

Tradução portuguesa

Continuidade e mudança na estrutura constitucional democrática e de Estado de Direito nas Organizações Internacionais – 50 anos depois

Fausto de Quadros

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Agradeço aos organizadores deste Simpósio o convite para estar hoje aqui. É para mim uma honra participar nesta homenagem a Peter Badura por ocasião do seu 80º aniversário. Badura deixou uma marca impressionante na doutrina de várias áreas do Direito Público. Um dos traços mais marcantes da sua personalidade académica foi o facto de ter orientado os estudos na Alemanha de muitos investigadores de Estados da Europa, da América e da Ásia. Eu fui um dos que tiveram o privilégio de ter beneficiado dessa orientação. Quero aqui agradecer, uma vez mais, a Badura o importante contributo que deu à minha formação como juspublicista e, em especial, a forte ligação que desse modo me permitiu com o Direito alemão. Essa relação entre mim e Badura tornou-lhe possível estabelecer laços estreitos com o Direito Português e com Universidades do meu País. Em reconhecimento desses serviços, a minha Faculdade, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que em 2013 celebrou o seu centenário, concedeu a Peter Badura as insígnias de Doutor *honoris causa*. Tive a honra de requerer formalmente essas insígnias para Badura.

Em 1964, Badura proferiu uma palestra sobre o tema *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*. Isso já foi recordado aqui hoje. Nessa sua palestra Badura dava voz a uma interrogação que era comum a vários sectores da doutrina alemã de Direito Público. Acerca de organizações internacionais que haviam visto a luz do dia depois da II

Guerra Mundial no continente europeu, mas sobretudo a pensar nas Comunidades Europeias, perguntava ele quais eram os fundamentos jurídico-políticos das limitações à soberania dos Estados que eram membros das Comunidades e como é que se podia colocar quanto àquelas as exigências que se colocavam quanto aos Estados em matéria de exercício democrático do poder e de Estado de Direito. Badura queixava-se nesses casos da “barbarização da cultura constitucional” (“*Rebarbarisierung des Verfassungskultur*”), citando Kaiser, e da “limitação do Estado de Direito” (“*geminderter Rechtsstaatlichkeit*”), citando Erler. Para ele, as Comunidades Europeias apresentavam-se com um poder público que era exercido sem um controlo democrático-parlamentar e que não tinha fundamento constitucional. E ele interrogava-se sobre se a Democracia e o Estado de Direito podiam ser prosseguidos por “figurinos e atividades não estaduais” (“*nichtstaatliche Gebilde und Aktivitäten*”). Badura ampliava, dessa forma, o lamento que Georg Jellinek expressara em 1882, na sua obra *Die Lehre der Staatenverbindungen*, segundo o qual a soberania dos Estados se esbatia quando um Estado aderira às uniões administrativas do século XIX.

A História encarregou-se de dar resposta às, à data, bem fundadas interrogações de Badura. Cedo os Estados membros das Comunidades Europeias sentiram a necessidade de concederem nas suas Constituições nacionais legitimação democrática às limitações de soberania que lhes advinham da sua adesão às Comunidades Europeias, e, depois, à União Europeia, e da sua participação no aprofundamento progressivo da integração desde o Tratado de Roma até ao Tratado de Lisboa. Essa legitimação foi levada a cabo através da inscrição nas Constituições estaduais das chamadas “cláusulas europeias”, dentro das quais umas eram mais adequadas do que outras para os fins pretendidos. Algumas dessas cláusulas afirmavam a aceitação pelos respetivos Estados das limitações de soberania decorrentes da sua livre adesão às Comunidades (era o caso da França), outras autorizavam o Parlamento a delegar “poderes soberanos” (e não “soberania”, eu sublinho) nas Comunidades (era e é o caso da *Grundgesetz* (GG) – Lei Fundamental de Bona). Essas limitações de soberania eram aceites pelos Estados com três condições, que ficaram escritas nas respetivas Constituições, ou foram criadas pelos

