídicos e seus órgãos judiciais têm «consciência» dos riscos resultantes de uma real situação de conflito em que os seus «núcleos de soberania» sejam testados. Isto é visível no discurso jurídico que tem lugar entre tribunais nacionais (sobretudo tribunais constitucionais e supremos) e o Tribunal de Justiça⁵⁹, sendo o melhor

⁵⁵ Neil MacCormick, «Risking constitutional collision in Europe?», in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, p. 517. Embora MacCormick refira a possibilidade de sujeitar tais conflitos aos mecanismos do direito internacional, acaba por não adoptar essa solução, preferindo deixar a resolução dos potenciais conflitos em aberto.

⁵⁶ J. H. H. Weiler, «The European Union belongs to its citizens: three immodest proposals», in *ELR*, 1997, p. 150.

⁵⁷ Rossa Phelan (*Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Dublin, Sweet and Maxwell, 1997) defende que uma revolta ou uma revolução são inevitáveis, excepto se o direito comunitário abdicar da sua pretensão de supremacia sobre o direito nacional. Para uma análise crítica desta posição, cf. MacCormick, «Risking constitutional collision», *op. cit.*, e Miguel Poiars Maduro, «The heteronyms of European law», in *European Law Journal*, 1999, Annual Review of Books, Weiler and Maduro (eds.), 160.

⁵⁸ Cf. D. Chalmers, «Judicial preferences and the Community legal order», in *MLR*, 1997, 164, p. 180.

⁵⁹ Para uma análise do caso português, v. J. M. Cardoso da Costa, «O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», in *Ab Uno Ad Omnes — 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 1363 e 1376 e segs.

exemplo deste diálogo a introdução jurisprudencial da protecção dos direitos fundamentais no direito comunitário⁶⁰.

Uma alternativa hierárquica que estabeleça uma autoridade monística do direito da União Europeia e suas instituições judiciais sobre os ordenamentos jurídicos nacionais será difícil de impor em termos práticos e pode minar a base de legitimidade sobre a qual o direito da União Europeia se tem desenvolvido (em larga medida dependente da cooperação com os tribunais nacionais)⁶¹. Embora a «gramática» utilizada pelos juristas comunitários na descrição do processo de constitucionalização dos tratados assuma muitas vezes uma abordagem «do topo para a base» (*top-down*), na realidade, a legitimidade do constitucionalismo europeu tem sido construída em franca cooperação com os tribunais e comunidades jurídicas nacionais, tendo como contrapartida uma crescente influência «da base para o topo» (*bottom-up*) na natureza da ordem jurídica europeia⁶². Temos de começar a pensar o direito no contexto do que poderíamos designar como direito contrapontual. Contraponto é o método musical de harmonização de diferentes melodias ou vozes que não estão relacionadas entre si de forma hierárquica. A descoberta de que diferentes melodias podem ser ouvidas em simultâneo de uma forma harmónica foi um dos maiores desenvolvimentos da história da música e contribuiu fortemente para intensificar o prazer retirado da arte da música. Em direito também temos de aprender a gerir as relações não hierárquicas entre diferentes ordens jurídicas e instituições e descobrir a melhor forma de tirar partido da diversidade e liberdade de escolha que isso nos oferece, sem gerar conflitos que, em última instância, podem destruir essas ordens jurídicas e os valores que as sustentam. Há muito a ganhar através de uma concepção pluralista do ordenamento jurídico da União Europeia. Num mundo onde problemas e interesses não têm fronteiras é um erro concentrar

⁶⁰ Cf., Bruno de Witte, «Community law and national constitutional values», in *Legal Issues of European Integration*, 1991/2, pp. 1 e 22, Mancini, *op. cit.*, p. 608, e Nuno Piçarra, «A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem — um estudo de direito constitucional», in *Ab Uno Ad Omnes — 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 1393 e 1403-1406. Para este último autor, os «tribunais constitucionais põem como condição para «renunciarem» ao exercício da competência que consideram ter para o controle da constitucionalidade das normas comunitárias que o TJ aplique a essas normas um parâmetro de validade substancialmente equiparável ao vigente nos respectivos ordenamentos constitucionais» (citando, igualmente, Enzo Cannizaro «Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca», in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 379).

⁶¹ De acordo com Chalmers, «the regime is able to develop provided it does not significantly disrupt the egalitarian relations enjoyed between national courts and the Court of Justice» (*op. cit.*, p. 180).

⁶² Kamiel Mortelmans, «Community law: more than a functional area of law, less than a legal system», in *Legal Issues of European Integration*, 1996/1, 23, pp. 42-43.

a autoridade e o monopólio normativo numa única fonte. O pluralismo jurídico constitui uma forma de controle do poder das comunidades políticas nacionais e europeia e, nesta medida, é uma expressão do constitucionalismo e seus paradoxos. Mas para podermos tirar o máximo partido desse pluralismo jurídico temos de criar formas de redução ou gestão dos potenciais conflitos entre as ordens jurídicas, enquanto, por outro lado, promovemos o discurso jurídico entre esses ordenamentos e processos mútuos de aprendizagem. Ao mesmo tempo isto impõe aos tribunais nacionais que decidam os conflitos de interesses que lhes são apresentados à luz de um mais lato contexto europeu. Este facto irá sublinhar o carácter transnacional de muitos desses conflitos, com frequência ignorado pelo direito constitucional nacional.

