DESAFIOS DA CONSTITUIÇÃO EUROPEIA À TEORIA CONSTITUCIONAL*

CHALLENGES OF EUROPE CONSTITUTION TO CONSTITUTIONAL THEORY

Paulo Ferreira da Cunha**

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: O projecto de "Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa", além das suas implicações políticas, coloca alguns desafios à clássica teoria constitucional. À primeira vista, pode parecer que se coloca numa total heterodoxia face aos cânones constitucionais correntes, desde logo do poder constituinte. Contudo, uma análise mais rigorosa da história do constitucionalismo moderno, sobretudo francesa, pode levar-nos a detectar similitudes muito reveladoras entre o processo de codificação constitucional moderno, do liberalismo, e o presente da Constituição europeia. A fórmula "tratado" é também uma interpelação aos processos normais de constitucionalização. Mas mais do que um "tratado constitucional" o objecto jurídico em estudo será aqui considerado como uma verdadeira constituição, posto que sujeita a aprovação por tratado.
Palavras-chave: Constituição Europeia. Teoria da Constituição. Teoria Constitucional. Declarações de Direitos. Poder Constituinte. Tratado. Constituição.

Abstract: The project of the "Treaty that establishes a Constitution for the Europe", beyond his political consequences, puts some challenges to the classical constitutional theory. At first sight, it seems completely heterodox towards canon constitutional tendencies, and first of all in what concerns the constituent power classical theories. However, a more rigorous analysis of the history of the modern constitutionalism and its founding texts, especially French, can lead us to detect very revealing bridges between the liberal modern constitutionalism of the XVIIIth century and the present constitution making of a codified European Constitution. The "treaty" formula that was adopted also represents a serious challenge to the normal ways of bringing constitutions to life. But more than a "constitutional treaty" it is argued that the present study object is a real constitution that used the treaty formula to attain juridical validity.
Key Words: European Constitution. Constitutional Theory. Declarations of Rights. Constituent Power. Treaty. Constitution.

1. Introdução

Uma das formas mais comuns de lidar com algo de novo ou desconhecido é pensar-se no que possa ter de comum com o velho ou conhecido. E, a partir de uma teorização do sabido, procurar-se integrar o que se não sabe ou não conhece.

Este procedimento é sem dúvida prudente, mas pode levar-nos a algumas incompreensões. É um procedimento verdadeiramente conservador. E com ele se arrisca a indagação a não prestar suficiente atenção a elementos não previsíveis (ou a uma não esperada conjugação sua), ou então, pelo contrário, pode-se sublinhar em

---

*Texto elaborado a partir da Conferência "A Constituição Europeia e a Teoria Constitucional", proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a convite do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira de Constitucionalistas, em 28 de Junho de 2005.

**Professor Catedrático e Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Regente (entre outras) da Cadeira de Direito Comunitário II, e Coordenador da Cadeira de Direito Comunitário I, Doutor em Ciências Jurídicas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Doutor em Filosofia / História do Direito da Universidade Paris II. Agregado em Ciências Jurídicas Públicas.

excesso o choque da diferença, esquecendo que pode haver continuidade, pelo menos parcial, e não apenas ruptura.

Já o modo abissalmente oposto de encarar a novidade, o que descura as malhas interpretativas do passado e do presente, cai no exagero contrário: não cura de aproximar em nada o novo do conhecido, e em regra privilegiam-lhe diferenças que nem sempre terá.

Porém, toda a novidade normalmente tem os pés ou as raízes no passado. E por isso, um diálogo se deve estabelecer, para mais perfeito conhecimento do que se passa.

A Constituição Europeia tem sido encarada ou como uma novidade total, uma mudança radical de paradigma (aliás o próprio Direito Comunitário assim por alguns já era entendido, furtando-se – como se fora possível – a todo o demais Direito, pela sua "novidade"), ou, no pólo oposto, como uma plácida continuidade, quase sem inovação, face ao que se vinha fazendo, sobretudo depois dos tratados de Maastricht, Amesterdão e Nice.

Em ambos os casos nos parece que se está a sobrevalorizar um dos aspectos apenas da realidade, em detrimento da outra.

A Constituição Europeia codificada que se encontra em discussão tem elementos velhos e elementos novos, não apenas em relação à actual Constituição Europeia natural, não codificada, em vigor (com um núcleo escrito constituído pelo Tratado de Nice), como representa um bom momento para se avaliar da validade hodierna das teorias clássicas da Constituição e do Estado.

É, mais especificamente, dos desafios que a Constituição Europeia codificada coloca à Teoria da Constituição que curaremos de seguida, procurando passar em revista os tópicos mais correntes de uma e de outro.

2. Constituição Europeia e Teoria da Constituição

2.1. As Duas Teorias Constitucionais Clássicas

Havendo muitas definições e perspectivas sobre o que seja uma Constituição, a tradição doutrinal acabou por, directa ou indirectamente, consciente ou inconscientemente, eleger duas fórmulas que espelham, ainda que não de maneira clara nem simétrica, os dois grandes tipos de Constituição desde sempre existentes.

A primeira fórmula explicita a perspectiva e o conceito histórico-universal de Constituição. E, embora muita doutrina a tenha esquecido na prática, relativamente escassa é a que se lhe não refere, pelo menos em termos abstractos ou teóricos.