respetivos tribunais constitucionais nacionais. Em primeiro lugar, o respeito pelo princípio da subsidiariedade nas relações entre a União e os Estados, com vista a aproximar o poder de decisão em relação aos cidadãos; em segundo lugar, o respeito pela maior proteção dos direitos fundamentais e pelos princípios da Democracia e do Estado de Direito – este problema tem merecido uma atenção muito especial do *Bundesverfassungsgericht* alemão; em terceiro lugar, o respeito pelo princípio do primado do Direito da União Europeia sobre os Direitos nacionais com os limites trazidos pelo Acórdão *Wachauf* do Tribunal de Justiça da União Europeia e pela jurisprudência dos tribunais constitucionais alemão e italiano, ou seja, o respeito pelo princípio do primado do Direito da União Europeia tal com ele se encontra hoje acolhido pelos Tratados depois da revisão de Lisboa. Essas cláusulas europeias foram sendo adaptadas à evolução do processo da integração de modo a permitir aos Estados, com maior ou menor dificuldade, compatibilizar, em cada momento, com as respetivas Constituições, a sua participação na União Europeia e levando em conta o contínuo aprofundamento da integração sobretudo depois da revisão de Maastricht.

Nesse quadro de aceitação das limitações de soberania dos Estados foi possível legitimar também a estadualidade da União, que Badura, no seu referido artigo, considerava, ainda quanto às Comunidades, fora do controlo do Direito.

É certo que a União Europeia não pode ainda ser considerada um Estado porque a União não tem um povo próprio. Ou seja, não há um povo europeu, com um poder constituinte próprio. E não há povo europeu porque não há uma cidadania europeia autónoma. É cidadão europeu, dizem os Tratados, quem os Estados dizem quem é cidadão nacional. Por isso, não há na União a *dual citizenship*, como ela existe na maior parte das federações. Mesmo com os novos processos simplificados de revisão dos Tratados criados pelo Tratado de Lisboa toda a revisão dos Tratados continua dependente, em última análise, da vontade unânime dos Estados. Os Estados continuam, pois, a ser os *donos dos Tratados*, os *Herren der Verträge*. Portanto, o chamado poder constituinte da União

reside nos Estados, não no seu povo. Foi por isso, aliás, que, no plano do Direito, foi um erro chamar-se Constituição ao Tratado Constitucional. Justamente por isso teve-se mais tarde que se retirar dos Tratados aquele qualificativo. A União possui uma Constituição material mas não tem uma Constituição formal. Voltarei a esta questão adiante.

Mas, se a União não é um Estado, são já evidentes, e têm aparecido de modo progressivo, as características estaduais da União.

Em primeiro lugar, temos já um embrião de um Congresso bicameral, composto pelo Parlamento Europeu, como câmara representativa dos cidadãos europeus, e eleita por estes, como diz o artigo 14º do TUE, e pelo Conselho, como órgão que representa os Estados, como estabelece o artº 16º, nº 2, do mesmo TUE. As duas câmaras co-legislam. É esse o processo legislativo ordinário na União. Além disso, o Parlamento Europeu exerce um controlo sobre todos os outros órgãos políticos da União, o que assegura um controlo democrático sobre o exercício do poder de decisão da União.

Depois, a Comissão, quer na sua composição, quer no seu funcionamento, assemelha-se cada vez mais ao governo de um Estado. O Presidente da Comissão é eleito pelo Parlamento em função dos resultados das eleições para o Parlamento. Ele e os outros membros da Comissão são investidos pelo Parlamento. O Presidente tem a coordenação política de toda a Comissão e responde por ela, como acontece com o Primeiro-Ministro de qualquer Estado-membro em relação ao respetivo Governo.

No domínio judicial, já se vai longe na integração. O Tribunal de Justiça tem competência, num caso, mas num importante caso, para atuar como tribunal de cassação quanto a atos nacionais contrários ao DUE. Ele pode anular um ato estadual de exoneração de um governador de um banco nacional, como estabelece o artigo 14º, nº 2, par. 2, do Protocolo sobre os Estatutos do SEBC (Sistema Europeu de Bancos Centrais) e do Banco Central Europeu. Por outro lado, são cada vez em maior número as situações de sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia que vinculam os tribunais dos Estados-membros.

