



Universidades Lusíada

Marrana, Rui Miguel Sousa Simões Fernandes

Unidade e diversidade na construção europeia

<http://hdl.handle.net/11067/2855>

Metadados

Data de Publicação

2011

Resumo

A presente dissertação versa sobre a questão da unidade e diversidade na construção europeia, ou seja, pretende rever a questão da tensão inelutável no processo de integração, entre o ímpeto de unificação e a determinação em preservar a especificidade das partes componentes. Para o efeito, começa por tentar caracterizar o processo genérico da formação de comunidades, verificando que esse processo de ordenação social foi marcado pela afirmação central de um critério de natureza hierárquica: o pr...

This work focuses on the issue of unity and diversity in the European integration process, with the purpose of reviewing the tension between the impetus of integration and the determination of each of its components to preserve its specificity. To this effect, it begins (Part 1) by attempting to characterize the general process of the formation of communities, proving that this process of social organization was marked by a central affirmation of a hierarchical nature: the principle of sove...

Palavras Chave

Direito, União Europeia, Princípio da soberania, Pluralismo jurídico

Tipo

doctoralThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Teses

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-20T16:20:00Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

UNIDADE E DIVERSIDADE NA CONSTRUÇÃO EUROPEIA

Rui Miguel Marrana

Tese para obtenção do Grau de Doutor

Porto, 2011



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

UNIDADE E DIVERSIDADE NA CONSTRUÇÃO EUROPEIA

Rui Miguel Marrana

Tese para obtenção do Grau de Doutor

Orientador: Prof. Doutor Manuel Porto

Porto, 2011

Agradecimentos

Ao Sr. Prof. Doutor Manuel Lopes Porto, pela disponibilidade e apoio sempre demonstrados;

À Rita Macedo, minha cunhada, pelas valiosas contribuições na revisão do texto;

À Sr.^a Dr.^a Manuela Cardoso, directora da Biblioteca da Universidade Lusíada do Porto, pela paciência e pronta disponibilidade face a todos os pedidos de apoio bibliográfico.

Índice

Agradecimentos	I
Índice.....	II
Índice das figuras.....	IV
Resumo.....	V
Abstract	VI
Palavras-chave	VII
Lista de abreviaturas	VIII
Advertência	X
1. Diversidade, ordenação e hierarquia	1
1.1 A ordem humana e a formação de comunidades.....	2
1.2 Natureza da pertença.....	5
1.3 Natureza da ordenação.....	13
1.3.1 A afirmação da soberania e a ordenação hierárquica	14
1.3.2 A perspectiva hierárquica no plano interno	22
1.3.3 A perspectiva hierárquica no plano internacional	30
1.3.3.1 A resistência do princípio da soberania	32
1.3.3.2 A erosão do princípio da soberania	35
1.3.3.2.1 Gradualização do princípio	36
1.3.3.2.2 Revoluções de soberania.....	41
a. A regulação do regime do recurso à força.....	42
b. O regime internacional dos direitos humanos	46
c. Globalização, interdependência e integração	54
1.3.3.2.3 Pluralismo jurídico.....	73

2. A <i>distinctio specifica</i> da construção europeia.....	78
2.1 A inovação em marcha: de Monnet a Costa/ENEL.....	81
2.1.1 A assumpção expressa da novidade.....	82
2.1.2 As concepções tradicionais questionadas na jurisprudência.....	88
2.2 Esforços de adequação teórica: Pentland e Taylor	99
2.2.1 Pentland e as variáveis do processo.....	100
2.2.2 Taylor a natureza da agregação	104
2.3 Dificuldades persistentes e avanços episódicos	117
3. Uma nova grelha de análise	126
3.1 Grelhas de análise, limitações e resultados	127
3.2 Minimização da tensão	130
3.2.1 Cooperação/coordenação	135
3.2.2 Aproximação	150
3.2.2.1 Valorização da unidade.....	161
3.2.2.2 <i>Cross fertilization</i>	172
3.2.2.2.1 Intergovernamentalismo liberal.....	173
3.2.2.2.2 Institucionalismo	178
3.2.2.3 Convergência.....	184
3.2.2.3.1 Desfocalização das lealdades	191
3.2.2.3.2 <i>Management</i>	204
3.3 Regulação da tensão.....	211
3.3.1 A regulação formal ou quantitativa: hierarquização.....	214
3.3.1.1 <i>A priori</i> : constitucionalização	218
3.3.1.2 <i>A posteriori</i> : judicialização	255
3.3.2 A regulação material ou qualitativa: criteriação.....	269
3.3.2.1 Disponibilidade cultural: pluralismo ou excepcionalismo.....	271
3.3.2.2 Disponibilidade sociológica: flexibilidade	289
3.3.2.3 Disponibilidade institucional: subsidiariedade	297
4. Conclusão	305
5. Bibliografia citada.....	310

Índice das figuras

Figura 1 – Aceitação dos princípios pelos Estados-membros.....	96
Figura 2 - Modelos de integração I.....	102
Figura 3 - Modelos de integração II	111
Figura 4 – Dimensões teóricas da decisão	114
Figura 5 - Tipos de reconhecimento	120
Figura 6 - Integração e legitimação	122
Figura 7 – Dimensões da análise institucional	181
Figura 8 – Abordagens constitucionais.....	244
Figura 9 – Perspectivas da flexibilização	291

Resumo

A presente dissertação versa sobre a questão da unidade e diversidade na construção europeia, ou seja, pretende rever a questão da tensão inelutável no processo de integração, entre o ímpeto de unificação e a determinação em preservar a especificidade das partes componentes.

Para o efeito, começa por tentar caracterizar o processo genérico da formação de comunidades, verificando que esse processo de ordenação social foi marcado pela afirmação central de um critério de natureza hierárquica: o princípio da soberania. Deste princípio – que, por força da sua natureza, marcou profundamente a forma como se perspectivou a referida tensão entre a vontade de unidade e a de preservação das partes componentes –, são depois sublinhadas algumas fragilidades e contradições.

Referem-se, a seguir, as tentativas de superação da ordenação hierárquica no âmbito do processo de construção europeia, na jurisprudência e na doutrina, as quais não conseguiram esclarecer os contornos e as variáveis do processo, afastando-o do debate político que devia legitimá-lo.

Por isso, nos esforçamos, na terceira parte, por apresentar uma matriz de análise que permita uma visão de conjunto dos diferentes contributos doutrinários em matéria de integração – e especificamente no tocante à forma como se perspectiva a tensão entre unidade e diversidade.

Nessa matriz distinguimos dois grupos: um primeiro que se caracteriza por desvalorizar essa tensão, e um segundo em que se integram os contributos que procuram regular a referida tensão.

Concluiremos sublinhando a importância da regulação da tensão e da necessidade de perspectivar a integração europeia segundo esses modelos.

Abstract

This work focuses on the issue of unity and diversity in the European integration process, with the purpose of reviewing the tension between the impetus of integration and the determination of each of its components to preserve its specificity.

To this effect, it begins (Part 1) by attempting to characterize the general process of the formation of communities, proving that this process of social organization was marked by a central affirmation of a hierarchical nature: the principle of sovereignty – a central criterion of power sharing that deeply marked the tension between unity and diversity. Its fragility and inner contradictions are then analyzed, leading us to the attempts made on the European integration process by main authors and case law, to overcome the hierarchical system (Part 2). At that point, we shall notice that these were unable to make the process and its variables clear enough to allow the necessary political debate on its legitimacy.

That is why in part 3 we try to draw an analytic matrix through which one can methodically analyze all the main integration theories, based on the unity-diversity tension. There we shall identify two main groups: a first group where the tension is devalued and a second one in which the attempts to regulate that tension are collected.

We shall conclude by pointing out the importance of regulating the tension and the advantages of analyzing the process of European integration through these models.

Palavras-chave

União Europeia, integração, legitimidade, intergovernamentalismo, supranacionalidade, constitucionalização, pluralismo, subsidiariedade.

Lista de abreviaturas

- AUE – Acto Único Europeu, de 17 de Fevereiro de 1986
- CE – Comunidade Europeia
- CED – Comunidade Europeia de Defesa
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹, de 4 de Novembro de 1950
- CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
- CEEA – Comunidade Europeia da Energia Atómica
- CIG – Conferência Intergovernamental
- CNU – Carta das Nações Unidas, de 26 de Junho de 1945
- CPJMP – Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CUE – Conselho da União Europeia
- FAO – *Food and Agriculture Organization*
- FMI – Fundo Monetário Internacional
- GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*, de 1947
- I GM – Primeira Guerra Mundial
- II GM – Segunda Guerra Mundial
-

¹ Referimos aqui a designação corrente da convenção cujo título oficial é, todavia, Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONG – Organização/ções Não Governamental/tais

OMC – Organização Mundial de Comércio

PE – Parlamento Europeu

PESC – Política Externa e de Segurança Comum

PIB – Produto Interno Bruto

PNB – Produto Nacional Bruto

SDN – Sociedade das Nações

SPOCE – Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias

TA – Tratado de Amesterdão, de 2 de Outubro de 1997

TCE – Tratado de Roma, de 25 de Março de 1957, que institui a Comunidade Europeia

TCECA – Tratado de Paris, de 18 de Abril de 1951, que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado de Maastricht, de 7 de Fevereiro de 1992, que institui a União Europeia

UE – União Europeia

UNESCO – *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*

UEO – União da Europa Ocidental

Advertência

Impõe o *Guia para elaboração de teses de doutoramento e mestrado* da Universidade Lusíada, em sede de estrutura do texto, que os capítulos e sub capítulos sejam numerados de forma sequencial/hierárquica.

Sem pretendermos questionar ou discutir os méritos desse tipo de estrutura, julgamos ser evidente que ela impõe alguma restrição às subdivisões dos capítulos. Assim, o alargamento dos níveis de estruturação gera numerações extensas que se tornam complexas, desagradáveis à leitura, e perdem o carácter estruturante que as justificam, em primeira análise.

Não obstante, procuramos organizar a nossa dissertação garantindo uma separação – tão evidente quanto possível – das ideias, argumentos ou opiniões que vão sendo aduzidos.

Ora, não nos tendo parecido conveniente fazê-lo através da introdução sucessiva de subníveis (porque, como referimos, ela aumentaria excessivamente as numerações), optamos por introduzir uma numeração autónoma – que surge ao longo do texto entre parêntesis rectos – e que (não correspondendo à numeração dos parágrafos) separa, como referimos, as diferentes ideias, argumentos ou opiniões (ou, se se preferir, indica uma evolução na exposição).

Esta numeração autónoma justifica-se ainda pelo facto de permitir que as remissões no texto sejam efectuadas de forma mais precisa (quando seja caso disso), na medida em que, em vez de se assinalar todo o subcapítulo, se remete para a parte específica dele onde se expõe a matéria referida. E, por isso, este é o mecanismo de remissão mais usado no texto.

Esperamos todavia que, no único intuito de facilitar a leitura, não a tenhamos complicado desnecessariamente.

1. Diversidade, ordenação e hierarquia

Our form of life is connected with that of our parents and grandparents through a web of familial, local, political, and intellectual traditions that is difficult to disentangle — that is, through a historical milieu that made us what and who we are today. None of us can escape this milieu, because our identities, both as individuals and as Germans, are indissolubly interwoven with it (Habermas, 1989: 233).

[1]

A questão da unidade e diversidade que nos propomos tratar não diz respeito apenas ao processo de construção europeia. Trata-se de uma questão elementar de toda a vida social. Melhor ainda: o problema da unidade e diversidade é uma questão radical na própria natureza humana. Enquanto ser gregário, o homem necessita de viver em colectividade. Essa vivência não absorve todavia a sua individualidade, mantendo-se (e desenvolvendo-se) no seio de cada grupo (não apenas a diferença entre cada indivíduo como ainda) a consciência dessa mesma diferença. Esta dupla essencialidade colectiva e individual dos indivíduos dá por isso origem a uma tensão insuperável entre a afirmação da unidade do grupo e a diversidade dos seus componentes (os indivíduos e bem assim os subgrupos que convivam dentro dessa unidade).

Todo o grupo vivencia assim, permanentemente, tendências de agregação e de desagregação: aquelas, decorrentes da percepção das vantagens da organização colectiva, estas, radicadas na defesa da liberdade e da afirmação individual.

A tensão entre unidade e diversidade é portanto uma constante humana.

Por isso mesmo, justifica-se revermos esta circunstância com um pouco mais de detalhe.

Começaremos assim por tentar sublinhar o carácter radicalmente humano da formação de comunidades (1.1), para depois assinalarmos as diferentes perspectivas

relativas aos termos como a pertença às comunidades pode ser colocada (1.2, p. 5) e, finalmente, veremos como a ordenação comunitária se fez em termos hierárquicos (1.3, p. 13).

1.1 A ordem humana e a formação de comunidades

O Senhor Deus disse: “Eis que o homem, quanto ao conhecimento do bem e do mal, se tornou como um de nós”. Gn, 3,22

[2]

O carácter gregário no homem é simultaneamente inato e adquirido. Inato, já que parece não levantar dúvidas o facto de figurar entre as espécies que funcionam em grupo; adquirido, uma vez que a sua capacidade de antecipar situações e de agir sobre elas, o levou, entre outras coisas, a valorizar a conjugação de esforços, procurando maximizar os efeitos da intervenção, no sentido da obtenção de determinados resultados. Dito de outra forma, o carácter gregário surge, portanto, tanto no plano natural como cultural².