Esta perspectiva é normalmente citada na fórmula que lhe deu Lassalle, na sua célebre conferência "O que é uma Constituição Política?", e reza, como se sabe, assim:

"Todos os países possuem, e terão de possuí-la sempre, uma constituição real e efectiva. É errado pensarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos" (LASSALE, 1976: 36).

Por esta fórmula temos logicamente de associar toda a comunidade ou sociedade política a uma constituição, e terminar com o feiticismo do constitucionalismo meramente escrito e codificado, que impregna o nosso mais superficial imaginário.

Curiosamente, este mito da identificação da Constituição com um código de direito público não consta do texto mitificador dessa outra forma de conceber a Constituição: apenas lhe está de tal forma implícito que não se viu na necessidade de o verbalizar.

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* francesa, de 26 de Agosto de 1789 (adoptada como Preâm-

bulo da primeira Constituição francesa codificada, de 1791), no seu artigo XVI, contém a fórmula explícita (e implícita) do conceito moderno, codificado, voluntarista de Constituição. É a segunda forma de encarar a Constituição, a segunda no tempo e a mais próxima de nós, cronológica e mentalmente.

Uma e outra das perspectivas, combinadas, fazem ressaltar que há dois constitucionalismos, ou duas fases históricas do constitucionalismo: a primeira, de um constitucionalismo histórico, natural, gradual, saído de um fluir de uma história por assim dizer quase "fria", para parafrasear Levi-Strauss; e a segunda, de um constitucionalismo voluntarista, engendrado, codificado, fruto de uma história ao rubro – fruto sobretudo das revoluções, a começar com as revoluções liberais. Como é óbvio, não encontraremos facilmente e sem muita imaginação um texto coetâneo do constitucionalismo natural ou histórico a invocar a constitucionalidade das leis fundamentais do reino, ou dos costumes, ou das praxes, etc.

2.2.A Lição da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* Francesa. Requisitos Constitucionais Modernos

Se os requisitos constitucionais tradicionais, históricos, se têm que encontrar por análise doutrinal, buscando a "fundamentalidade" em testamentos de reis, ordenações, práticas jurídicas reiteradas com consciência de juridicidade constitucional (costumes constitucionais), etc., já os requisitos constitucionais modernos pareceriam muito mais simplesmente detectáveis nesse tempo de fanerismo, exposição, lógica da escrita (GOODY, 1987).

Tal, porém, só parcialmente é certo.

Por um lado, há alguma explicitação do que é necessário haver ou ocorrer para nos encontrarmos perante uma Constituição. Mas, por outro, há elementos que continuam a faltar na prescrição escrita.

Solenemente se prescreve na Declaração francesa referida:

"Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution".[1*]

O texto deste artigo da Declaração, em si, não nos vincularia imediatamente a um texto constitucional escrito como requisito constitucional. Em teoria, seria possível pensar numa sociedade (e é tão-somente de uma sociedade que o texto cura, e não de um código que prescreva a organização da coisa pública) com garantia de direitos e determinação da separação dos poderes, mas ainda desprovida de um instrumento jurídico escrito codificado, único ou fundamental regulador dessas matérias. Ou seja, a Declaração que tem sido considerada o ponto de partida do constitucionalismo moderno poderia ainda, na sua letra, ser expressão do constitucionalismo histórico.

Mas não será bem assim, em termos práticos. Porque a garantia dos direitos de que se cura agora, neste artigo XVI, não é uma garantia qualquer, mas dos direitos iguais para todos, e não de prerrogativas ou privilégios, ou direitos localizados por grupos sociais, corporações, etc. Ora até então, até ao constitucionalismo moderno, não se tinham conhecido este tipo de direitos como grande modelo dos direitos numa sociedade. Porque, se se pôde já chamar ao poder monárquico tradicional um "poder conjugado" (BOTELHO, 1986: 38 ss.), e se em todas as sociedades há sempre equilíbrios de e entre poderes, e contrapoderes, já a separação dos poderes, com o seu sentido próprio, só nesta sociedade tem cabimento. Desde logo, e para não nos alongarmos num dos grandes esteios da teoria constitucional moderna, na medida em que passa a existir, com Montesquieu, uma

distribuição social dos poderes, em que a burguesia (então "representante" do Povo) é também contemplada, e significativamente. Jamais tinha sucedido esta repartição social, além das distribuições técnicas e funcionais que se desenvolverão até aos limites da imaginação e da *ars combinatória* doutrinal.

Tudo isto significa que a Declaração fundante em apreço, não reclamando na sua letra que sejam plasmados num código de direito político nem os direitos fundamentais, nem a separação dos poderes, na verdade acaba por pressupor ambas as coisas. Já que a vida normal de direitos fundamentais universais como os que nesses tempos liberais foram cunhados (e hoje subsistem, sob outras formas, mas sem perder tal cunho em pano de fundo), assim como a "determinação" (e esta palavra pode desde já inculcar uma ideia de fixação mais perene, logo, muito provavelmente, escrita) da separação dos poderes – ambos os requisitos fixados no artigo XVI – nos transportam para um ambiente juspolítico que imediatamente nos leva a deduzir, ou a descobrir, princípios não expressos, mas fundamentais.