No campo geral da integração jurídica, há vários pontos a destacar no sentido do reforço progressivo de uma Comunidade de Direito, ou de uma Comunidade de Estado de Direito. Emprego aqui a expressão Comunidade de Direito no sentido em que a utilizou Walter Hallstein, em 1962. Essa Comunidade de Direito começou por ser alcançada com a abertura internacional das Constituições dos Estados membros. Essa abertura internacional teve lugar sob a égide do artigo 25º da GG e teve o seu fundamento na “amizade da Constituição pelo Direito Internacional” (*“Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung”*). A GG também nesta matéria influenciou muitas outras Constituições e, de modo especial, a Constituição portuguesa, como eu demonstrei em artigo publicado no *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, tomo 58.

Mas é no campo da pura integração que o reforço da Comunidade de Direito ocorre de forma mais intensa e sobretudo através da europeização dos Direitos nacionais. O âmbito da europeização dos Direitos nacionais dos Estados-membros é cada vez maior. Ela cobre já não apenas as áreas económicas dos Direitos nacionais (como é o caso, por exemplo, do Direito Económico, do Direito Comercial, do Direito da Concorrência) como também, e pelo que mais nos interessa, importantes domínios do Direito Administrativo e do Direito Constitucional. Quanto ao Direito Administrativo, tem vindo a ganhar cada vez maior importância o Direito Administrativo Europeu. Ele resulta, antes de mais, de um movimento horizontal, traduzido na aproximação, entre si, dos Direitos Administrativos nacionais dos 28 Estados-membros numa perspetiva de Direito Comparado. Mas a europeização resulta também dum movimento vertical, traduzido na penetração do Direito da União Europeia no sistema jurídico-administrativo dos Estados-membros. Em várias matérias deu-se uma verdadeira implosão dos Direitos administrativos nacionais por força do Direito da União Europeia: estou a pensar, só para dar alguns exemplos, nos domínios dos contratos públicos, da revogação dos atos administrativos, incluindo os atos constitutivos de direitos, da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, da responsabilidade do Estado por atos do Poder Judicial.

Quanto ao Direito Constitucional, a harmonização das Constituições dos Estados-membros por força da integração tem ocorrido, para começar, por respeito pela “amizade da Constituição pelo Direito da União

européia” (*“Europarechtsfreundlichkeit der Verfassung”*). Essa harmonização tem conduzido a que se possa falar de um “Direito Constitucional comum” ou um “Direito Constitucional europeu”. Domínios importantes desse Direito Constitucional europeu são a salvaguarda dos direitos fundamentais, na base da Carta dos Direitos Fundamentais e em diálogo com as Constituições nacionais, as relações financeiras e monetárias entre os Estados, as exigências do novo Tratado Orçamental Europeu, etc.

Tanto a Ciência Política como a Ciência Jurídica já foram, porém, mais longe e somam hoje aos níveis do Estado e da Constituição estadual, e da integração continental europeia e do Direito Constitucional europeu, um terceiro nível: o nível da globalização, do Direito global e do chamado constitucionalismo global. Estamos hoje perante a globalização como se estava nos anos 50 e 60 perante a integração europeia, ou seja, estamos hoje em relação à globalização como estava Badura em 1964 em relação à integração: melhor dito, estamos hoje a tentar encontrar um quadro jurídico para a globalização que conceda legitimidade democrática para os poderes que emergem naquilo que tem vindo a chamar-se de “Comunidade global”. Para se tentar encontrar esse quadro jurídico há quem fale em “constitucionalismo plural” ou em “constitucionalismo multinível” para referir a sobreposição, em pirâmide, da Constituição estadual, em cima dela, da Constituição europeia e, no topo, da Constituição global. Mas são realidades diferentes e as palavras “Constituição” e “constitucionalismo” estão aí empregues em sentidos diferentes. Quando falamos de Constituição estadual estamos a referir-nos a uma Constituição formal, votada pelo povo do Estado no exercício do seu poder constituinte. Acresce a isso que as Constituições dos modernos Estados democráticos assentam hoje necessariamente nos princípios da Democracia e do Estado de Direito e têm no seu centro o valor do primado da dignidade da Pessoa Humana, como o referem, de modo expresso, muitas dessas Constituições: é o caso, por exemplo, da Constituição alemã e, por sua influência, da Constituição portuguesa. Por sua vez, quando nos referirmos à “Constituição Europeia”, estamos a pensar na Constituição material da União Europeia. Como se disse atrás, a União Europeia não é um Estado e, portanto, ela não tem uma