Ora, o funcionamento de grupos compostos por unidades distintas implica um qualquer grau de organização (Backer, 1998: 1366). Tendencialmente esta será tanto mais complexa quanto o nível de especialização das tarefas. Isso acontece até mesmo nos agrupamentos ditos naturais, ou seja, naqueles em que a agregação resulta das características próprias da espécie. Mesmo nestes casos, a correcta articulação das funções implica algum grau de especialização e um qualquer tipo de liderança³.

O funcionamento dos grupos humanos, assentando neste padrão, é, todavia, mais complexo. Na sua base, subsiste um grupo próximo do original, a família humana, que corresponde – embora já com diferenças significativas – ao núcleo base

² A resposta à questão de saber se a natureza social do homem tem alguma especificidade influencia as teorias que respeitam ao Estado e também o reconhecimento ou negação da autonomia de outros grupos menores (Moreira, 1984:15).

³ Numa comunidade de animais superiores, a vida organizada não pode desenrolar-se sem um princípio de ordem, uma hierarquia social (Lorenz, 1997: 40).

de qualquer espécie, assegurando a sua sobrevivência, por via da reprodução e da assistência na adaptação dos novos membros ao meio exterior.

Há, no entanto, na existência humana, um corte radical com a ordem animal, na medida em que o homem, antecipando e configurando essa mesma ordem, sempre pretendeu intervir sobre ela, alterando-a⁴ – reinventando-a⁵ e resistindo-lhe (Backer, 1998: 1368).

A imagem bíblica do pecado, na desobediência à instrução divina, refere-se, aliás, simbolicamente a essa ruptura com a ordem original, a qual está na origem da liberdade (que pressupõe a consciência do bem e do mal e a possibilidade de, em cada momento, optar).

É nesta ruptura que a natureza humana se distingue, trazendo consigo uma desordem: a intervenção permanente sobre a ordem natural e a edificação simultânea de uma ordem alternativa (cultural). Esta determinação de ordenamentos alternativos à ordem original é normalmente designada como o processo de formação de comunidades.

[3]

Este é um desafio permanente à existência humana: criar um modelo que substitua a ordem espontânea ou cega (Sledziewski, 1987: 422) própria do mundo animal. Não se trata apenas da recusa da ordem original, mas antes de um processo, em que a desordem (resultante dessa recusa) é portadora de uma (nova) ordem alternativa (Machado, 1983: 8-10⁶), sendo os dois ciclos complementares. Mantém-se no homem, em cada homem, mais do que uma aspiração, uma necessidade insuperável

⁴ A intervenção humana sobre o seu ambiente é genérica (não apenas sobre a ordem humana). Assim, não é verdade que nós sejamos moldados pelo meio ambiente. Somos nós que procuramos o meio ambiente. Somos nós que activamente o moldamos (Popper, 1990: 22).

⁵ É neste plano que surge a cultura, a qual, em sentido lato, se refere àquilo que o homem acrescenta à natureza (Rougemont, 1962: 38). Ela é em boa medida, uma questão de escolha social, já que podemos decidir alterar ou substituir os elementos culturais (Young, 1990: 152).

⁶ Este autor explicita muito claramente esta problemática, ao referir-se à perspectiva antropológica, segundo a qual o homem é ontogeneticamente inacabado, abandonado pelos instintos (nele muito rudimentares e específicos), aberto para o mundo, mas, por isso mesmo, inseguro e desorientado, exposto à tentação e ao caos, situação essa que, no entanto, não colide com o facto de a existência humana se desenvolver num contexto de ordem, direcção e estabilidade.

de integrar uma comunidade, ou seja, de viver no seio de grupos estáveis. E o funcionamento desses grupos – comunidades –, porque observável, é também antecipável, admitindo escolhas relativas a esse mesmo funcionamento, que o alterem em determinado sentido. Aqui surge, portanto, a recriação (permanente) da ordem, que, ao admitir escolhas, introduz a possibilidade de aperfeiçoamentos que se manifestará incessantemente⁷.

[4]

Este processo de (re-)ordenação não é apenas uma faceta colectiva, sendo essencial ao próprio indivíduo. Repare-se que é a própria identidade humana que exige alteridade: *nós somos aquilo que não somos. Forjamos a nossa identidade na relação com tudo aquilo que não somos* (Allott, 1990: 56). E essa alteridade – aquilo que não somos e que nos permite definirmo-nos, por referência – não é apenas o outro (indivíduo), mas também, fundamentalmente, a comunidade em que nos inserimos⁸ e as (outras) comunidades em que nos não inserimos. Porque é na comunidade que a espécie humana experimenta a ordenação, a qual torna possível a antecipação das situações e a intervenção sobre elas (e é aqui que a especificidade humana se revela). Até mesmo a compreensão do outro se faz essencialmente através dos papéis que este assume no seio da comunidade (Machado, 1983: 17) – através do enquadramento deste, no mecanismo essencial de ordenação da realidade. Afinal a nossa individualidade é marcada pela nossa integração em meios e em comunidades – ou, para usar uma formulação universalmente acolhida, *yo soy yo y mi circunstancia* (Ortega y Gasset, 1914: 18)⁹. Ora, para cada indivíduo, a circunstância mais abrangente – e, nessa medida, mais relevante – é a sua integração em comunidades.

⁷ *Viver é escolher o futuro. Existir enquanto ser humano é escolher mudar o mundo* (Allott, 1990: 41).

⁸ A identidade é em parte constituída pelas afinidades. Os grupos sociais reflectem formas de identificação das pessoas em relação às outras, levando-as a relacionarem-se mais com algumas pessoas do que com outras e a tratar as outras como diferentes (Young, 1990: 9). Voltaremos a esta ideia adiante – cf. [30] e [64].

⁹ Em sentido próximo dir-se-á também que a realidade que nós fazemos, faz-nos. (Allott, 1990: 39), até porque a sociedade é a espécie humana criando-se socialmente (Allott, 1990: 3),

Há, portanto, no homem, em todos os homens, uma relação incontornável (essencial) com grupos sociais, ou comunidades. E a partir do momento em que o homem se desenvolve por relação (integração ou diferenciação) a grupos, surge o problema do poder – surge a política, portanto –, o qual, por definição, visa criar uma relação sistemática entre as partes (os indivíduos) e o todo (a comunidade); ou seja, articular¹⁰ a diversidade na unidade¹¹.

1.2 Natureza da pertença

The transition from the closed society to the open society can be described as one of the deepest revolutions through which mankind has passed (Popper, 1971: 175)

[5]

Voltamos assim à questão inicial da unidade e diversidade: toda a organização (e todo o fenómeno de poder que lhe é intrínseco) visa garantir o funcionamento de um colectivo (a comunidade ou outro subgrupo), por via de uma maior ou menor conformação da diversidade (ou seja, das partes – sejam elas os indivíduos ou os grupos de indivíduos – os quais desejavelmente beneficiam desse enquadramento, em termos de assim obterem um ambiente propício ao seu próprio desenvolvimento).

[6]

A integração ou pertença a grupos (que é o mesmo que dizer, a perspectivação da articulação da diversidade na unidade) vem sendo estudada em diversas disciplinas científicas. Nesta questão – que é afinal a da natureza da ordem humana – os mais importantes contributos registados na doutrina, tendem a produzir análises duais.

¹⁰ A questão está em saber-se até que ponto a unidade – o grupo, a comunidade – supera o mero somatório das partes que o compõem (a diversidade). O problema é detectável na doutrina desde há séculos. Assim, mesmo que se aceite que todas as formas de organização comunitária se destinam à prossecução do bem comum, pode sempre perspectivar-se esse bem comum em termos autónomos face aos indivíduos (uma qualquer ideia de bem estar colectivo), ou diversamente como a maximização das condições de bem-estar individual.

¹¹ A dificuldade reside no facto de o conceito de unidade remeter para a completude ou total coerência da ordem, o que implica ausência de contradições (Schmid, 2006: 200).

Assim, reunindo-os transversalmente, começaríamos por lembrar que são diferentes os pontos de partida das diferentes análises e, em certa medida por isso também, as conclusões diferem. Não obstante, a distinção com que deparamos na doutrina política entre comunidade objectiva e comunidade subjectiva (Sledziewski, 1987: 422), é marcadamente influenciada pela distinção tradicional na sociologia, entre comunidade e sociedade (Tönnies, 2004: 33) – e em certa medida entre as solidariedades orgânicas e as solidariedades mecânicas (Durkeim, 1967: 73) – e é compaginável à que encontramos na filosofia política, entre sociedade tribal e sociedade aberta (Popper, 1971: 169).

Comecemos, pois, pelo significado e alcance dessas distinções.

[7]

A comunidade subjectiva será aquela cuja pertença resulta de uma adesão interior, que, embora adquirida (porque não instintiva), não é susceptível de uma análise crítica e consciente¹². O membro da comunidade subjectiva é-o sem se aperceber disso e, portanto, sem ter sequer a oportunidade de optar pela pertença (a distância é, já em si, uma transgressão, porquanto a pertença se pretende definidora da própria individualidade). Tal é o caso da família ou das comunidades primitivas, em que a integração resulta de laços de parentesco (tribais), evidenciados através de ritos e tabus. Esta mesma situação surge no plano propriamente político, sempre que se acarinham ou desenvolvem laços dessa natureza¹³.

[8]

A comunidade objectiva surge quando a aspiração à pertença é racionalizável, ou seja, é susceptível de uma apreciação objectiva, a qual pressupõe uma distanciação entre a comunidade e o indivíduo. A adesão refere-se agora a regras (conteúdos objectivos ou pelo menos objectiváveis e portanto apreciáveis em termos críticos). A

¹² Nesse sentido, uma noção negativa de comunidade subjectiva (*Gemeinschaft*) – uma má comunidade – constitui uma contradição nos termos (Tönnies, 2004: 34).

¹³ Assim, o paralelismo entre a família e a sociedade, ou a articulação entre a política e a fé religiosa (p. ex. no vocábulo próprio do autoritarismo da primeira metade do século passado, *Deus, Pátria, Família*), implicam esse tipo de subjectivação da comunidade, afastando a racionalidade da análise, e impondo um tipo de lealdade acrítica.

mediação da norma escrita dispensa aqui a mobilização permanente dos membros em termos viscerais (que ocorre nas comunidades subjectivas¹⁴), permitindo a cada um pensar a sua própria existência no quadro dessas regras, assim descobrindo que esta (a sua existência individual) não se esgota, antes se distingue, da própria comunidade.

Esta distinção entre comunidade subjectiva e comunidade objectiva tem naturalmente uma importante relevância histórica, na medida em que não apenas as diferentes visões se confrontaram ao longo dos séculos¹⁵, como, principalmente, foram as circunstâncias próprias da modernidade que permitiram a consciencialização progressiva da natureza objectiva das comunidades humanas¹⁶.

Dito de outra forma, salientaríamos o facto de a origem familiar¹⁷ da organização social facilitar a aceitação do princípio de que toda a ordem social tenderia assim a ser orgânica (inata, natural). E se toda a ordem social decorre então da natureza humana (ainda que por paralelismo ou mera complexificação da família, seu mecanismo de ordenação básica), facilmente se percebe a tentação em atribuir-lhe um carácter divino: o mesmo Deus que criou o homem, criou a família¹⁸ e, portanto, toda a ordem social tem uma origem divina¹⁹.

¹⁴ Durkheim aborda a questão numa perspectiva levemente diferente. Segundo ele, a vida social deriva de imposições sociais (que originariam solidariedades mecânicas) ou da divisão do trabalho (que originaria solidariedades orgânicas). A diferença fundamental incide, portanto, na substituição do meio familiar pelo meio laboral na caracterização da solidariedade orgânica.

Este autor refere-se ainda à diferente natureza da norma conforme os âmbitos: enquanto a socialização seria imposta (assumindo a regra um carácter tendencialmente repressivo: a violação determina a aplicação de sanções), a divisão do trabalho seria assumida por mútua dependência sendo a norma orientadora e por isso a sua violação determina meras reparações ou compensações (Durkheim, 1967: 203).

¹⁵ A oposição entre as visões mágica (tribal) e crítica (racional) pode detectar-se já na época clássica, remontando aquele a Hesíodo (Popper, 1971: 11), enquanto esta última terá surgido com Heraclito (Popper, 1971: 173).

¹⁶ Assim, a comunidade subjectiva (*Gemeinschaft*) é antiga, enquanto a comunidade objectiva (*Gesellschaft*) é nova – enquanto conceito e enquanto fenómeno (Tönnies, 2004: 34)

¹⁷ Na sociologia foi Tönnies quem partiu do exemplo familiar para fazer a distinção. Assim enquanto a comunidade (*Gemeinschaft*) se refere à via íntima e privada, a sociedade (*Gesellschaft*) reporta à vida social (Tönnies, 2004: 33/4).

¹⁸ *O homem deixará o pai e a mãe para se unir à sua mulher e os dois serão uma só carne* (Gn, 2, 24).

¹⁹ *Que todos se submetam às autoridades públicas, pois não existe autoridade que não venha de Deus, e as que existem foram estabelecidas por Deus. Por isso, quem resiste à autoridade opõe-se à ordem querida por Deus, e os que se opõem receberão a condenação* (Rm, 13, 1-2).