Esse ambiente é-nos dado pelo momento histórico que se vivia, mas também pelo contexto geral da própria Declaração. Assim, ao esclarecer, no seu artigo IV, que os limites dos direitos naturais de todos só podem ser limitados pela lei (que, no caso, evidentemente, se pressupõe escrita) aproximamo-nos mais da ideia da necessidade de uma Constituição escrita como requisito do constitucionalismo moderno. Mas a lei emana da soberania. E esta passa a ser concebida como poder que reside pela sua própria essência na nação, desta e apenas desta derivando qualquer exercício individual de poder. Como reza o artigo III:

"Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ".[2*]

Além disso, o artigo VI estabelece (além de outros) os princípios da participação popular e da representação políticas, das quais emana a lei, chave do poder no constitucionalismo, ao declarar que:

"La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. "[3*]

Por conseguinte, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, não só no seu clássico artigo XVI, mas no seu conjunto, aponta para os traços marcantes do constitucionalismo moderno, que ainda hoje são faróis iluminadores da teoria constitucional. Antes de mais, a díade expressa no referido artigo: direitos fundamentais e separação dos poderes. Depois, apercebendo-nos até do suporte e contexto do texto, imediatamente surge a tríade mítica constitucional: a que aos dois primeiros itens se acrescenta a sacralidade textual (*sacred instrument*, dirão os americanos para a sua Constituição) do próprio texto constitucional codificado. E num novo passo, olhando o sistema jurídico-político traçado pelo conjunto da Declaração, ressaltam mais dois traços: a soberania popular/nacional (sendo hoje difícil uma muito cortante distinção) que tem como corolário a representação política, se não mesmo a própria democracia.

Caracteres do constitucionalismo moderno, todos eles com o seu grau de mitificação, evidentemente, são, assim: os direitos fundamentais (que se fundam nos direitos naturais e se ampliam internacionalmente nos direitos humanos – embora nem todos claramente todas estas asser-

ções admitam), a separação (e interdependência) dos poderes, a sacralidade (ainda que laica, como é óbvio) do texto constitucional codificado, a soberania nacional/popular, a representação e a democracia (ou a soberania e a democracia identificadas com a representação): eis os traços mais manifestos do constitucionalismo moderno.

2.3. Constituição Europeia, Constituição Natural e Constituição Codificada

Assim lançados os dados, não parece difícil enquadrar a Constituição Europeia.

Mas há que fazer previamente uma importante distinção. Podemos falar em várias constituições europeias, e, de acordo com a *magna divisio* estabelecida, e para o que agora mais nos importa, sobretudo entre duas. Antes do projecto da Convenção Europeia, havia uma Constituição Europeia natural, evolutiva, histórica, que se ia forjando pelos tratados, pelos costumes, pela jurisprudência, pelas constituições nacionais dos Estados-membros, etc. Com o projecto, e sendo ele aprovado, passa a haver uma Constituição Europeia de tipo moderno, voluntarista, codificado.

Interessante desafio se coloca por parte da Constituição Europeia natural, que ainda temos, à teoria constitucional. É que, ao contrário do que ainda há pouco dizíamos ser o mais natural, a Constituição Europeia presente tem direitos fundamentais, tem alguma separação dos poderes, tem alguma representatividade, democracia e "soberania" *hoc sensu* dos cidadãos europeus. Sendo não codificada, é, porém, escrita e muito escrita – dispersa em miríades de documentos.

Com o novo texto codificado fica mais clara a dimensão jurídica dos direitos fundamentais, na medida em que a Carta de Direitos europeia é integrada como parte II do texto constitucional codificado. Embora a jurisprudência, mesmo sem esta *démarche*, evidentemente se não coibisse de os aplicar.

Quanto aos demais aspectos, há mudanças que a todos afectam, sendo divergentes as perspectivas. Para uns, por exemplo, passará a haver maior separação de poderes, para outros não; para uns mais representatividade, para outros não. É difícil dizê-lo de forma apodíctica e incontrovertível, na complexa teia de poderes, freios e contrapesos já existentes e previstos, e sobretudo face às tão diversas perspectivas ideológicas que apreciam de forma tão diametralmente oposta esta realidade.

Prima facie, afigura-se-nos que a separação dos poderes (*sui generis*) ganha com a nova Constituição – se o Presidente do Conselho Europeu ou o Ministro dos Negócios estrangeiros não vierem a assumir um protagonismo exagerado, que lhes não é realmente consentido pelo texto. Designadamente, a intervenção dos parlamentos nacionais no procedimento legislativo, ainda que discreta, reforça também essa distribuição de poderes, entendida em sentido lato. O Parlamento Europeu reforça-se, sobretudo, e significativamente (o que tem força simbólica pelo enfatizar da dimensão democrática), pelo novo processo legislativo, que se diria de "codecisão" necessária, ou seja, em que sempre é reclamada a participação da Comissão e do Parlamento. Uma necessidade que, em termos montesquianos, se diria de *aller de concert* (MONTESQUIEU, 1748: XI, 6).