Catherine Richmond propôs recentemente um enquadramento atractivo para a indeterminação jurídica resultante da relação não hierárquica entre as ordens jurídicas nacionais e europeia. A autora defende que cada ordem jurídica tem o seu próprio ponto de vista sobre um mesmo conjunto de normas⁶³, e que cada uma dessas ordens jurídicas deve ter em conta as mudanças provocadas nesse conjunto de normas pelas outras ordens jurídicas: «Cada vez que uma norma for criada ou alterada numa ordem jurídica particular, o arranjo cognitivo dessas normas deve, do nosso próprio ponto de vista, ser revisto de modo a acomodar essa alteração⁶⁴.» No entanto, nenhuma ordem jurídica deve ser forçada a abandonar o seu ponto de vista particular (ou, talvez melhor, a sua arquitectura cognitiva). De acordo com Catherine Richmond:

Um estado de indeterminação jurídica só é estável enquanto não for sujeito a um desafio *normativo* que ponha em causa a base *política* do modelo cognitivo adoptado [...] Sendo assim, é do interesse de todas as partes preservar a indeterminação na comunidade, permitindo a cada um apoiar-se no modelo de autoridade normativa que politicamente lhe seja mais confortável⁶⁵.

A identidade perde-se, se não é autodeterminada. Por outro lado, tal auto-determinação não deve disputar a identidade das outras ordens jurídicas. Uma das consequências desta concepção deve ser a de que, sempre que uma

⁶³ Na sugestiva expressão de Jo Shaw, «each national constitution creates a different ‘gateway’ for the EU legal order» (Postnational constitutionalism», *op. cit.*).

⁶⁴ «Each time a norm is created or amended in one particular legal order, the cognitive arrangement of norms must, from our one particular viewpoint, be shuffled around in order to accommodate the change» (Chaterine Richmond, «Preserving the identity crisis: autonomy, system and sovereignty in European law», in *Law and Philosophy*, 377, p. 417).

⁶⁵ «A state of legal indeterminacy is only stable, however, as long as no *normative* challenge is made to it which challenges the *political* basis of the cognitive model adopted [...] Therefore it is in all parties’ interest to preserve the indeterminacy in the Community, enabling each to latch on to the model of legal authority that is politically most comfortable», *ibid.*).

ordem jurídica alterar o conjunto de normas que partilha com a comunidade jurídica europeia, terá de fazê-lo de uma forma compatível para as outras ordens jurídicas. A ordem jurídica europeia deve ser entendida como integrando, simultaneamente, as pretensões de validade das ordens jurídicas nacionais e comunitária. Qualquer tribunal (nacional ou europeu) deve conceber e justificar as suas decisões como parte integrante de um ordenamento jurídico europeu coerente e integrado. Desta forma, não partilho a opinião daqueles que defendem que a melhor forma de proteger o pluralismo jurídico consiste em reconhecer, em termos pragmáticos e normativos, a possibilidade de os tribunais constitucionais nacionais derrogarem excepcionalmente o direito da União Europeia, desde que tais derrogações não sejam reconhecidas pelo direito da UE, sendo apenas válidas ao abrigo do direito constitucional nacional. Para Mathias Kumm, que tem defendido esta posição⁶⁶, o facto de tais derrogações do direito da UE terem lugar exclusivamente ao abrigo do direito constitucional nacional protegeria a integridade e uniformidade da ordem jurídica da UE. Mas isto seria assim de um ponto de vista meramente formal. Na prática, a circunstância de as derrogações serem legitimadas apenas com base no direito constitucional nacional poderia promover o «uso e abuso» de tais excepções constitucionais nacionais sem nenhuma forma de controle europeu. Em vez de estimular o diálogo entre as diferentes jurisdições nacionais e entre estas e a jurisdição europeia, tal solução corre o risco de multiplicar os conflitos e a desconfiança entre os diferentes actores da comunidade jurídica europeia.

A defesa de uma forma de pluralismo jurídico entre o ordenamento jurídico europeu e os ordenamentos jurídicos nacionais implica reconhecer a possibilidade de «desvios» nacionais na aplicação do direito da UE. No entanto, do meu ponto de vista, tais «desvios» têm de ser argumentados em termos universais⁶⁷, de forma a salvaguardar a coerência e integridade da ordem jurídica europeia. O objectivo é promover a universabilidade⁶⁸ das decisões judiciais nacionais em matéria de direito da UE e, desta forma, integrá-las num sistema coerente de interpretação do direito da UE pelos tribunais nacionais. As decisões judiciais nacionais sobre direito da União Europeia não devem ser vistas como meras interpretações e aplicações nacionais das normas europeias, mas sim como constituindo parte de um único sistema jurídico que requer coerência e compatibilidade. Se, à primeira vista, um tal sistema de pluralismo jurídico pode aumentar os riscos de falta de uniformi-

⁶⁶ Kumm, *Who Is the Final Arbiter*, cit.