Mesmo quando o discurso abandona a referência religiosa, a origem natural da ordem humana será realçada na insistência dos valores familiares: o patriotismo (das revoluções modernas) remete, no seu étimo, para a figura paternal (que deixa de ser o monarca para passar a ser a Nação), mantendo, todavia, um tipo de lealdade acrítica²⁰, que impõe a submissão do indivíduo²¹ à comunidade.

Este percurso histórico está na base do entendimento da ordem humana enquanto comunidade subjectiva.

[9]

Historicamente²², a afirmação do Estado de direito constitui por sua vez, a marca do modelo inverso: a comunidade objectiva²³. A sujeição do poder a regras que

Não obstante, o direito a alterar ou afastar o poder instituído ao longo da história foi sendo objecto de uma justificação religiosa também (Kang, 2009: 281), em especial na doutrina jurídico-política americana.

²⁰ Uma forma comum de justificação da submissão do indivíduo resulta da falta de distinção entre as regularidades consuetudinárias ou convencionais das regularidades que ocorrem na natureza, quase sempre acompanhada da suposição de que o cumprimento de ambas é assegurado por vontade divina (Popper, 1971: 172).

²¹ O paralelo entre o poder público e o poder familiar permaneceu na doutrina ao longo da história, mesmo na anglo-saxónica (onde o carácter contratual é normalmente mais relevante). Nos seus *Commentaries on Law of England*, de 1769, Blackstone, definia o poder de controlo (*police*) como a *regulação e ordenação doméstica do reino, na qual os indivíduos de um Estado, tal como os membros de uma família, são levados a conformar o seu comportamento geral com as regras da propriedade, da boa vizinhança e das boas maneiras* (Dubber, 2004: 104).

²² Importa todavia acautelar a tentação de considerar a evolução histórica como linear, no sentido da objectivação da comunidade. Assim, a oposição das concepções é antes uma constante histórica, podendo ser encontrada na Grécia – nomeadamente na oposição entre Antígona e Créon (Sledziwski, 1987: 424) -, nos debates filosóficos da Idade Média relativos ao humanismo, ou na afirmação da Modernidade. Alain Renaut, p. ex., refere expressamente que a ruptura entre os mundos antigo e moderno tem essencialmente a ver com a natureza das regras. O mundo antigo surge como um universo de heteronomia, no qual o homem recebia a regra de uma instância exterior e superior a si, às suas forças e à sua vontade. Inversamente, a ruptura moderna prender-se-á com a consideração da autonomia como única referência normativa admissível (Renaut, 1989: 84).

²³ Hinsley vai ao ponto de afirmar que é a estadualização das sociedades – ou seja, a introdução do poder estadual nas sociedades – que marca o salto qualitativo neste plano. Assim, segundo este autor, o que caracteriza as sociedades pré-estaduais ou sem Estado (*stateless*, no original), será a ausência de referências ou simbologias centrais e bem assim de mecanismos de governação propriamente ditos, sendo portanto estas sociedades caracterizáveis como acéfalas ou segmentárias. Inversamente, a presença do Estado introduzirá uma autoridade central liderante (tanto no plano da determinação das regras de comportamento como no plano do exercício do poder enquanto tal). Em resumo, a estadualização implicará, segundo o autor, uma alteração qualitativa da autoridade: nas sociedades pré-estaduais o sistema de poder assenta em linhagens mais ou menos segmentadas ou instituições tribais decorrentes de graus de antiguidade (com ou sem divisões territoriais). Inversamente, nas sociedades estadualizadas (ainda que primitivas) a actividade política assenta em estruturas

o legitimam, limitam e regulam significa que a ordem assenta em critérios definidos pela própria comunidade que procura aperfeiçoá-los ao longo dos tempos e ao sabor das experiências.

[10]

Se deixarmos a análise de Sledziewski e da sociologia e nos debruçarmos sobre a distinção de Karl Popper entre sociedade tribal²⁴ e sociedade aberta, verificamos como, embora partindo de uma perspectiva distinta, as análises são articuláveis (Popper, 1971: 173).

Assim, a ideia da sociedade tribal é a da concepção política que busca a reintegração numa ordem universal pré-existente. Essa pré-existência tende a fundar-se nas mesmas referências da comunidade subjectiva: a integração orgânica²⁵, a voz do sangue (o laço do parentesco), o cumprimento do destino, o respeito por uma qualquer ordem universal.

Face ao desafio de definir uma alternativa à comunidade original (animal), a sociedade tribal insiste ainda numa comunidade que se pretende edificada em volta da própria natureza humana. Já não tanto da sua natureza animal, mas de determinados modelos sociais que são reflexo de respostas inatas ou instintivas, sempre em volta de uma concepção de ordem familiar.

[11]

Neste enquadramento, a comunidade tribal é aquela em que a situação humana surge como uma condição (Allott, 1992: 222²⁶). A visão é, assim, tendencialmente

administrativas que regulam as relações entre segmentos de base fundamentalmente territorial (Hinsley, 1986: 7 ss.). Esta visão pode ser encontrada na concepção jurídica de Estado do TIJ, nomeadamente no Parecer de 16.10.1975, relativo ao *Sahara Ocidental*.

²⁴ Por tribalismo entenda-se a ênfase na importância suprema da tribo sem a qual o indivíduo nada é (Popper, 1971: 9).

²⁵ *A sociedade tribal ou fechada pode justamente ser comparada com um organismo [...] assemelhando-se a uma manada ou a uma tribo, enquanto unidade semi-orgânica cujos membros são mantidos juntos por laços semi-biológicos – intimidade, vivência conjunta, partilha comum de esforços, perigos comuns, alegria comum e pressão comum* (Popper, 1971: 173).

²⁶ Allott faz, nesta matéria uma abordagem merecedora de nota. Defendendo aquilo que vimos referindo como a perspectiva objectiva da comunidade, afirma que *a situação humana não é portanto uma condição mas uma conjuntura. O ser humano que se constitui não é um facto mas um processo. Não há condição nem natureza humana, mas uma humanidade que realiza o seu destino em cada*

determinista, na medida em que ao crer na existência de um modelo pré-determinado, vê-se forçada a admitir a pré-determinação da própria existência humana. O grau de liberdade que é atribuído ao homem, quando ponderado, resumir-se-á à opção maniqueísta entre seguir o seu caminho e afastar-se desse caminho²⁷.

[12]

A sociedade aberta será distintamente aquela em que o homem se reconhece responsável na edificação do seu destino, na medida em que contribui para a construção da comunidade em que se integra, mantendo a liberdade de pensar e optar pela adesão a essa comunidade. A pertença à sociedade aberta (e a identificação que dela decorre) é permanentemente crítica (contemplando mesmo formas de desvinculação)²⁸.

Na sociedade aberta de Popper, vamos reencontrar o papel central da regra, na medida em que é esta a definidora da comunidade e é em volta desta que a comunidade é continuamente repensada²⁹. Já não existe pré-determinação, sendo o destino, o resultado da conjugação (mais ou menos consciente, mais ou menos feliz) dos esforços individuais. A situação humana afigura-se agora como uma conjuntura, na qual a humanidade realiza o seu destino em cada momento (Allott, 1990: 39).

Ora, por deixar de ser espontânea ou cega, a ordem é influenciável pelo homem; o mesmo é dizer, resulta – de forma mais ou menos directa – de escolhas

momento (Allott, 1992: 222). Facilmente se adequa este trecho àquilo que vimos referindo. Assim, a perspectiva subjectiva da comunidade implica o entendimento da situação humana como uma condição ou como um facto (ou como um dado, diríamos). Inversamente na perspectiva objectiva – porque todo o homem interage conscientemente com as comunidades em que se integra – a situação humana reinventa permanentemente o seu destino.

²⁷ Na sociedade tribal, o caminho certo está sempre determinado, embora tenham de ser ultrapassadas dificuldades para o seguir. Está determinado por tabus, por instituições mágico-tribais que nunca podem ser objecto de apreciação crítica (Popper, 1971: 172).

²⁸ Nessa perspectiva, a individualidade e a sociedade resultam de uma necessidade artificial que, por o ser, é livre (Allott, 1992: 223).

²⁹ Assim Karl Popper refere o carácter normativo das regras que supõe a capacidade crítica dos sujeitos em relação a elas, ao contrário do que acontece relativamente às regularidades físicas ou naturais, que, não sendo alteráveis, não são também criticáveis. Este autor assinala que a capacidade crítica das regras surge com a consciência da diversidade: a partir do momento em que surge a noção de que os tabus são diferentes conforme as tribos, o seu carácter meramente humano torna-se evidente (Popper, 1971: 60).

colectivas³⁰, as quais são, afinal, o cerne do debate político³¹ em torno dos modelos e das ideologias.

[13]

Destas distinções sumárias, deve sublinhar-se desde já, com alguma segurança, uma primeira ideia: é que nas solidariedades orgânicas (nas comunidades subjectivas e nas sociedades tribais), as regras que enquadram o seu funcionamento, tendem a assumir-se como intrínsecas (ou inatas, ou naturais) e, nessa medida, fora de toda a discussão que não seja meramente relativa à interpretação ou melhor enunciação. Aqui, de facto, as regras surgem com a comunidade e ao questioná-las, questiona-se a própria comunidade, o que constitui um interdito; o mesmo é dizer que estas se encontram como que protegidas por um tabu. Há, portanto, um entendimento da regra como tendo um conteúdo não disponível.

Diversamente, nas solidariedades mecânicas (e nas comunidades objectivas, ou sociedades tribais), a regra traduz um dever ser que está permanentemente em discussão. A institucionalização dos parlamentos é a mais palpável demonstração disso mesmo: na impossibilidade de os cidadãos participarem permanente e directamente na determinação concreta dos critérios de justiça que são enunciados nas normas jurídicas legais, são escolhidos representantes que, de uma forma plural e transparente, vão debater e decidir tais critérios. Nenhum parlamento será digno desse nome, se não revestir estas duas características: diversidade e transparência. Ora, se o órgão legislativo por excelência determina os critérios jurídicos segundo procedimentos públicos que garantem uma ponderação das diferentes posições que podem formar-se sobre cada um deles, parece irrecusável que a perspectiva da regra jurídica contemporânea³² é a de critérios permanentemente abertos à discussão cujo

³⁰ Ora, afirmar que a sociedade é a auto-criação colectiva dos seres humanos, implica recusar as posições comumente aceites de que a sociedade é um organismo do qual os seres humanos individuais são meras partes componentes (Allott, 1990: 3)

³¹ Como refere E. Sledziwski, o objecto da política é o de instaurar através de convenções, de razões e de normas, uma comunidade consciente (Sledziwski, 1987: 422).

³² O diferente entendimento dado às regras jurídicas (e à própria ordem jurídica) pelos diferentes tipos de comunidade não deve fazer-nos perder de vista o facto de que nunca na História, as normas jurídicas positivas lograram constituir o único conjunto de regras reguladoras do

conteúdo pode ser alterado, na busca de uma melhor justiça e/ou de uma maior eficiência.

Nesta perspectiva, as construções jurídicas tendem, portanto, a configurar comunidades objectivas (ou sociedades abertas). Não obstante, no âmbito do direito público e, em especial, da teoria do Estado, permanecem traços³³ relevantes de concepções que de uma forma mais ou menos frontal, recusam esta natureza.

[14]

Vejamos apenas dois exemplos que propositadamente retiraremos de matérias muito distintas.

Um dado corrente (e praticamente incontestado) que ilustra o que acabámos de afirmar é a expulsão do fenómeno estadual do âmbito jurídico. Assim, os autores muito frequentemente entendem que o Estado é anterior ao direito, não sendo obra deste que, assim, se limita a regular a sua formação funcionamento e desaparecimento (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 404). Não sendo obra jurídica, não é questionável neste plano.

O segundo exemplo completa o primeiro. Trata-se da afirmação mais ou menos generalizada dos limites materiais de revisão constitucional. A subtracção do elemento estadual à ponderação jurídica é aqui expressamente afirmada com a introdução de tabus: um elenco de matérias essenciais à formação da comunidade política que (*ad*

comportamento social (Hinsley, 1986: 3). Ora a relação entre o direito positivo e os valores e princípios que o informaram (e bem assim a relação destes com outros conjuntos normativos concorrentes) pode ser vista como denotando um carácter mais orgânico ou mais mecânico da comunidade, já que fora do plano positivo os conteúdos tendem a aparentar melhor abertura ao debate. Não nos parece todavia que esse paralelismo seja real: os elementos comumente referidos de carácter supra positivo (*maxime* os direitos fundamentais) têm vindo a ser afirmados e assumidos ao longo da História em reacção a experiências cujo carácter traumático impôs uma assumpção clara e inquestionada. Esses conteúdos nem por isso deixam de estar abertos à discussão, nem, em regra, proíbem posições mais ou menos críticas.

³³ Mesmo na tradição jurídica americana (cujas raízes libertárias são inquestionáveis) subsiste uma origem patriarcal na concepção do exercício do poder, a qual mantém uma tensão permanente com os princípios constitucionais de defesa dos direitos fundamentais (Dubber, 2004: 166). Essa tensão revela a influência das perspectivas orgânicas na identificação do interesse público, quando analisado no quadro da oposição tradicional entre interesse público e privado, entre autonomia (diversidade) e unidade.

perpetuum, parece) – não pode ser objecto de alteração. E dentro delas figura, comumente, a da unidade do Estado (alínea a) do art. 288.º CRP).