Este mesmo reforço do Parlamento Europeu significa maior representatividade, maior extensão do que, muito anacronicamente, se poderia chamar "soberania europeia" ou dos cidadãos europeus. É certo que falar de "soberania europeia" num momento em que claramente está em crise (e fatal) o próprio conceito de soberania *tout court*, parece complicar ainda mais as coisas, mas a verdade é que, por mui-

tas formas, a nova arquitectura e a nova mecânica constitucionais apontam para um reforço da componente representativa dos povos – dando ao factor demográfico um peso que procurará talvez compensar o sempre tão criticado *deficit* democrático das instituições europeias. Ao ponto de tal ponderação poder afectar, numa medida que alguns acham perigosa, a representação dos Estados-membros e a sua "igualdade" (que é todavia, nos princípios, uma das pedras angulares da União). E aqui convergem argumentos negativos tanto dos soberanistas, eurocépticos e outros críticos do federalismo europeu, como dos próprios federalistas. Os primeiros porque, com maior ou menor envolvimento e integração, gostariam que os Estados preservassem mais, cada um de per si, os seus velhos pergaminhos soberanos. Os segundos porque não vêm nas instituições nenhuma instância verdadeiramente federal, directamente representativa da igualdade na união dos povos e estados, antes mecanismos mais ou menos matemáticos de sobreposição dos países grandes aos pequenos. Mas este já é outro problema…

A Constituição codificada europeia tem, relativamente às constituições codificadas nacionais, um problema de alguma delicadeza. Se estas podem, até certo ponto, contar com o lastro histórico por vezes de séculos e uma realidade sociológica mais ou menos identificada, até ao nível das vontades e das representações normativas, que permite aquilatar de uma "constituição material", já aquela, como constituição supra-constitucional, não pode beber no terreno directo de uma realidade social e histórica europeia, que tem, apesar de tudo, uma pequena história de integração democrática: a do pós-II Guerra Mundial. Tal significa que se é relativamente fácil avaliar da adequação e da força normativa de uma constituição nacional codificada face à sua realidade constitucional, propiciando-se um equilíbrio entre a constituição-balanço e a constituição-programa de acordo com um *aggiornamento* do *Volksgeist* concreto, não havendo nem povo europeu nem realidade constitucional europeia profunda suficientemente sedimentada, toda a Constituição europeia codificada representa um salto voluntarista muito mais ousado, e sacrificará muito mais ainda ao programatismo. Pelo que, sendo importante tal codificação, pela necessidade de certeza, segurança, ordem, simplificação, etc. (especialmente num tempo, como o nosso, em que o não escrito e o não publicitado tende a ser ignorado) acaba por se tornar excessivamente plástica a liberdade de conformação constitucional no caso, permitindo-se assim a coexistência e a concorrência de várias utopias. O terreno da criação de uma Constituição Europeia codificada é, assim, em grande medida, o retorno da utopia, que tanto alimentou o imaginário político no séc. XVIII, e viria a inspirar as constituições escritas concretas… Pela influência directa e pela reacção.

2.4. Constituição Europeia e Poder Constituinte

Já Alexander Hamilton (HAMILTON, 1788), escrevendo a propósito do poder judicial, se havia aproximado da ideia de poder constituinte, ainda que não da expressão:

"There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting

by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid."

E da mesma sorte também d'Holbach, no artigo *Représentants*, da Enciclopédia, se aproxima, embora os constituintes de que fala sejam simplesmente os eleitores:

" les représentants supposent des constituants de qui leur pouvoir est émané. "

A idéia de representação pairava nos dois, mas apenas Sieyes a conforma como princípio dinâmico e esteio seguro do constitucionalismo moderno. Quando, no seu clássico, *Qu'est-ce que le tiers état* (escrito em 1788 e publicado no ano seguinte) o abade de Sieyes avança a ideia de poder constituinte (que alguns puristas germânicos ainda escrevem em francês – *pouvoir constituant*), não sabemos se tinha a consciência de que estava a cunhar um conceito básico do constitucionalismo moderno (quiçá de todo o constitucionalismo, *mutatis mutandis*), ou se apenas tal expressão emergira da sua pena como aríete de luta, no calor da refrega política. Seja como for, recordemos as suas palavras fundadoras, que, tal como as da Declaração dos Direitos de 1789, são texto "sagrado" nesta sede:

" La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle il n' y a que le droit *naturel*. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois *positives* qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois *constitutionnelles*, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps *législatif*; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps *actifs*. Ces lois sont dites *fondamentales*, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est en ce sens que les lois constitutionnelles sont *fondamentales*" (SIEYES, 1967).[4*]

Esta ligação do poder constituinte originário à nação é não raro invocada como uma das impossibilidades de a Constituição Europeia ser uma verdadeira constituição. Há mesmo quem deixe de falar em nação, como Sieyes, para falar em Estado. Não se compreende como o Estado, que é constituído e não constituinte, poderia aqui substituir-se à Nação. Com muito mais facilidade se admitiria um poder constituinte europeu, não de uma nação mas de nações, não de um povo, mas de povos. Cremos que se pode falar em poder constituinte europeu já na Convenção. Sem dúvida maculado e imperfeito, como reconhecera o próprio Sieyes para o poder constituinte da constituinte francesa, e por isso, como ela, carecendo de ulterior legitimação. Lembremos as suas palavras:

"Les représentants de la nation française, réunis en Assemblée nationale, reconnaissent qu'ils ont par leurs mandats la charge spéciale de régénérer la Constitution de l'État.