Constituição formal. Mas tem uma Constituição material, composta pelos valores que hoje se encontram elencados no artigo 2º do TUE, dentro dos quais se destacam os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos fundamentais. Ao contrário, a Constituição global é pouco mais do que a Constituição da Organização Mundial do Comércio. Ou seja, ela é composta somente por um conjunto de princípios de índole económica, aceites como imperativos por alguns Estados mas que não fazem parte do *ius cogens* internacional. A esta Constituição global, assim entendida, falta uma dimensão humanista e social. Do seu acervo não constam valores, incluindo o da dignidade da Pessoa Humana. Por outro lado, não há legitimação para as limitações de soberania que advêm para os Estados do jogo livre dos poderes económicos que controlam a globalização económica. De facto, a globalização está a ter como sujeitos os mercados e as agências de *rating*, que atuam sem regras, sem controlo, e, por isso, com total arbitrariedade e num quadro avesso à Democracia e ao Estado de Direito. Sentem-se, por isso, na situação de adotar impunemente comportamentos de exploração de Estados e de pessoas humanas, como se viu na presente crise económica e financeira que atingiu o Mundo e, especialmente, a Europa. O que destruiu a Grécia não foi apenas a crise financeira, foi também o comportamento violento e irracional dos mercados e das agências de *rating*. Por isso, temos que colocar hoje quanto à globalização as mesmas exigências que Badura colocava nos anos 60 em relação à integração. Temos que encontrar a legitimação constitucional para a globalização e temos de assegurar um controlo democrático para a ação dos poderes globais. E precisamos também de garantir que a integração europeia consiga transferir o seu modelo de Democracia e de Estado de Direito para o nível global como condição da própria subsistência do modelo político e social da União Europeia.

Uma nota final muito importante. Tanto o alargamento da supranacionalidade nas relações entre os Estados e a União Europeia, como a europeização do Direito Constitucional dos Estados, como também a globalização, tudo isso impõe que os Estados definam a sua identidade constitucional própria e a preservem. No quadro da União Europeia isso encontra-se expressamente ressalvado nos Tratados, desde

logo, no 4º, nº 2, do TUE, que inclui a identidade constitucional dentro do conceito mais amplo de identidade nacional dos Estados. No mínimo, a identidade constitucional dos Estados deve englobar os princípios da Democracia, do Estado de Direito, do primado da dignidade da Pessoa Humana, e do *acquis* nacional de proteção de direitos fundamentais como nível mínimo de salvaguarda dos direitos fundamentais aceite na ordem constitucional do respetivo Estado. Saúdo o esforço do *Bundesverfassungsgericht* no sentido do respeito e da preservação da identidade constitucional da GG. Esperamos que os tribunais constitucionais de outros Estados-membros da União sigam o mesmo caminho.

Como se vê, são muitas as reflexões que o pensamento que Badura expressou em 1964 suscitam ainda hoje. Esperemos que daqui a dez anos nos voltemos, todos, a encontrar para o voltarmos a homenagear mas também para termos o prazer de nos voltarmos a ver e de debater estas importantes questões.

Muito obrigado pela vossa atenção.

Munique, 22 de Fevereiro de 2014