[15]

Os exemplos invocam debates abertos na doutrina jurídica, nos quais não pretendemos aqui entrar. Parece-nos, todavia, que, independentemente deles, servem para demonstrar a tentação – quase sempre inconsciente ou, pelo menos, não assumida – de sacralização do poder ou do Estado, que são resquícios das concepções que remetem para lealdades acríticas.

Tal como veremos adiante (2.1.1, p. 82), esta foi uma das questões com que a construção europeia se debateu, mesmo quando ela não era expressamente levantada.

1.3 Natureza da ordenação

Explanations – and predictions – require concepts to organize our knowledge. Theories provide us with such concepts. Good theory not only helps us understand the world we live in, but also to have certain ideas about likely futures (Laursen, 2007: 2)

[16]

O exercício do poder político responde a duas necessidades sociais básicas: a ordenação da actividade humana tendo em vista o bem comum, e, simultaneamente, a expressão dessa comunidade³⁴ que é sujeita a ordenação (Hooghe, Marks, 2008: 2).

Estas duas vertentes estão intimamente ligadas, uma vez que a expressão da vontade comunitária se faz segundo a ordenação a que essa comunidade é sujeita. Por sua vez, a ordenação reflecte o sentido de pertença que permite à comunidade definir-se como tal.

Neste enquadramento, veremos de seguida como a progressiva complexificação da ordenação política (que mais do que pessoas ordena grupos sociais e grupos de grupos) se veio a fazer em volta de um princípio hierárquico (1.3.1).

³⁴ Em sentido aproximado V. Sledziwski, nota 31 p. 11.

Distinguiremos depois as manifestações internas (1.3.2, p. 22) e internacionais (1.3.3, p. 30) desse princípio, tentando assinalar em cada uma a sua resistência e progressiva erosão.

1.3.1 A afirmação da soberania e a ordenação hierárquica

The legal order of the Member States has been historically conceived as a hierarchical system with a clear and single source of ultimate legal and political authority – popularly called sovereignty – grounded in a wider political democratic system which exists for, and is created by, the people (Avbelj, 2006: 380)

[17]

O fenómeno comunitário mostrou-se não apenas essencial mas também muitíssimo potenciador do desenvolvimento humano. Para além de genericamente maximizar a capacidade de sobrevivência do grupo, a construção de comunidades deu origem à divisão de tarefas dentro deste, fenómeno que, no plano individual, facilitou a afirmação das diferentes capacidades (o que constitui o primeiro mecanismo de integração) e que, no plano colectivo, permitiu importantíssimos aumentos de eficiência (o que significou, portanto, um substancial aumento da capacidade de sobrevivência e – à medida em que essa preocupação se atenuava – a possibilidade de satisfação de um maior volume de necessidades³⁵).

Esta circunstância facilita a rejeição da anarquia. Não implica todavia a justificação de todo o poder instituído.

De facto, pior do que uma ordem imperfeita é a desordem. Ou, se preferirmos, na terminologia que vimos referindo, fora do fenómeno comunitário, o homem dificilmente sobrevive – e, mesmo quando o consiga, fica de tal forma absorvido por

³⁵ Assim, já Aristóteles no *Tratado da Política*, afirmava que o fim da cidade (*polis*) era *bem viver em conjunto*. Adiante, assinalava ainda a necessidade de uma população suficientemente numerosa: *uma multidão de habitantes que pode alimentar-se facilmente e cujo conjunto pode conhecer-se num olhar* (Aristóteles, 1977: 41, 67).

tarefas básicas que a qualidade da sua existência cai para níveis de evidente degradação.

Por isso – porque a ordenação é um valor –, historicamente, o exercício do poder nas comunidades não careceu de grandes justificações.

[18]

Os desafios ao poder instituído em qualquer momento ou conjuntura tendem a surgir da parte daqueles que vêem os seus poderes contenderem com outros poderes (e por isso reagem), e bem assim, daqueles que cobiçam as funções de poder. Reequacionando esta questão nos termos centrais da nossa dissertação, diríamos que os principais desafios ao poder surgem nas reacções ao exercício do mesmo (a tentativa de manter a diversidade, resistindo à pressão agregadora imposta por este) e na atracção que o próprio exercício do poder implica.

[19]

Deixando de fora o último desafio referido – por não integrar o objecto da nossa dissertação –, importa tentarmos perceber como foi que historicamente se articularam as tendências de agregação e desagregação dos grupos sociais e dos diferentes poderes que neles se edificaram.

A questão pode ser formulada em termos mais simples ainda: importa saber como é que a partir do núcleo base – a família³⁶ – se vão admitir poderes a níveis mais alargados (a tribo, a cidade, o Estado); e saber ainda como é que estes poderes se articulam entre si (já que a criação de um nível superior nunca implicou a mera supressão dos níveis inferiores)³⁷.

A história relata experiências razoavelmente diferentes, sendo que a resposta mais comum (e seguramente a mais abrangente) é sempre a de que a construção de um

³⁶ A perspectivização da sociedade a partir da célula familiar é comum na doutrina tradicional (Aristóteles, 1977: 28; Bodin, 1993: 65), podendo encontrar-se na doutrina de todas as épocas (Dubber, 2004: 105).

³⁷ *Há milhares de anos atrás formaram-se as tribos primitivas que constituíram as primeiras comunidades que ultrapassavam o mero laço familiar – muito embora se baseassem na família. Mais tarde vieram a agregar outras comunidades e a cidade desenvolveu-se cada vez mais. Ninguém pensava em considerar que essa evolução questionava ou contrariava o papel da família. Acontece o mesmo com toda a organização internacional* (Schuman, 1963: 29).

novo nível de poder se faz – também ele – por razões de maior eficiência. Afinal, toda a colaboração entre homens ou grupos de homens resulta quase sempre da constatação de que a essa colaboração permite realizar tarefas que, de outra forma, seriam muito mais difíceis, senão mesmo impossíveis.

E, por isso mesmo, a história vai registrar uma tendência genérica para o progressivo alargamento dos níveis de poder. Ora, à medida que esses níveis de poder começam a multiplicar-se, tende a surgir uma questão: em qual desses níveis reside o poder originário³⁸?

[20]

A resposta que hoje pareceria evidente seria a de que o poder resulta das pessoas (no limite, de cada um dos indivíduos). Essa evidência foi, todavia, sendo ofuscada por diversas realidades que se lhe sobrepuseram.

Desde logo pela sobrevalorização do carácter gregário do homem: se o homem vive necessariamente em sociedade, parecia então que a questão do poder surgia não ao nível individual, mas ao nível colectivo e, por isso, a resposta teria também ela de encontrar-se neste nível³⁹.

Por outro lado, o desenvolvimento das comunidades – e das comunidades de comunidades – foi um processo lento. Ora, quanto mais pequenos são os grupos, mais simples é sua organização e, por isso, menos questões levanta o seu funcionamento. Assim, no início, os grupos humanos são pequenos e os contactos são esporádicos, pelo que as questões da legitimidade e originalidade do poder dificilmente se colocam.

³⁸ Não distinguimos na nossa análise, dado o seu carácter sumário, dois processos que a doutrina frequentemente separa: o da formação política propriamente dita – *state formation* – e o da construção ou criação da comunidade (e comunidades de comunidades) – *nation-building* (Fossum, 2001: 7). A questão tornar-se-á, todavia, relevante quando a análise se centrar no âmbito estrito da construção europeia, já que (ao contrário do que aconteceu na maioria dos Estados) os processos (de *state formation* e de *nation-building*) não foram simultâneos, nem sequer próximos. Além disso, o desenvolvimento do primeiro (a construção jurídico-política propriamente dita, que vem ocorrendo progressivamente) tropeça na ausência ou insipiência do segundo: o regime da cidadania europeia e bem assim os elementos histórico-culturais agregadores não permitem afirmar a existência de um *demos*, de uma comunidade humana homogénea, em termos políticos (cf. infra [236]).

³⁹ A perspectiva de que o poder político estadual resulta do instinto e, por isso, é insubstituível, tem inspirado correntes totalitárias de diferentes sinais, desde o soviétismo aos populismos africanos (Moreira, 1984: 20).

Tanto mais que a menor dimensão dos grupos implica um carácter tendencialmente tribal, o que concorreu também para impedir que a questão da origem do poder se colocasse: quanto mais orgânica é a perspectiva da comunidade, menos exposta está a que sejam colocadas questões sobre o seu funcionamento e a legitimidade do poder.

Mesmo quando a dimensão dos grupos aumenta, gerando grupos alargados e grupos de grupos, a questão da sobrevivência (ou, na perspectiva inversa, a constatação de ameaças capazes de pôr em causa a essa sobrevivência) tendeu a ser tão evidente que a preocupação com a eficácia desvalorizou a da legitimidade. Dito de outra forma, a percepção da existência permanente de ameaças directas às comunidades ou ao seu bem-estar fizeram com que a primeira preocupação dessas comunidades tendesse a ser a de encontrar níveis de eficácia que contrariassem essas ameaças⁴⁰. Ora, nestas circunstâncias – quando a comunidade é pensada em termos de eficácia por razões de sobrevivência –, a questão da origem do poder perde actualidade⁴¹.

[21]

Seguramente que outras razões podiam ser aduzidas, não se justificando todavia uma análise exaustiva. Interessa-nos, isso sim, perceber porque é que a questão da originalidade do poder demorou a ser colocada.

Na verdade, será apenas no final da Idade Média – mais precisamente no século XVI – que a questão será colocada, com a afirmação da superioridade do nível nacional-estadual⁴² sobre todos os outros⁴³. A isso se passou a chamar soberania⁴⁴.

⁴⁰ Para Norbert Elias – sociólogo alemão do século XX que viveu parte importante da sua vida no Reino Unido – a sociedade não é mais do que um conjunto de indivíduos unidos em rede ou segundo configurações, sendo a multiplicação, extensão e a complexificação dos laços de interdependência que produzem sentido ou orientação histórica, num processo de passagem para unidades sociais cada vez mais englobantes (Delmotte, 2005: 395).

⁴¹ Essa perda resulta da urgência moral, que resulta da própria urgência do sofrimento ou da dor (Popper, 1971: 235).

⁴² Os Estados-nação são, segundo uma designação famosa, comunidades imaginadas (Anderson, 1991: 6), cujos laços não são naturais nem inevitáveis, mas apenas uma forma específica de comunidade, de entre muitas outras (Berman, 2007: 1180). Gellner foi mais longe afirmando que o nacionalismo inventou nações onde elas não existiam (Gellner, 1972: 169). Em sentido próximo, Popper afirmou que o Estado-nação é sempre uma ficção (Popper, 1971: 288). O carácter equívoco do próprio conceito de Nação vem sendo muito frequentemente sublinhado mesmo a outros níveis. Assim,

A noção de soberania consiste fundamentalmente na ideia da exclusividade do poder⁴⁵ num território (Agnew, 2009: 47), já que se refere ao poder político em última instância, supremo, exclusivo⁴⁶ e não derivado (Bessa, Pinto, 1977: 127). É o *absolutum dominium*.

a jornalista Suzanne Citron, do *Le Monde* na edição de 28 de Fevereiro de 1996, referia a propósito das comemorações do primeiro rei franco, Clóvis: *trata-se de um catecismo escolar, de origem simultaneamente monárquica e republicana, que mantém no nosso país a imagem de uma nação intemporal, eterna e pré-existente à sua própria história* (Franck, 1996a: 362). Na verdade, são comuns as tradições de auto-glorificação nacional (Davies, 2008: 10) – até porque a nação vem sendo elevada a uma espécie de apoteose identitária (Allott, 1990: 59) –, sendo que parte da nação resulta sempre de interpretações abusivas da História (Edward, 2005: 11).

Alheia ou, pelo menos, apartada das críticas relativas à hiper-valorização dos aspectos simbólicos, a doutrina vem debatendo também a questão da origem e tipos nacionais. Os principais contributos pertencem a Friedrich Meinecke (que distingue *Staatsnation* e *Kulturnation*), e a Anthony Smith (que distingue as nações cívicas das étnicas). Os autores convergem no essencial: enquanto a *Kulturnation* e a nação étnica assentam na ficção da super-família, a *Staatsnation* e a nação cívica desenvolvem-se num quadro territorial histórico, a partir de instituições políticas e ordens jurídicas específicas (Fossum, 2001: 4/5).

⁴³ Georges Burdeau atribui a Althusius, jurista germânico da segunda metade do século XVI, a afirmação dessa superioridade na sua obra *Politica methodice digesta atque exemplis sacris & profanes illustrata* (Burdeau, 1980: 215). A doutrina vem todavia insistindo numa interpretação quase inversa, afirmando que a visão de Althusius é muito mais no sentido corporativo – próximo das teses federalistas actuais – do que no da justificação da superioridade e imposição do Estado sobre os outros níveis de poder (Prélot, 1990: 329; Aroney, 2007: 166; Martins, 2003: 47). Essa superioridade está implícita no conceito de soberania, tal como vem sendo afirmado desde o século XVI (cf. nota seguinte).