En conséquence ils vont, à ce titre, exercer le pouvoir constituant, et pourtant, comme la représentation actuelle n'est pas rigoureusement conforme à ce qu'exige une telle nature de pouvoir, ils déclarent que la Constitution qu'ils vont donner à la nation, quoique provisoirement obligatoire pour tous, ne sera définitive, qu'après qu'un nouveau pouvoir constituant, extraordinairement convoqué pour cet unique objet, lui aura donné un consentement que réclame la rigueur des principes " (SIEYES, 1789 / 1989 : 1005).[5*]

Esta modéstia e rigor dos princípios contrastam, é certo, com o narcisismo dos convencionais que a si mesmos agradecem a elaboração da Constituição, no preâmbulo da mesma. Mas realmente a situação é em tudo semelhante. Os convencionais tiveram poder constituinte, mas imperfeito. Pelo que o ideal teria quiçá sido que se houvesse optado pela convocação de uma assembléia constituinte europeia, um Parlamento Europeu com poderes constituintes, cujo trabalho se submeteria depois ao equivalente constituinte de uma segunda câmara paritária dos Estados – e não a uma conferência intergovernamental. Esta solução teria poupado a crise referendária, cuja solução ainda ninguém disse muito bem qual será…

A invocação presente do "poder constituinte" pode ainda trazer no bojo uma crítica e um apelo de sublevação implícitos contra esta Constituição codificada, de muito árdua revisibilidade, aliás. Assim, *mutatis mutandis*, se recordariam as teses do mesmo Sieyes em *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*:

"il serait ridicule de supposer la nation liée elle-même par la Constitution à laquelle elle a assujetti ses mandataires. Non seulement la nation n'est pas soumise à une Constitution, mais elle ne peut pas l'être, mais elle ne doit pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas" (SIEYES, 1997:69).[6*]

Também o artigo 28, da Constituição de 24 de Junho de 1793 afirmaria, em consonância com tais asserções:

"un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures".[7*]

E ainda o referido texto do Abade sobre os direitos do Homem e do Cidadão:

"(…) la Constitution d'un peuple n'est et ne peut être que la Constitution de son gouvernement, et du pouvoir chargé de donner des lois, tant au peuple qu'au gouvernement .

Une Constitution suppose avant tout un pouvoir constituant "(SIEYES, 1789/1989: 1013).[8*]

Manifestou-se, a nosso ver, um proto-poder constituinte europeu na Convenção Europeia. Num importante colóquio sobre a Constituição Europeia, interrogámos um dos mais destacados convencionais, sobre essa descida do Espírito-Santo na convenção. E ele não só pareceu publicamente connosco concordar, como se demorou em paralelos com a situação constituinte francesa. Esse proto-poder constituinte infirma o rigorismo que vê apenas a sua possibilidade de manifestação no caso de Nações e – surpreendentemente – de Estados. Mas cremos que necessita de uma perfeição, porque, como aliás muitas situações fundacionais do poder (vejam-se os estudos sobre a violência na génese política), nasce com alguma inquinação.

2.5. Constituição Europeia: Tratado ou Constituição?

Tratado, Constituição, ou um híbrido *tertium genus*, "tratado constitucional"? Parafraseando, *mutatis mutandis*, um belo dito atribuído a São Jerónimo, nas letras dos nomes da coisa, baila o seu destino… E não apenas na diversa designação dança o destino deste projecto, como ainda, realmente, conforme a denominação que se coloque ao *quid*, assim temos a expressão da perspectiva (e às vezes da própria formação ou profissão, designadamente académicas) dos observadores.

As críticas cruzadas são, aliás, uma eloquente manifestação desse facto.

Normalmente, quando alguém critica a "pretensa" constituição europeia, a "dita" constituição europeia, a "pseudo-" constituição europeia, considera em geral que o que está perante nós é apenas um

projecto de um tratado, e que essa designação "Constituição" é manifestamente despropositada, procurando afinal, desde logo pela expressão rotuladora, tratar uma associação de Estados com um único Estado, federação, estado federal, ou "super-" Estado europeu. A crítica da expressão "constituição" é sobretudo desenvolvida pelos que associam Constituição a Estado nacional e só ou sobretudo a ele, e pelos que, com maior ou menor grau de "soberanismo", consideram que a união europeia tem de ser apenas uma associação de Estados, negando os "desvios", ou "derivas" federalistas ou federalizantes.

Já, pelo contrário, quando se sublinha o aspecto constitucional do *novum* que apreciamos, pode, na verdade, ter-se como pano de fundo (nem sempre reconhecido e nem sempre consciente) uma qualquer perspectiva de maior integração, designadamente federalista, mas o que sobretudo se sublinha é a maior autonomia do processo de integração europeia face ao mero entendimento inter-governamental, e um grande afastamento já frente a qualquer difusa reminiscência de verdadeiro e próprio direito internacional clássico na União.