⁶⁷ No sentido kantiano.

⁶⁸ De novo, a expressão «universabilidade» é usada para exprimir uma pretensão a universal, a elaboração e proposição das decisões judiciais de acordo com um princípio kantiano de universalidade.

dade na aplicação do direito da União Europeia, tal presunção necessita de ser confrontada com os princípios e dinâmica próprios do direito e da hermenêutica jurídica. Se um tribunal constitucional nacional souber que a decisão que toma constituirá uma parte integrante do ordenamento jurídico europeu tal como interpretado pela comunidade de tribunais nacionais, tal tribunal «internalizará» no seu processo deliberativo as consequências para casos futuros noutros tribunais nacionais e para o sistema jurídico europeu como um todo. Isto impedirá os tribunais nacionais de usarem a autonomia dos respectivos ordenamentos jurídicos para promoverem «evasões» ao direito da União Europeia. Ao mesmo tempo, envolve os tribunais nacionais e europeu numa construção coerente e discursiva do ordem jurídica pluralista da União Europeia. Para que tal suceda é necessário, no entanto, adoptar novas formas de pensar o constitucionalismo e reconhecer a natureza parcelar e artificial dos conceitos que têm dominado o constitucionalismo nacional.

A concepção de pluralismo jurídico europeu ou de direito contrapontual que defendo protege o valor constitucional do paradoxo de «quem decide quem decide», ao preservar a identidade dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, ao mesmo tempo que promove aquilo que, na sequência das teorias da *autopoiesis* de Luhmann e Teubner, poderíamos descrever como um processo de reflexividade. Não se pretende apenas proteger a identidade dos diferentes ordenamentos jurídicos, mas, igualmente, promover a comunicação entre eles. Sendo assim, «o facto de definirmos a nossa identidade através de uma exclusão do outro não se traduz numa verdadeira exclusão, pois não temos forma de sabermos onde nos levará a próxima redefinição»⁶⁹. Este discurso entre diferentes ordenamentos jurídicos e instituições é mais uma forma de expansão do constitucionalismo resultante da comunidade política europeia emergente, uma vez que promove um processo deliberativo para lá das comunidades nacionais.

CONCLUSÃO

Procurei demonstrar, ao longo deste artigo, quão artificiais são alguns dos paradigmas do constitucionalismo nacional. É artificial presumir que a comunidade política nacional constitui a jurisdição natural para promover uma representação e participação plenas. É artificial conceber o sistema parlamentar como uma forma ideal de representação cujas decisões constituem uma simples expressão da «vontade geral» (*volonté générale*). É artificial conce-

⁶⁹ «The fact that we define our identity by exclusion from the other does not ultimately exclude because there is no way of knowing where the next redefinition will go» (Bańkowski e Christodoulidis, «The European Union as an essentially contested project», in *ELJ*, 341, pp. 351-352).

ber os interesses como divididos de forma homogénea ao longo de fronteiras nacionais e, dentro destas, como correspondendo de forma simétrica e exclusiva a certas instituições. É artificial ignorar as escolhas institucionais inerentes ao direito. Finalmente, é artificial pensar que o constitucionalismo pode atribuir um poder último sobre quem decide quem decide quando o constitucionalismo visa precisamente dividir (e, dessa forma, limitar) o poder. Como consequência dos limites do constitucionalismo nacional, este não detém *a priori* uma presunção de superioridade face ao constitucionalismo europeu.

Procurei demonstrar, igualmente, que muitos dos problemas constitucionais europeus constituem simplesmente novas manifestações de três paradoxos do constitucionalismo: o paradoxo da comunidade política; o medo dos poucos e o medo dos muitos, ou os receios da tirania da minoria e da ditadura da maioria; a questão da competência das competências, ou quem decide quem decide. Quer os limites do constitucionalismo nacional, quer os problemas da sua versão europeia, estão relacionados com estes paradoxos. É partindo deles que devemos procurar reconstruir os instrumentos e teorias do constitucionalismo a empregar na concepção do constitucionalismo europeu. Neste contexto, o processo de integração europeia pode promover a reforma do constitucionalismo nacional, desafiando «velhos hábitos», como o que designei por constitucionalismo parcelar. A diversidade de interesses e formas institucionais de representação e participação não são compatíveis com o constitucionalismo parcelar e a sua análise excessivamente centrada no processo político. Temos de desenvolver uma forma de análise constitucional mais sofisticada que possa estender a aplicação do constitucionalismo a novos fenómenos de poder e nos ajude a fazer as difíceis escolhas institucionais identificadas neste ensaio. Necessitamos de uma linguagem constitucional que possamos aplicar não apenas ao processo político ou ao sistema judicial, mas igualmente a formas de decisão social, como as que resultam da transferência de poderes para o mercado ou dos modelos tecnocráticos e reguladores emergentes. O objectivo final é o alargamento do campo de aplicação do constitucionalismo, permitindo-nos enfrentar a crescente atomização e desterritorialização do poder. Como notou Zagrebelsky, é provável que estejamos a mover-nos de uma «soberania do Estado» para uma «soberania da Constituição»⁷⁰.