⁴⁴ A afirmação do princípio da soberania é normalmente atribuída a Jean Bodin, na sua obra *Les six livres de la République*, de 1576. Muito embora a obra e o pensamento deste autor sejam bem mais aprofundados, a verdade é que a defesa que ele faz da monarquia real ou legítima (por oposição às outras variantes, nomeadamente a senhorial e a tirânica), decorre da obsessão deste em relação às guerras político-religiosas e às ameaças à unidade do reino, advogando por isso a autoridade última do monarca como garantia contra esses riscos. Será este o elemento caracterizador do seu pensamento que o colocará na origem do próprio absolutismo (Prélot, Lescuyer, 1990: 355), na medida em que a sua obra constituirá a referência fundamental da defesa do Estado forte (Goulemont, 1987: 33).

⁴⁵ A escolha das manifestações mais relevantes desse poder variará conforme os autores e conforme a perspectiva destes. Na perspectiva jurídica tende a acentuar-se o monopólio de edição do direito positivo e o monopólio da coacção física legítima (Sinkondo, 1999: 332) para impor a efectividade das suas regulações e dos seus comandos (Canotilho, 2003: 90), ou apenas a última (Shaw, Wiener, 2001: 76).

⁴⁶ Quando analisado no plano internacional, o conceito de soberania prende-se primariamente com a questão das situações de conflito de normas. São todavia também relevantes as consequências políticas que se prendem com a independência, nomeadamente da autonomia da comunidade para determinar o seu governo e para definir a participação e representação dos indivíduos nas instâncias de poder (Maduro, 2006: 16; Bartelson, 2005: 230).

O seu aparecimento justificou-se naquilo que se entendeu ser uma necessidade – histórica – da concentração do poder em termos que permitissem ao monarca⁴⁷ garantir a pacificação interna em momentos relativamente conturbados (Goulemont, 1987: 32; Delmotte, 2005: 395; Cottier, Hertig, 2003: 262). E por se tratar da justificação dessa concentração, o princípio há-de afirmar-se e desenvolver-se através da subjugação (ou eliminação) dos outros níveis de poder, qualquer que seja a sua natureza⁴⁸ (Gouveia, 2007: 147).

[23]

Essa eliminação justificou-se, na altura, como uma reacção contra a preponderância dos níveis de poder infra e supra-estaduais.

Reagiu-se contra o poder da Igreja (Campos, Campos, 2004: 25) cujo exercício era sentido como uma verdadeira intromissão (exterior⁴⁹ e interior) na condução dos negócios do Estado⁵⁰ (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 420), contra o poder da aristocracia, cuja origem feudal implicava o reconhecimento de importantes prerrogativas territoriais e militares (que já não podiam justificar-se, como então, por neces-

⁴⁷ A concepção tradicional (histórica) de soberania tem efectivamente um cunho pessoal, referindo-se a uma prerrogativa dos monarcas em cujas mãos repousava o poder absoluto (Pentassuglia, 2002: 303).

⁴⁸ O Estado tem de despender quantidades de energia idênticas àquelas que tem de contrabalançar. Tem até de permear todos esses grupos secundários da família, dos negócios, das associações profissionais, da igreja, das agremiações locais, etc., que tendem, como vimos, a absorver a personalidade dos seus membros. Tem de fazê-lo para evitar esta absorção, libertando esses indivíduos e recordando a essas sociedades parciais de que não estão só e de que existe um poder que se situa acima do delas (Durkheim, 2003: 65). Assim descrito, este será o processo de criação da identidade nacional em termos cívicos – ou da *Staatsnation* (segundo a distinção a que nos referimos anteriormente na nota 42). Atente-se, todavia, no facto de a identidade nacional constituir um processo de identificação com particular relevância jurídica, quer no plano interno – dada a importância da cidadania, – quer internacional –, uma vez que a existência da comunidade nacional é elemento essencial do Estado soberano e, portanto, requisito do seu reconhecimento (Fossum, 2001: 5).

⁴⁹ No plano internacional, a soberania prende-se essencialmente com a independência (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 420) e especificamente com a prerrogativa do exercício da autoridade sem subserviência a qualquer autoridade exterior (Pentassuglia, 2002: 303; Gouveia, 2007: 148). Nesse sentido, a afirmação do princípio visava afastar a influência além da Igreja, também dos poderes imperiais: os Habsburgo de Espanha e o Sacro Império Romano Germânico (Sinkondo, 1999: 332).

⁵⁰ A distinção de poderes nos âmbitos espiritual e temporal foi introduzida pelo cristianismo (Prélot, Lescuyer, 1990: 173 ss). Avulta em favor dela, desde logo, a passagem do Novo Testamento em que S. Mateus recorda (22, 21) que Cristo mandou *dar a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*. Não obstante, o facto é que a assumpção prática dessa distinção será lenta e em ambos os domínios, surgirá a tentação de assumir funções alheias. Assim, ao longo da história, tanto o papa aspirará à coroa como o imperador aspirará à tiara (Cartou, 1986: 23).

sidade de defesa)⁵¹, contra a estratificação socioprofissional resultante do controlo das corporações⁵².

[24]

A afirmação da soberania, enquanto exclusividade do poder, não correspondeu, portanto, a um processo natural de erosão e actualização, marcando antes uma alteração radical do entendimento da natureza do poder político⁵³, assumida como uma reacção voluntária ao sistema anterior, através de uma confrontação directa daquilo que eram os seus elementos mais característicos⁵⁴.

[25]

Importa, todavia, sublinhar alguns aspectos essenciais.

O primeiro é o facto de se ter assentado numa ideia cujo sentido não é de todo evidente: a de que o poder originário reside no Estado⁵⁵.

⁵¹ A reacção contra os níveis de poder infra-estaduais beneficiou de um desejo de igualdade (que ressurgirá em finais do século XVIII e princípios do século XIX, com o advento do constitucionalismo), na medida em que esses poderes consubstanciavam relações diversas entre os grupos e os seus elementos. Assim, tal como se refere num texto do século XIX, *a unidade e a independência absoluta do poder soberano substituíram no mundo o sentimento e as garantias de independência pessoal. Para melhor perseguir e atingir a igualdade, empenhámo-nos em suprimir todos os pequenos Estados e todas as existências locais, em eliminar todos os laços com a liberdade antiga. Encarámos o novo nível como um progresso e a identidade do jugo como uma garantia. Afirmámos expressamente que mais valia o triunfo do despotismo de um só do que a manutenção da liberdade de muitos. Quisemos um mestre para não mais termos chefes.* (Montalembert, 1863: cclx).

⁵² Em termos gerais parece pacífica na doutrina a constatação de que na construção das nações europeias é permanente o esforço para reduzir a diversidade, e bem assim para eliminar os vestígios medievais e até anteriores – de supraestadualidade (Fossum, 2001: 13).

⁵³ A doutrina faz recuar com frequência o conceito à antiguidade, considerando-o nas relações estruturadas dos impérios (ICISS, 2001b: 6). A sua importância actual remonta, todavia, apenas ao século XVI, durante o qual Hobbes, Bodin e Grotius começaram a escrever sobre a versão moderna do princípio. Em meados do século XVII, todos os Estados europeus o praticavam. A sua generalização é marcada fundamentalmente por dois momentos: a chamada Paz de Westphalia de 1648 (que põe fim às guerras político-religiosas e marca o início do sistema internacional moderno) e as descolonizações após a II GM. Em ambas as épocas, as convergências internacionais em volta dos diferentes modelos de Estado soberano corresponderam aos termos dos entendimentos que puseram fim às divergências sobre justiça e autoridade política internacionais (Philpott, 2001: 3/4).

⁵⁴ A própria concepção cristã da unidade da raça humana é directamente questionada com a distribuição pelos Estados da prerrogativa soberana (Danchin, 2009: 41). De qualquer forma, todas as teorias da soberania são intrinsecamente inconsistentes (Popper, 1971: 123).

⁵⁵ Não obstante, na doutrina foi sendo criado o mito de que a soberania resulta da vontade popular (Agnew, 2009: 48), confundindo-se a questão da legitimidade do poder com a sua exclusividade. Por isso se diz que o conceito, não sendo necessário nem essencial, é contingente, na

O sentido não é evidente, desde logo, porque a própria definição de Estado permanece insuficientemente clara. Mas, ainda que a noção estadual fosse clara, não está devidamente justificada a razão de nela residir necessariamente o poder original, aquele do qual emanam todos os outros. Afinal, as pessoas integram-se em diferentes grupos e consideram-se vinculados a normas desses diferentes grupos (Berman, 2007: 1169). Porque razão se hão-de sobrepor sistematicamente as normas de um grupo às normas dos outros⁵⁶? A questão ganha especial relevância, se atentarmos no facto de que, uma vez determinado o grupo cujas regras imperam, as regras dos outros⁵⁷ dificilmente subsistirão enquanto tal (até porque a sua legitimidade sempre dependerá do grupo dominante).

Esta constatação leva-nos à segunda questão: porque há-de o critério da legitimidade do poder radicar num princípio hierárquico⁵⁸?

medida em que assume um papel central – embora ambíguo – no discurso político, o qual deriva de acidentes históricos (Bartelson, 1995: 239).

⁵⁶ A concepção do direito enquanto ordenação normativa unitária, exclusiva e hierárquica deriva directamente da concepção do Estado enquanto unidade fundamental de organização política (Griffiths, 1986: 3).

⁵⁷ Foi a sobreposição sistemática da vontade do todo soberano sobre os indivíduos que deu origem ao direito público, estabelecendo limites a essa vontade e preservando assim as liberdades individuais (Danchin, 2009: 28), com o advento do constitucionalismo moderno. A protecção dos grupos minoritários só muito recentemente começa a ter acolhimento na doutrina constitucional, enfrentando quase sistematicamente o argumento soberano.

⁵⁸ Por isso mesmo, a tendência constitucional actual no sentido de assentar no consentimento dos governados a legitimidade do poder, altera radicalmente as concepções de poder, autoridade e controlo (Danchin, 2009: 28).

1.3.2 A perspectiva hierárquica no plano interno

Myths are not simply falsehoods or mere deceptions. They are presumptions that are influential precisely because they have a long history of repetition and rehearsal (Agnew, 2009: 48)

[26]

A afirmação da soberania implicou, como vimos, a perspectivação da organização do poder em volta de um princípio hierárquico. O poder tinha a sua origem no nível estadual⁵⁹ ao qual estavam submetidos todos os outros⁶⁰ níveis de poder. Era este o significado e a consequência primeira da soberania.

Não obstante a simplicidade e evidência do conceito, a verdade é que, no plano interno, o carácter absoluto do princípio depressa vai enfrentar importantes limitações. Vamos tentar explicar sumariamente porquê.

[27]

A hierarquia é o princípio básico da ordenação.

No plano político, a ideia de soberania reflectiu essa necessidade, como vimos. E, não devemos esquecer-lo, os resultados corresponderam às expectativas: a aplicação do princípio (e dos subprincípios nele implícitos, dentro dos quais avulta o da proibição da auto-tutela dos direitos) permitiu a pacificação das sociedades (após um período particularmente sangrento da história europeia), e criou condições para graus progressivamente mais profundos de especialização (permitindo um considerável aumento do bem estar). Por isso, o princípio foi sendo transmitido, ao longo de

⁵⁹ A soberania era inicialmente (no século XVI, portanto, com Bodin) vista como um atributo do monarca. Mais tarde, com a revolução francesa, passa a ser um atributo da Nação (Prélot, Lescuyer, 1990: 521; Agnew, 2009: 47). É curioso verificar como na reacção ao absolutismo não se ataca o conceito de soberania que justificou (e por isso tornou possível) a concentração de poder, mas se tentou apenas transferir a sua titularidade. Deve aliás reconhecer-se que, inversamente ao que poderia pensar-se, com a revolução, o conceito de soberania vai ser objecto de um desenvolvimento acentuado.

A compreensão desse fenómeno poderá estar no seu intuito *fundacionalista*: a procura de uma certeza, um ponto de partida impessoal, certo e indubitável a partir do qual se pudesse compreender a realidade. Esta necessidade era particularmente premente na Europa do século XVII, cujas guerras político-religiosas haviam lançado controvérsia sobre os fundamentos tradicionais, por isso, esse intuito foi acarinhado por filósofos como Descartes, Leibniz e Hobbes (MacCormick, 1999: 123).

⁶⁰ Assim, o Estado moderno *é uma ordenação jurídica que se impõe não apenas aos membros do Estado, os cidadãos, [...] mas também, em grande medida, a todas as actividades que se desenrolem sob a sua jurisdição. É portanto uma organização vinculativa de base territorial* (Weber, 1978: 56).

séculos. Ora, como é sabido, *tudo o que transmite através da tradição cultural, ao longo de extensos períodos de tempo, acaba por assumir o carácter de superstição ou de doutrina* (Lorenz, 1992: 64). Ou de ambas, simultaneamente.

[28]

A ordenação conseguida por via hierárquica tende, todavia, a fazer-se através do apagamento das diferenças⁶¹. E esse apagamento não apenas gera reacções naturais como principalmente dá origem a ineficiências.

A sobrevalorização da unidade fez com que se menosprezasse o valor da diversidade e, em vez da procura do equilíbrio entre estas tendências naturais da vivência social, desvalorizaram-se as diferenças e a riqueza que delas resulta.