E todavia, esse mesmo direito internacional, mesmo nos tempos em que, ele próprio, não havia ainda encetado formas de maior positivação e de descoberta de "lei, juiz e polícia" (*loi, juge et gendarme*) que obviassem à tradicional "política da canhoneira", pressupunha uma *Grundnorm* afinal do tipo jusnatural ou no mínimo principial geral, mesmo na perspectiva de um Hans Kelsen: *pacta sunt servanda* (KELSEN, 1976). E para Afonso Queiró essa ausência (ou insuficiência) de um *ius scriptum* sobre as fontes em direito internacional seria suprida, afinal, por uma norma "imanente da comunidade internacional", a que considera poder chamar-se "constitucional" ou "fundamental" (QUEIRÓ, 1975: 1897). A ideia geral de "constituição" prende-se, na verdade, no seu sentido mais profundo, à de essencialidade, fundamentalidade, e é por exemplo também por isso que, no plano da doutrina histórico-jurídica, a história constitucional abarca mais e menos que a história do direito constitucional: estaríamos tentado a dizer que abarca o que é, nesta, materialmente constitucional, e ainda o essencial, fundante em geral, em outros ramos do direito. Assim sendo, entre o direito internacional e o direito constitucional, mesmo aí, pode haver interessantes pontes e diálogos.

Mas a questão que ora nos ocupa é outra. Com base na já referida dicotomia de perspectivas e dualidade de experiências, tudo parece indicar que quem admita, conseqüentemente, o conceito histórico-universal de constituição, e o leve a sério, terá de, perante o indiscutivelmente recortado espaço político (ou comunidade ou sociedade política) que é a União Europeia, independentemente da sua qualificação jurídico-política, concluir que ela tem, e de há muito, uma Constituição. Essa a constituição natural da União Europeia. Perante este axioma, não se poderá fugir à ideia de que um instrumento jurídico votado a reformar, dar ordem e coerência, ao conjunto de normas dispersas sobre o poder, sua estrutura, meios e fins, no mesmo âmbito se há-de considerar material, substancialmente, nada menos que uma Constituição, mas, desta feita, uma Constituição codificada.

Pelo simples facto de que a Constituição codificada que está em discussão substituir explicitamente a constituição histórica, natural, dispersa, que temos, se pode chegar, assim, à qualificação do *quid*.

O facto de a forma jurídica ainda encontrada para a sua veiculação no mundo do Direito ser o tratado prende-se não com a natureza substancial, material, ou o conteúdo do que se aprova (que é constitucional – como aliás já eram tratados ante-

riores, embora mais lacunosos no plano da plenitude do espaço constitucional material), mas com a tradição europeia de aprofundamento da união por essa via.

Contudo, como se está a ver pela recusa da França e da Holanda, o método do tratado coloca muito mais problemas do que o método constitucionalista normal, que teria sido o da convocação de uma Convenção mais participada ou de Parlamento Europeu com poderes constituintes, que em "co-decisão" com uma segunda instância paritariamente representativa dos Estados tivessem concluído o texto da Constituição. E esse processo poderia quiçá ter evitado as críticas mais puristas no plano da democraticidade do processo de aprovação do texto.

Seja como for, a forma de tratado não é vã. E implicaria, desde logo, que houvesse unanimidade dos participantes – pelo menos em princípio e para a perfeição internalística do tratado. E esse é, para já, um grande obstáculo ao processo. Porque, mesmo nos países dos próximos referendos (a havê-los), quiçá mais favoráveis a uma aprovação, a opinião pública certamente se perguntará para que serve o seu voto, sobretudo o de aprovação…

Quem defende a idéia de uma Constituição Europeia não pode deixar de experimentar uma amarga desilusão perante as decisões pouco participadas da Convenção, embora supridas pelo seu *élan* constitucionalista, perante o conventículo dos acordos estritos entre os chefes de governo e de Estado, que pouco parece terem a ver com a unidade do espírito europeu, e finalmente com as obstruções nacionalistas ou egoístas de um ou outro país, nas votações referendárias ou no bloqueio dos consensos intergovernamentais. Em certo sentido, os constitucionalistas europeus são, neste processo, os mais defraudados de todos – e contudo aqueles que parece terem de manter o sorriso afivelado, tranqüilizando todos, e empurrando o trem que agora sobe lenta, pesadamente, a encosta histórica.

Tratado-constitucional. Normalmente, tal como os defensores da expressão "tratado", *tout court*, quem utiliza a de "tratado constitucional" procura uma forma minimalista, ou sublinhando o intergovernamentalismo do procedimento (e da substância), para evitar o "federalismo"; outros dos que usam a expressão, não curando disso, e numa clave até de sentido bem diverso, parece pretenderem atenuar o efeito de choque e de estranhamento (*Verfrendungseffekt*) do *novum*: afinal seria apenas um tratado, mais um tratado; um tratado constitucional, mas não uma verdadeira constituição: "Apenas" um tratado… constitucional. Finalmente, há quem use a expressão aparentemente com uma exclusiva preocupação de purismo: pois o título do projecto não é, na verdade, "Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa" ? Porém estes purismos simples costumam nunca o serem; nestas matérias raramente há ingenuidades…

Curioso que não se tenha ainda avançado a inversa proposição: constituição tratado. Porque ao falar-se em tratado constitucional se procura um meio-termo, e sublinhando o aspecto formal, o do tratado, não se deixa de especificar do que cura o seu conteúdo: pelo menos aspectos constitucionais… Seria talvez mais adequado, ante as vicissitudes do método que se encontrou, falar em Constituição-tratado. Mas não para qualificar com rigor e com pretensão de intemporalidade a figura *sub judice*, antes para, de alguma forma com uma evocação crítica, assinalar as vicissitudes por que passa uma Constituição que se pretenda submeter aos requisitos dos tratados. A *contradictio in terminis* é, num caso como noutro, um risco evidente. Se a um "tratado constitucional" sempre poderemos contrapor que os tratados têm de ser todos constitucionais, porque confor-

mes às constituições, e, não o sendo, serão inconstitucionais, isso sim; a uma constituição-tratado também se podem levantar objecções de teoria constitucional.