O tempo veio efectivamente a demonstrar que a centralização das decisões – eventualmente necessária num primeiro momento em sede de pacificação ou até de organização – afectava consideravelmente a qualidade destas. E, por isso, mais recentemente surgiram fenómenos de devolução de poder.

[29]

A justificação começará por surgir em termos essencialmente económicos⁶² (até porque aí a eficiência assume um carácter mais objectivo), mas o raciocínio é replicável em termos jurídico-políticos. Na verdade, admitir que as escolhas se façam ao nível mais próximo possível dos interessados, resulta menos da vontade em conferir a estes aquilo que pode parecer um privilégio e mais da constatação de que essa é a melhor forma de fazer funcionar os sistemas.

A descentralização das decisões coloca o peso da responsabilidade sobre os indivíduos pela simples razão de que esse processo conduz a melhores decisões. E ao escolherem, os indivíduos (as mais das vezes através dos diferentes grupos sociais em

⁶¹ Alguma doutrina insiste que a (absoluta) unidade do sistema jurídico pretendida pela ideologia do centralismo jurídico (como consequência necessária do princípio soberano) nunca terá sido mais do que uma ficção, uma vez que a realidade jurídica é sempre uma colagem de conjuntos normativos, desordenados e sobrepostos que tornam difícil qualquer interpretação moral ou estética (Griffiths, 1986: 4).

⁶² A descentralização permite responder melhor à heterogeneidade das preferências dos cidadãos, embora essa resposta dependa de factores relativamente complexos (Hooghe, Marks, 2001: 4).

que se integram) participam no exercício do poder (Davies, 2008: 11). É essa co-responsabilização que torna as sociedades abertas⁶³.

[30]

O fenómeno de devolução de poder é ainda impulsionado pela necessidade de enquadrar minorias (autóctones ou de imigrantes) que reclamam o respeito pela sua identidade. Apoiadas num consenso internacional relativo ao reconhecimento dos seus direitos, estas vão tornar-se cada vez mais assertivas nas suas exigências de compensação ou autonomia⁶⁴.

As políticas de reconhecimento tiveram uma ênfase inicial de cariz individual, associadas à ideia de dignidade humana que impunha ao conceito de democracia uma prática universalista e igualitária (Fossum, 2001: 3). A crescente atomização social sublinhou, todavia, as necessidades de reconhecimento enquanto integração em grupos, deslocando este reconhecimento para níveis colectivos, cuja pertença se tornou identitária. A questão evoluiu, aliás, da necessidade do mero reconhecimento para a correcção ou adequação do mesmo⁶⁵, por se perceber como um reconhecimento inexacto resulta na imposição aos membros do grupo de uma identidade corrompida. Daí que, mais do que o reconhecimento, a preocupação actual dirige-se aos termos em que o reconhecimento ocorre⁶⁶.

⁶³ Importa, todavia, ter presente que todo o processo de co-responsabilização social tem custos que não são facilmente aceites. Na verdade, a participação nos processos decisórios é sempre sentida como um custo, não apenas pela disponibilidade exigida, mas principalmente porque toda a decisão comporta uma opção que normalmente não é fácil de admitir. *Em todas as escolhas perdemos um pouco da inocência que tínhamos quando alguém decidia por nós e adquirimos a dose necessária de tristeza resultante da consciência que o mundo é apenas tão bom quanto o soubermos fazer* (Davies, 1998: 12). De facto, todo o processo de integração é (como lhe chamava Andrew Shonfield, em 1971) *uma viagem para um destino desconhecido*, cuja velocidade vem aumentando nas últimas décadas (Bogdandy, 1992: 32).

⁶⁴ Existe – nestes casos em que a autoridade soberana valida ou enquadra corpos de regras definidos por subgrupos – aquilo que alguma doutrina apelida já de pluralismo jurídico fraco (Griffiths, 1986: 5). Sobre o assunto, v. tb. nota 73.

O caso nacional das autonomias regionais é disso um bom exemplo: muito embora se assuma que as autonomias resultam de um reconhecimento da comunidade nacional, aceita-se também que esse reconhecimento possa ter uma natureza irreversível (Salema, 1988: 897).

⁶⁵ A importância do reconhecimento externo varia, mas pode ser um factor crucial na própria criação de identidades (Mayer, Palmowski, 2004: 577).

⁶⁶ O problema do reconhecimento tem componentes técnicas complexas. Assim, quando se trata de admitir a aplicação aos subgrupos de regras alternativas, coloca-se imediatamente a questão da

O reconhecimento da igual dignidade das comunidades subnacionais tem, hoje em dia, um elevado grau de institucionalização, integrando cada vez mais garantias constitucionais – até por pressão do reconhecimento universal⁶⁷ da necessidade dessas garantias (Fossum, 2001: 5). Como consequência, os grupos subnacionais (assim como os diferentes movimentos sociais) questionam o Estado a partir de baixo, apoiados em movimentos de contestação internacionais (Held, 1993: 39).

[31]

Trata-se de uma tendência relativamente recente⁶⁸, mas dominante: estudos relativos ao final do século passado, referem que 63 dos 75 países desenvolvidos em consideração adotaram medidas de descentralização, sendo que todos os países da UE têm comparativamente com os anos 80, maior grau de descentralização e metade deles criaram governos ou autoridades regionais (Hooghe, Marks, 2001: 1). Esse processo ocorre porque se tem revelado vantajoso para as comunidades subnacionais (Bartelson, 2006: 466).

[32]

Uma vez que estamos a tratar a questão da hierarquia, cabe aqui uma distinção útil entre desconcentração e descentralização. É que, naquela, as decisões também são tomadas por autoridades mais próximas dos cidadãos, subsistindo, todavia, um princípio hierárquico. Nesta, as autoridades decidem definitivamente (no uso de competências próprias), sem que subsista a possibilidade de recurso (de reavaliação do mérito das decisões) para superiores hierárquicos.

Os fenómenos de descentralização implicam, portanto, a devolução da capacidade decisória (definitiva) para níveis subnacionais que podem ter competência

definição dos âmbitos em que tais regras se poderão aplicar (tipicamente nas questões religiosas, casamento e família) e quais aqueles em que essa flexibilidade se não admite (tipicamente as de natureza penal); para além disso, impõem-se outras questões como a da definição geográfica dessa aplicação, ou dos mecanismos de escolha ou determinação da mesma. Podem ainda surgir problemas específicos quando as regras surgem segundo procedimentos distintos dos usados na ordem jurídica dominante, em especial no tocante às regras não escritas (Griffiths, 1986: 6).

⁶⁷ Embora o direito à auto-determinação dos povos se distinga dos direitos das minorias, a demarcação nem sempre é evidente, sendo os critérios básicos difíceis de aferir (Pentassuglia, 2002).

⁶⁸ Até muito recentemente, mesmo entre os estudos pluralistas, a unificação era tida como inevitável, necessária, normal e desejável (Griffiths, 1986: 8).

espacial (autarquias territoriais) ou não (autarquias institucionais). Dentro dessa capacidade decisória, integram-se frequentemente competências legislativas, as quais revelam uma inequívoca limitação do soberanismo territorialista tradicional – mesmo se não põe em causa a importância do Estado-nação, uma vez que este continua a reclamar o monopólio do exercício da força, assim reservando um poder determinante (Berman, 2007: 1180).

[33]

Há, portanto, na descentralização uma evidente contrariedade do princípio hierárquico resultante da soberania. Poder-se-á, no entanto, pretender que esse fenómeno de devolução de poder constitua o exercício evidente dessa capacidade soberana, até porque, em regra, surgem no quadro de ajustamentos constitucionais que dão continuidade ao quadro tradicional.

O argumento não resiste todavia a uma análise aprofundada do fenómeno. Assim, se atentarmos na quase totalidade dos processos de regionalização, verificamos como o reconhecimento das autonomias, menos do que uma generosa devolução de poderes, traduz uma tentativa de estancar processos de desagregação que ameaçam a unidade dos quadros nacionais. Essa situação é particularmente evidente no caso da Bélgica (com a questão flamenga), de Espanha (em especial com o país Vasco e a Catalunha) ou do Canadá (com o Quebec). Mas pode também identificar-se nos processos dinamarquês (com a Groenlândia), britânico (com a Escócia e o país de Gales), francês (em especial com a Córsega e alguns domínios ultramarinos como a Nova Caledónia) ou genericamente com a Escandinávia (relativamente à Lapónia).

Por tudo isso, a intensidade das autonomias tornou cada vez menos clara a distinção entre Estados federais e Estados nacionais. Tornou-se, aliás, mais distintivo o facto de a descentralização se fazer – ou não – num quadro de relativa homogeneidade nacional (Rubio-Llorente, 1998: 12).

Na verdade, é hoje em dia comumente aceite que o modelo do Estado constitucional tem de acolher importantes níveis de devolução de poder para as comunidades subnacionais (o mesmo é dizer que tem de se estruturar em termos federais ou regionais). A revalorização dos direitos humanos e de cidadania impõe ao Estado constitucional o reconhecimento do valor das diferentes formas de divisão de poder e garantia da convivência da pluralidade cultural interna (Häberle, 2000: 96).

[34]

O caso das autonomias regionais e locais é, todavia, apenas o mais recente dos fenómenos que pôs em causa o princípio hierárquico resultante da soberania. Todavia, ainda antes de ele surgir e se desenvolver em termos gerais, já as ordens jurídicas reconheciam situações de pluralismo jurídico⁶⁹ que directamente atentavam contra essa hierarquia.

[35]

O mais tradicional exemplo é o das relações entre os Estados e a Igreja católica. Embora a situação varie, o facto é que, desde há séculos, esta tem conseguido evitar a submissão pura e simples da actividade dos seus membros (e em especial dos que integram a sua hierarquia) às autoridades nacionais, garantindo importantes graus de autonomia em termos de organização e de regulação de alguns aspectos essenciais do seu ministério (nomeadamente dos sacramentos, de entre os quais avulta o do casamento). Essas relações especiais não apenas se estabeleceram em termos informais mas também se desenvolveram através de mecanismos tradicionais. Assim, a Igreja católica relaciona-se com os Estados em pé de igualdade (através do sistema tradicional de relações diplomáticas) e, além disso, estabelece com estes convenções internacionais que regulam os termos da autonomia do seu magistério, designadas por concordatas (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 452).

Esta situação resulta da admissão implícita pelos Estados da autonomia dos membros das confissões religiosas (Berman, 2007: 1161). E é esta admissão que torna as relações entre a Igreja e o Estado o *locus classicus* da análise da pluralidade de ordens normativas (Galanter, 1981: 28). O mesmo é dizer que foi neste âmbito que surgiram (e se desenvolveram) os primeiros fenómenos de pluralismo jurídico⁷⁰. Este

⁶⁹ Genericamente, o pluralismo jurídico refere-se às situações sociais em que um comportamento é regulado por duas ou mais ordens jurídicas (Griffiths, 1986: 2).

⁷⁰ Alguma doutrina faz recuar ainda mais os fenómenos de pluralismo, nomeadamente às origens da própria *common law* e (num âmbito exterior) ao direito europeu medieval e ao *ius commune* (Michaels, 2009: 4). Outros autores ficam-se por referência mais recentes, nomeadamente à admissão da aplicação pelos tribunais de regras específicas dos grupos em determinadas questões, situação que pode encontrar-se já em finais do século XVII, na regulação dos territórios administrados pela Companhia das Índias (Griffiths, 1986: 6).

constitui, pelo menos um desafio ao princípio hierárquico soberano, na medida em que supõe a existência simultânea de regras jurídicas produzidas em comunidades distintas que, todavia, se sobrepõem sem que reconheçam relações de subordinação.

[36]

O pluralismo jurídico verificado nas relações entre a Igreja católica (e genericamente outras igrejas) e os Estados só não afectou profundamente o princípio hierárquico reclamado pelas soberanias nacionais porque os conflitos se resolveram por via convencional, dispensando, portanto, a aplicação de qualquer princípio de prevalência.

Assim, na génese das análises pluralistas contemporâneas – que surgem na segunda metade do século passado –, está a constatação da frequente sobreposição de comunidades e das respectivas regras, incidindo a análise fundamentalmente na questão do reconhecimento (Teubner, 1997: 125). O seu âmbito essencial foram as sociedades pós-coloniais dos anos 60, nas quais começaram a ser estudadas as regras e processos derivados das culturas tradicionais que não tinham acolhimento legal – e que por vezes contrariavam mesmo o direito vigente, introduzido pelas potências coloniais (Avbelj, 2006: 388; Berman, 2007: 1170). Essa circunstância deu origem àquilo que ficou conhecido como a percepção colonial do pluralismo jurídico⁷¹, ou pluralismo clássico (Michaels, 2009: 4). A esta fase, seguir-se-ia a percepção pós-colonial, que se refere quer a regras consuetudinárias, quer a regras produzidas por actores sociais com capacidade de criação de normas vinculativas fora do processo político. O quadro foi ainda alargado com o reconhecimento de corpos reguladores que, por vezes, conflituam com a ordem estadual positiva (que Boaventura Sousa Santos apelidou de espaços de inter-legalidade). É o terreno preferido dos juristas pós-modernos: as regras internas das favelas brasileiras ou dos grupos minoritários isolados, os mecanismos privados disciplinadores, as regras de organização interna de empresas, redes, etc. (Teubner, 1997: 119).

⁷¹ Com o fim do colonialismo os impérios foram substituídos por Estados independentes, os quais foram questionados por entidades tribais, nacionais ou étnicas que visavam a secessão. Isso criou uma vaga global de *localismos* que ameaçou o sistema estadual (Franck, 1996b: 360).

O reconhecimento mais ou menos positivo de todos estes tipos de regras pressupõe uma agressão ao dogma da exclusividade estadual na produção de regras jurídicas⁷² (Griffiths, 1986: 3; Avbelj, 2006: 388; Michaels, 2009: 3). Nesse sentido, nos anos 70 e 80, a doutrina passaria a questionar directamente o modelo hierárquico resultante do princípio soberano, começando a defender a co-existência de ordens jurídicas não subordinadas (Berman, 2007: 1171). E ao assumir-se essa circunstância como comum e permanente, elevou-se o pluralismo à categoria de fenómeno global (Michaels, 2009: 5).

É bem verdade que as análises pluralistas (em especial as originais⁷³, de base antropológica) assentam com frequência numa desvalorização excessiva dos requisitos formais necessários para a qualificação de uma regra como jurídica (Avbelj, 2006: 389). Quer isso dizer que, em muitos casos, tratam como jurídicas regras que em rigor reflectem meros usos ou práticas ou cuja capacidade de imposição é questionável. Esta perspectiva talvez excessivamente abrangente da análise pluralista tornou o discurso ambíguo e confuso⁷⁴ (Teubner, 1997: 120). Não obstante, o pluralismo antropológico teve seguramente o mérito de questionar directamente a perspectiva hierárquica tradicional (segundo a qual haveria sempre um ordenamento jurídico dominante), defendendo que os sistemas plurais são frequentemente semi-autónomos, operando no quadro de ordenamentos jurídico-legais, mas não sendo inteiramente regulados por estes. Veio, por outro lado, também a admitir a interacção mútua entre as diferentes ordens jurídicas existentes num sistema plural, estudando as influências em ambos os sentidos (Berman, 2007: 1171).

⁷² A análise pluralista assume que os limites do sistema legal não são definidos pelo Direito oficial estadual. Para além deste, qualquer comunicação que gere acção segundo códigos normativos, constitui parte integrante do discurso jurídico (Teubner, 1997: 137).

⁷³ Por isso, a doutrina considera que na sua primeira fase (*maxime*, a colonial), o pluralismo é fraco, face à hierarquia e dependência do reconhecimento estadual (Michaels, 2009: 5) – no sentido, aliás, já referido na nota 64.

⁷⁴ De facto, tal como sublinham Merry e Koskenniemi, tratar como jurídicas todas as formas de ordenação não estadual, torna a análise confusa. Se tudo é jurídico, o direito perde o seu valor analítico e normativo (Michaels, 2009: 12).

1.3.3 A perspectiva hierárquica no plano internacional

Virtually all of the earth's land is parcelled by lines, invisible lines that we call borders. Within these borders, supreme political authority typically lies in a single source – a liberal constitution, a military dictatorship, a theocracy, a communist regime. This is sovereignty (Philpott, 2001: 3)

[37]

A afirmação do conceito de soberania distinguiu – em termos ontológicos e éticos – o Estado das outras formas de poder (Bartelson, 1995: 189). Esta autonomização gerou uma figura estável homogênea de poder que, por o ser, vai tornar institucionalizáveis as relações internacionais.

Na verdade, o período medieval caracteriza-se pela existência de formas de poder muito distintas entre si, quer em termos qualitativos (o entendimento e formulação das diferentes estruturas de poder era muito diverso), quer quantitativos (a extensão territorial e a agregação de meios era também muito diversa). As relações mútuas eram, por isso, sempre de natureza pontual ou circunstancial, não dando origem a uma realidade organizada. A par dos Estados, a igreja surgia como uma estrutura de poder político concorrente e dependente dos poderes estabelecidos.

Só com a modernidade e o modelo soberano surgirão condições de institucionalização das relações internacionais: desde logo justificando e identificando o Estado⁷⁵, depois diferenciando-o. Mais do que uma realidade relativamente complexa, o Estado moderno torna-se uma entidade nova, distinta dos seus componentes. E, nessa medida também, os Estados no seu conjunto (agora devidamente identificados e diferenciados), poderão relacionar-se em termos estáveis⁷⁶. A ordem internacional estruturar-se-á assim nas relações diplomáticas e a sua lógica competitiva virá mesmo a integrar a própria guerra – encarada como a continuação das relações políticas envolvendo outros meios (Clausewitz, 1982: 402).

⁷⁵ A defesa e afirmação da soberania implicou, como vimos – supra [21] – uma justificação expressa do poder político (surgindo assim o elemento ético distintivo das outras formas de poder), e tornando-se simultaneamente na sua principal característica (donde decorre o referido elemento ontológico, já que definia esta específica estrutura de poder).

⁷⁶ Nesta perspectiva, toda a ordenação internacional visaria garantir a coexistência (livre) dos Estados em termos tais que as respectivas soberanias fossem respeitadas (Danchin, 2009: 31).

As concepções actuais assentam em parte nos contributos dos autores do século XIX, nomeadamente Jellinek, Le Fur (e também Story) que, entre outras preocupações, tinham a de compatibilizar⁷⁷ as perspectivas internacionais com os fundamentos das respectivas ordens jurídicas (Aroney, 2005: 11).

Introduzem, assim, a classificação dos Estados em unitários, federais, e confederais, sendo que, nestes, as partes mantêm a respectiva soberania e, naqueles (os Estados federais), a soberania é irrevogavelmente transferida para os Estado federais pelas unidades constituintes. O carácter federal mantinha-se interiormente às ordens nacionais, na medida em que havia uma divisão de competências entre os níveis federal e federado. Fora disso, os Estados federais surgiam (nos planos nacional e internacional) com a mesma estrutura soberana⁷⁸ dos Estados unitários (Aroney, 2005: 12; Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 423). Subsistia, portanto, o carácter hierárquico da organização do sistema⁷⁹.

⁷⁷ O esforço de compatibilização pretendia justificar que a um princípio interno de Estado-de-direito correspondia uma realidade internacional em que os sujeitos não reconheciam qualquer autoridade superior capaz de impor regras jurídicas. Na verdade, no plano internacional, os titulares dos órgãos de poder nacionais continuavam a atribuir-se plena liberdade, numa perspectiva próxima da do *ancien régime*, limitados apenas *pelas suas necessidades e pela força efectiva numa forma de coexistência que claramente não formava ainda uma sociedade* (Allott, 1999: 35).

⁷⁸ Endicott usa, para o efeito uma imagem curiosa, afirmando que, se procurarmos o sentido relevante do termo, *o Estado é aquele que emite passaportes* (Endicott, 2010: 252) – porque essa emissão *é o acto pelo qual um Estado se envolve numa rede de relações que o tornam Estado* (Endicott, 2010: 253).

⁷⁹ Esta afirmação impõe um esclarecimento. É frequente na doutrina a afirmação de que, ao contrário dos planos internos, no meio internacional não existe hierarquia (Gehring, 1993: 227). Este tipo de afirmações salienta que enquanto as estruturas de poder internas dos Estados estão submetidas (hierarquicamente) ao poder soberano, no âmbito internacional – para lá dos Estados, portanto –, apenas encontramos estruturas de coordenação de Estados, todos eles independentes e iguais. Nesse sentido, a estruturação internacional é horizontal.

Quando afirmamos a persistência do princípio hierárquico, não estamos, todavia, a referir-nos à estruturação do sistema internacional, mas antes ao facto de este se organizar por referência a um poder último (ou primeiro, se se preferir), sendo esta noção essencial ao próprio sistema. Nesse sentido, o carácter hierárquico por nós afirmado, refere-se à permanência do reconhecimento do princípio soberano, ou seja, de que existe um poder (o estadual), ao qual estão submetidos todos os outros poderes. Há, portanto, a afirmação incontornável a uma hierarquia de poderes (que vai implicar também uma única fonte legitimadora que, nessa qualidade, não pode ser questionada em qualquer modelo organizativo). É exactamente este o problema do princípio hierárquico decorrente da soberania: impõem-nos uma única *ratio*: a vontade estadual. E com isso toda a construção jurídica internacional se torna formalista, recusando a ponderação de ideias de justiça (material) propriamente ditas e/ou o

[39]

O carácter absoluto do conceito de soberania no plano internacional implica que este poder se situe acima do direito internacional (acima do direito⁸⁰, portanto). Naturalmente que poucos serão, todavia, – se é que ainda há alguns – os que defendem essa concepção (Pentassuglia, 2002: 303). Não obstante, a perspectiva resiste⁸¹.

Vamos começar por tentar perceber porque resiste – [40] e [41] – para depois referenciar as principais contrariedades que o princípio soberano foi sofrendo – [42] a [75].

1.3.3.1 A resistência do princípio da soberania

The theory of law as an instrument of command and coercion has qualities of endurance; the tiger is not dead but sleeps (Harlow, 2000: 25)

[40]

O princípio soberano resiste na caracterização do meio internacional, porque constitui uma condição do respeito pela igualdade dos Estados. Esta circunstância não sendo óbvia, é todavia essencial. Senão, vejamos.

Toda a ordenação jurídica assenta num princípio de igualdade⁸². O que torna justas as ordens é esse reconhecimento básico (Perry, 2010: 173⁸³). Sem ele, a ordem pode ser efectiva (como acontece em todas as situações de domínio), pode até ser

enquadramento de outras legitimidades ou vontades (que apenas têm cabimento em perspectivas pluralistas).

⁸⁰ O meio internacional, composto por Estados soberanos que se justapõem, constituiria assim uma não-sociedade (Allott, 1999: 35).

⁸¹ A doutrina tende a tratar com bonomia todas as críticas ao conceito de soberania, reconhecendo com facilidade os seus perigos e limitações, mas insistindo no facto de, não obstante, o princípio se encontrar solidamente ancorado no direito positivo (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 420).

⁸² Já na Antiguidade Clássica se afirmava que as leis são *um elemento comum, regulado e idêntico para todos* [...] *As leis visam o justo, o belo, o útil* (Demóstenes, 1969: 32).

⁸³ Michael Perry vai mais longe considerando que, nas democracias liberais, a igualdade não apenas é uma exigência básica como é necessariamente a primeira preocupação.

eficiente (a escravatura é disso um exemplo histórico), mas não pode reclamar-se a um princípio de justiça.

Na verdade, toda a hierarquia é atentatória da dignidade. A hierarquia impõe, subjuga, menoriza.

Naturalmente que toda a ordenação supõe alguma capacidade de impor comportamentos (supõe, portanto, fenómenos de poder). E essa capacidade de impor acaba por se estruturar em termos institucionais, resultando numa hierarquia. Por isso é que o poder e as hierarquias que o institucionalizam carecem de justificação (têm de ser legitimados).

Burdeau lembra que os homens inventaram o Estado para não terem de obedecer aos homens (Burdeau, 1970: 17). De facto, o que distingue o Estado de outros fenómenos de poder é que ele é uma estrutura de poder necessária ao funcionamento da comunidade. Ele é um requisito da existência e subsistência de uma comunidade (que dele necessita como instrumento de ordenação), nela encontrando, portanto, o fundamento e a legitimação. Donde, a sujeição ao poder estadual não aparece como um domínio de homens, uns sobre os outros, mas tão só como uma exigência (permanentemente controlada) do funcionamento da comunidade, a qual surge e subsiste no próprio interesse de cada um dos seus membros. E, por isso, porque o exercício do poder público se legitima na comunidade sobre a qual se exerce, não estabelece uma hierarquia entre pessoas, mas traduz apenas o exercício necessário de uma função essencial.

[41]

O que acontece é que a situação que acabamos de descrever funciona apenas no quadro interno dos Estados, não havendo no quadro internacional uma instituição de poder que torne possível a mesma abordagem.

A doutrina política reconhece a existência de uma comunidade internacional. Mas, logo aí, surgem divergências sobre a sua natureza inter-estadual ou universal⁸⁴. A

⁸⁴ A partir da II GM, acentuou-se – embora ainda de forma lenta – a alteração do paradigma internacional de uma sociedade composta por Estados soberanos independentes para uma comunidade internacional, interdependente, co-responsável e solidária (Cottier, Hertig, 2003: 270).

afirmação do princípio da soberania dos Estados revela a prevalência da primeira alternativa (como indica, aliás, a designação inter-nacional que é utilizada): exteriormente à ordem interna dos Estados – chamemos-lhe a realidade transnacional – existe uma ordem entre Estados⁸⁵. Essa ordem, como todas as ordens que se reclamam jurídicas, tem de ser uma ordem entre iguais.

A exigência não é apenas formal. Não se trata de replicar um princípio que encontramos internamente nas ordens jurídicas (nacionais) conhecidas. Trata-se efectivamente de uma exigência de justiça que pode ser reconduzida aos indivíduos (que formam as ordens nacionais e que integram a ordem transnacional – através dos respectivos Estados, segundo a perspectiva tradicional). A admitir-se outra situação que não fosse a igualdade entre os Estados, estar-se-iam a consagrar diferentes dignidades para as diferentes comunidades⁸⁶, o que redundaria numa intolerável diferenciação dos indivíduos que as compõem.