No fundo, tudo se reverte ao velho défice democrático europeu, precisamente assente em excesso de governamentalização e escassez de federalização autêntica. Pois o que resulta de uma constituição-tratado é, em grande medida, um texto fundamental que depende não dos cidadãos da sociedade política em causa, como um todo (e sem tanta dependência até da expressão numérica associada a cada Estado-membro: essa seria uma lição a tirar da idéia de *volonté générale* em Rousseau), mas dos acordos do Estados. E mesmo quando, no seguimento de toda a deficiente condução do processo, aparecem os "não" como expressão clara de descontentamento dos cidadãos, não são os cidadãos que os interpretam e deles podem tirar consequências, nem sequer o Parlamento Europeu, que mais os representa, mas de novo a simples intergovernamentalidade.

Compreende-se, porém, que seria muito delicado tratar todos e cada um dos estados europeus, senhores de uma longa e por vezes dolorosa e sangrenta história de independência, como os estados dos Estados Unidos da América, estabelecendo um processo de ratificação maioritária de uma Constituição, e assim acabando por não levar em conta a vontade popular nos Estados que porventura, em tal processo, viessem a pronunciar-se pelo "não". O método do tratado tinha essa vantagem. E tem de compreender-se que a unanimidade é muito importante para a conformação constitucional futura.

Embora a unanimidade comporte sempre o risco do egoísmo nacional. O fracasso da cimeira de 17 de Junho de 2005, no rescaldo dos "não", é duplo, e representa um recuo no sentido intergovernamental. Não só se mete a Constituição na gaveta, pura e simplesmente, num adiamento que não representa senão a incapacidade de lidar com a situação, como se não chega a acordo na distribuição de verbas, apesar da lição de europeísmo dada pelos novos estados integrantes que, um após outro, em nome da coesão, prescindiram das suas reivindicações. Se a Europa dos burocratas era um perigo, que havia de ter-se em conta, a Europa dos egoístas significa apenas negação da Europa.

3. Conclusão

Nem toda a perspectiva, opinião ou sistema sobre a Constituição e as Constituições pode considerar-se uma teoria constitucional, muito menos o sendo uma visão simplesmente estatística, arquivística, ou, de todo o modo, formalista sobre o *quid* "constituição". Há, nas teorias da constituição, nas autênticas (e que denunciam essa humana autenticidade, por isso mesmo contingente) vínculos estimativos, valorativos, ideológicos (SALDANHA, 2000: 9), que se não podem controverter nem sofismar, sob pena de não entendermos jamais do que estamos a falar. Desde logo, o conceito ideal de constituição não pode deixar de prender-se com uma idiossincrasia e uma mundivisão burguesas (SCHMITT, 1982). E por vezes tememos que o desenvolvimento do constitucionalismo histórico, felizmente hoje já objecto de estudos mais descomprometidos, não tenha por vezes servido de argumento histórico (e assim "científico") a posições políticas integralistas. Que o seja, não é mal – qualquer doutrina política pode e quiçá deveria beber inspiração em legados históricos que mais se lhe aproximem para se dourar de pergaminhos e aconchegar de ancestrais precursores. O problema é sempre o da deformação histórica para fazer caber o passado nas malhas que o presente lhe deseje tecer.

Ora além destas teorias da Constituição, mais antigas e mais modernas, mais clássicas e mais ousadas, afigura-se-nos poder haver hoje um núcleo teórico constitucional sobre o cerne do que é uma Constituição, uma teoria constitucional essencial ou ontológica. Foi apenas sobre esse cerne que procurámos aflorar alguns problemas. Desde logo, apartamos do nosso estudo, além das teorias empenhadas da Constituição, e das novas tendências da teoria constitucional no plano semiótico, simbólico, linguístico, literário, lógico, retórico, etc., assim como das que convocam aportações sociológicas e psicológicas, econômicas, etc., também o importante cotejo da Constituição Europeia com o problema do Estado e da sua Teoria. Essa é matéria para todo um outro estudo, autônomo. Mas é óbvio que desde logo vemos que quer os elementos tradicionais do Estado, como os seus fins clássicos se encontram postos em crise perante a novidade da Constituição Europeia.

Durante a polémica do Novo Código de direito público, na verdade até hoje uma das maiores querelas constitucionais teóricas que jamais ocorreram em Portugal, lembrou desde logo a Rainha D. Maria I, que deu impulso à reforma, ser necessário o maior cuidado nas alterações a proceder nas Ordenações Filipinas para que os muito idosos conselheiros dos Supremos Tribunais, perante a revoada de normas novas, se não sentissem ultrapassados, incapazes de se adaptar a novos métodos (ainda que reconhecidamente melhores), e quiçá viesse a cair em estrepitoso colapso todo o Desembargo do Paço (*apud* SILVA, 1828: 162 ss.). A precaução da soberana seria, aliás, motivo de crítica acerba (MELO, 1822: 96, n. 45).

Ora precisamente um dos maiores cuidados que devemos ter com a Teoria Constitucional frente a novidades normativas, ainda que *in fieri* como a Constituição Europeia, é não cair no mesmo erro, por muito piedoso que se considere. E se coisa nociva é correr-se atrás de toda a novidade de forma acrítica e acéfala, fascinada e basbaque, como está a ser cada vez mais corrente, não queiramos porém, nós, professores, cultores da doutrina, por desmedido amor às perspectivas entronizadas, e às nossas certezas familiares, diabolizar ou desprezar sem mais o que desconhecemos, o que nos desafia e interpela, só por não caber nas nossas caixinhas apertadas de teoria.

There are more things, Horatio…

REFERÊNCIAS

BOTELHO, Afonso. *Monarquia poder conjugado*, in *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*, Lisboa, n.º 2 (Julho-Dezembro de 1986), p. 38 ss.

GOODY, Jack. *The logic of writing and the organisation of society*, Cambridge University Press, 1986, trad. port. de Teresa Louro Pérez. *A lógica da escrita e a organização da sociedade*, Lisboa: Edições 70, 1987.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, n.º 78, de 14 de Junho de 1788.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, trad. port. de João Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, 4.ª ed., Coimbra: Arménio Amado, 1976.

LASSALE, Ferdinand. *O Que é uma Constituição Política?*, trad. port., Porto: Nova Crítica, 1976.

MELLO, Francisco Freire de. *Discurso sobre delictos e penas*, 2.ª ed. Lisboa, 1822.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *De l'Esprit des lois*, 1748.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Tratado*, in Verbo – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura , XVII, Lisboa / São Paulo: Verbo, 1975.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*, 2.ª ed., actualizada e ampliada, 2000.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, trad. cast. de Francisco Ayala, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1982.

SIEYES, Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers Etat*?, ed. crit. de Edme Champion, p. 68, *apud*

http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?/Destination=Gallica&O=NUMM-M-89685, ed. electrónica, 1997.
SIEYES, Emmanuel, *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'Homme et du Citoyen*, 20 e 21 de Julho de 1789, *in* FURET. François /HALEVI, Ran (textos estabelecidos, anotados... por), *Orateurs de la Révolution française. I. Les Constituants*, Paris : Gallimard, La Pléiade, 1989.
SILVA, António Delgado da. *Collecção da Legislação Portuguesa desde a última compilação das ordenações redigida pelo desembargador*... (Legislação de 1775 a 1790), Lisboa, 1828.

NOTAS

[1] "Toda a sociedade na qual garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não há constituição". (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

[2] "O Princípio de qualquer soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum instituto, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela". (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

[3] "A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito de contribuir pessoalmente ou pelos seus representantes a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer seja para proteger, quer seja para punir. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente postulantes a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, de acordo com sua capacidade e sem outra distinção que não seja aquela de suas virtudes e seus talentos". (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

[4] "A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. A sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela há apenas o direito natural. Se queremos formar uma idéia justa da seqüência das leis positivas que não podem emanar senão de sua vontade, veremos em primeiro lugar as leis constitucionais, que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; outras determinam a organização e as funções das diferentes das organizações ativas. Estas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam ficar independentes da vontade nacional, mas porque as organizações que existem e agem por elas e não as podem alterar. Em cada parte, a Constituição não é a obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode alterar nada às condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais" (SYEYES, 1967). (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan).

[5] "Os representantes da nação francesa, reunidos em Assembléia nacional, reconhecem que têm pelos seus mandatos o encargo especial de regenerar a Constituição do Estado. Conseqüentemente vão, a esse respeito, exercer o poder constituinte, e, no entanto, como a representação atual não é rigorosamente conforme exige tal natureza de poder, declaram que a Constituição que vão dar à nação, embora provisoriamente obrigatória para todos, não será definitiva, sendo que, posteriormente, um novo poder constituinte, extraordinariamente convocado para este único objetivo, dar-lhe-á um estatuto que reclame o rigor dos princípios". (SIEYES, 1789/1989:1005) (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

[6] "Seria ridículo supor a nação ligada por uma Constituição que sujeite seus mandatários. Não somente a nação não estará sujeita a uma Constituição, mas não pode mais ser, mas não deve mais ser, aquilo que equivale a dizer, de fato, que ela não existe" (SIEYES, 1997:69) (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

[7] "um povo tem sempre o direito de reexaminar, de reformar e alterar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis as gerações futuras". (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)

[8] "(...) a Constituição de um povo é e não pode ser senão a Constituição de seu governo e do poder encarregado de dar leis, tanto ao povo quanto ao governo. Uma Constituição supõe, sobretudo, um poder constituinte" (SIEYES, 1789/1989:1013) (tradução de Yara Maria Martins Nicolau Milan)