Assim sendo, a igualdade dos Estados, surge como uma exigência do respeito pela igualdade dos seus membros (Danchin, 2009: 32) a qual, como vimos, é uma exigência da justiça⁸⁷ em que se funda o funcionamento das comunidades humanas. A CNU viria aliás a consagrar o princípio da soberania enquadrado com o da igualdade

⁸⁵ O facto de a ordem internacional ser fundamentalmente uma ordem entre Estados torna impensável que – pelo menos num futuro próximo – os mecanismos de poder a este nível possam desenvolver-se sem a intervenção dominante desses mesmos Estados. Acontece que a prática ou o comportamento de alguns governos introduz um risco importante que apenas pode ser minimizado ou contornado por via da criação ou fortalecimento de instituições independentes (*maxime* de tribunais) que defendam efectivamente os interesses dos povos – em especial quando eles não coincidam com os dos governos que juridicamente os representam (Schermers, 1997: 128).

⁸⁶ A importância da igualdade nas relações entre os Estados foi muito claramente percebida por Monnet, no final da guerra, como condição básica da paz na Europa. Escrevia ele, numa carta ao chanceler Adenauer: *A paz não pode fundar-se senão na igualdade. Nós falhamos na construção da paz em 1919 porque introduzimos discriminação e espírito de superioridade. Estamos agora a ponto de repetir os mesmos erros* (Monnet, 1976: 410).

⁸⁷ A igualdade dos Estados impõe – ou, pelo menos, justifica – que o peso destes nas decisões seja equivalente, independentemente da sua contribuição para o funcionamento da organização ou do número de cidadãos que compõem o Estado. Este princípio começ, todavia, a ser questionável, quando se aborda o problema legislativo. Tratando-se de determinar regras de comportamento, é dificilmente defensável que o voto de todos os Estados seja equivalente (sob pena de os cidadãos dos pequenos Estados assumirem uma influência muito superior aos dos grandes Estados). O problema tem sido evitado no âmbito universal, através da inexistência de competências normativas (Schermers, 1997: 115). Na UE impôs-se, contudo, uma ponderação de votos nas deliberações do Conselho (art. 16.º/4 TUE e 238.º/2 TFUE).

(art. 2.º/1), surgindo na doutrina uma convergência no sentido de interpretar esta norma considerando que a soberania implica pelo menos que os direitos soberanos de cada Estado sejam limitados pelos direitos dos outros (Pentassuglia, 2002: 303).

Ora, na falta de uma estrutura política que ordene e personalize a comunidade internacional, a igualdade dos Estados implica a respectiva independência⁸⁸. E a conjugação destes dois elementos corresponde às manifestações externas da soberania.

A persistência do princípio da soberania no plano internacional funda-se, portanto, na necessidade de garantir a igualdade entre os Estados, a qual, como vimos, pode ser por sua vez, encarada como uma exigência de justiça⁸⁹.

1.3.3.2 A erosão do princípio da soberania

The time of absolute and exclusive sovereignty, however, has passed; its theory was never matched by reality. Boutros-Ghali (UN, 1992: § 17)

[42]

Justificada a resistência do princípio da soberania no âmbito internacional, vejamos então aquelas que nos parecem ser as principais circunstâncias que, não obstante, questionam directamente esse princípio.

Não é nossa ambição fazer um levantamento exaustivo de todas as agressões que o princípio vem sofrendo. Limitar-nos-emos antes a indicar aquelas que nos parecem mais relevantes (especialmente na medida em que questionem a natureza hierárquica da ordenação, instituída pela soberania).

Começaremos então por referir um fenómeno cuja origem remonta ao início do século passado, por influência anglo-saxónica: a gradualização do conceito de

⁸⁸ O princípio da soberania é frequentemente assimilado ao princípio da independência (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 420). E não estando estes subordinados a qualquer autoridade, são juridicamente iguais (ibidem: 425).

⁸⁹ A função jurídica básica não nos deve naturalmente fazer esquecer que o princípio constitui também uma componente essencial da manutenção da paz e segurança internacionais (ICISS, 2001b: 5).

soberania [43]-[47]. Depois, usando o conceito de revoluções da soberania (Philpott, 2001), faremos referência a três situações distintas que, num plano formal, puseram em causa a autoridade exclusiva do poder estadual: a regulação do recurso à força [49], o reconhecimento positivo dos direitos humanos [54] e os fenómenos de integração regional que surgiram no quadro da globalização e da interdependência [61]. Terminaremos com a referência a uma circunstância recentemente constatada que questiona materialmente o princípio da soberania: o pluralismo jurídico [74].

1.3.3.2.1 Gradualização do princípio

Most evil in the world, like most good, is caused by people and often by people with government powers. Often these people are uncontrolled. As long as they are not answerable to others, they can act as they please. In the international field they block accountability by invoking state immunity and the rule of international law that other states and international bodies are not permitted to interfere in the internal matters of their states and with respect to their population (Schermers, 1997: 123)

[43]

Vimos atrás como a institucionalização do poder estadual e o seu exercício se tornam legítimos, na medida em que respondem a uma necessidade colectiva [40]. Tínhamos também visto como a afirmação da soberania implicou a recusa de qualquer autoridade exterior ao Estado [23].

Acontece que, no início do século XX, os Estados entendem, quiçá pela primeira vez na História⁹⁰, ser necessário contrariar a tendência agressiva mútua que havia resultado na I GM. É o advento do internacionalismo, marcado pela criação da

⁹⁰ A busca da paz é uma preocupação doutrinária secular, podendo encontrar-se desde a Idade Média importantes reflexões sobre a guerra justa (em especial em S. Agostinho e S. Tomás de Aquino). Essa preocupação permanecerá, ressurgindo em obras essenciais como o *De Jure Belli ac Pacis* (1625) com que Grotius marcará o início da modernidade. Assim, quando aqui nos referimos à primeira tentativa de contrariar a tendência agressiva dos Estados, estamos a referir-nos ao esforço levado a cabo por Estados, agindo em termos colectivos, É apenas aqui que surge a novidade.

SDN. Esta instituição foi já muito marcada pela cultura política anglo-saxónica (britânica e norte-americana) que defendia uma concepção gradualista de soberania, oposta à concepção alemã que nela via a afirmação do Estado como um fim em si mesmo (Shinoda, 2000: 63).

A iniciativa do lançamento de estruturas organizativas votadas à pacificação das relações internacionais surge a par de outras que denotam a consciência genérica da necessidade de sujeitar estas a uma ordem jurídica⁹¹. E, no seu conjunto, representam uma gradualização do conceito de soberania, no sentido em que não se pretendeu uma transferência da prerrogativa soberana para a esfera internacional, mas, em todo o caso, criaram-se regras e estruturas a esse nível que se impunham aos Estados⁹², pondo fim ao carácter último e absoluto do seu poder⁹³.

[44]

Perante esta situação, alguma doutrina questionar-se-á sobre a verdadeira natureza da soberania: será esta como a propriedade – que apenas se perde a favor de alguém – ou como a virgindade, cuja perda não implica qualquer transferência, mas que, dentro do circunstancialismo devido, pode até ser motivo de celebração? (MacCormick, 1989: 126)

⁹¹ A doutrina e a jurisprudência vão acolher esta situação num entendimento, segundo o qual é a própria soberania que depende da sujeição ao direito internacional (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 421). O raciocínio assenta no *dictum* do TIJ no caso *Wimbledon* (ac. 17.8.1923, *Rec. série A*, p. 15-34), segundo o qual é por ser soberano que o Estado pode assumir obrigações internacionais, não podendo, portanto, desobrigar-se destas, invocando a soberania (p. 25). Embora atractiva no seu rigor formal, esta lógica parece-nos pelo menos insuficiente, pois deixa de fora todas as obrigações internacionais que não tenham sido formalmente assumidas.

⁹² A perspectiva gradualista tende a afastar-se da visão francesa (actualizada pela revolução) que insiste no carácter originário e absoluto do poder soberano, adoptando uma concepção mais operativa, na qual a soberania começa por se consubstanciar na qualidade de sujeito de direito internacional (Danchin, 2009: 27). Alguma doutrina aplica o conceito de gradualização ao constitucionalismo em vez de o dirigir à soberania (Segura-Serrano, 2009: 6), mas em sentido coincidente.

⁹³ Mesmo quando analisada a situação apenas sob a perspectiva das obrigações convencionais assumidas pelos Estados, verifica-se que, hoje em dia, estes estão vinculados a um número muito elevado de acordos que não apenas definem ou estruturam as relações internacionais, mas também – e cada vez mais – enformam a sua ordem jurídica interna (Cottier, Hertig, 1993: 268). Para além disso, em consequência dos diferentes quadros convencionais começam a surgir todos os elementos de um direito administrativo (internacional): organizações revestidas de autoridade, capazes de adoptar decisões que se impõem aos seus destinatários, beneficiando de mecanismos jurisdicionais capazes de resolver eventuais disputas (Cassese, 2005: 668).

[45]

A perspectiva hierárquica tradicional, de origem francesa, apontaria para um entendimento equivalente à propriedade. A velha classificação dos Estados em unitários, federais e confederais que vimos atrás – [38] – visava exactamente agregar todas as formas de poder estadual, identificando o nível em que se situava a prerrogativa soberana. À imagem de um direito de propriedade, definia-se a sua titularidade (considerando-se as demais situações como sendo de mera tolerância) e com isso se mantinha o carácter hierárquico do sistema.

Esta perspectiva tem a seu favor, além da inércia histórica, um outro argumento. É que há, de facto, uma relação íntima entre soberania e democracia: a afirmação da comunidade enquanto fonte legitimadora⁹⁴ do poder parece implicar que essa mesma comunidade constitua a própria origem do poder. Nisto reside o princípio da soberania popular, caro ao pensamento democrático. Ora, esta identificação justifica que toda a erosão de soberania possa sentir-se como uma erosão da democracia⁹⁵ (ou, pelo menos, uma agressão, ou um risco).

[46]

A doutrina anglo-saxónica defende, no entanto, que as perdas de soberania não tenham de implicar a sua transferência. É neste enquadramento – mais prático e menos severo nos princípios⁹⁶, como é nota do utilitarismo britânico – que surge a Sociedade

⁹⁴ A questão da legitimidade do poder debruça-se sobre aquilo que torna o seu exercício devido, que o autoriza ou fundamenta. Assim, os conceitos tradicionais de teocracia, aristocracia, tecnocracia ou democracia prendem-se com a noção de que o exercício do poder se justifica respectivamente na vontade divina, no nascimento, em excepcionais qualidades ou conhecimentos, ou, finalmente, na vontade do povo (Lord, Magette, 2004: 184).

⁹⁵ O argumento é corrente na doutrina: *o Estado é o locus da democracia. Se abandonarmos o Estado, a democracia sofrerá uma erosão, surgindo uma tecnocracia internacional que dialogará apenas com as burocracias nacionais* (Cassese, 2005: 688).

⁹⁶ Talvez a concepção mais comedida do conceito de soberania seja a de Sampford para quem se trata apenas do direito de todo o povo participar e beneficiar de uma comunidade política independente – o que constituirá um verdadeiro direito fundamental, na medida em que garante a coexistência de diferentes concepções da vida social (Danchin, 2009: 29).

das Nações e, mais tarde, a Organização das Nações Unidas⁹⁷. São as bases institucionais de um processo de ordenação do meio internacional⁹⁸.

E assim, tal como a perda da virgindade pode, dentro do circunstancialismo devido, ser motivo de celebração, também esta evolução histórica, sendo agressiva para o conceito, pode ser acolhida com agrado, desde logo, se permitir minimizar as condições de agressão⁹⁹. Mas não só: trata-se (como no casamento) da criação de um quadro estável de entendimento que poderá frutificar em outros níveis¹⁰⁰.

Este paralelismo pode colocar-se em todos os processos em que são criadas instituições internacionais cuja acção possa envolver algum tipo de imposição sobre os Estados, seja, portanto, o quadro universal (como a ONU ou a OMC¹⁰¹) ou regional (como aconteceu na Europa, depois da II GM). Na medida em que esses processos possam ser encarados como sinais positivos¹⁰² para o futuro¹⁰³, as perdas ou limitações

⁹⁷ O uso da expressão *nós, os povos das nações unidas*, no preâmbulo da CNU, pese embora na altura tenha surgido de forma pouco marcante, não deixou de assinalar o objectivo da criação de uma ordem universal (Schermers, 1997: 111).

⁹⁸ Numa posição raramente assumida na doutrina, Allott afirma que o direito interno é parte integrante do sistema jurídico internacional, sendo o direito internacional que determina os participantes no sistema (nomeadamente por via do reconhecimento), e determina também a distribuição da autoridade constitucional (Allott, 1999: 37). Em sentido complementar, Piere-Marie Dupuy analisa os termos em que a CNU configura natureza constitucional, a partir da identificação das regras que assumem carácter peremptório (Dupuy, 1997: 4).

⁹⁹ *Quanto menos virtuosos nos europeus uma qualidade inata de civilização, mais valorizaremos as instituições que evitem que eles se matem uns aos outros e que diminuam o risco de o patriotismo degenerar em conflitos violentos* (Corner, 2008: 9).

¹⁰⁰ Não fará muito sentido insistir no paralelismo da imagem, de qualquer forma, quando nos referimos aqui aos frutos prováveis das perdas ou limitações da soberania, temos naturalmente em vista o imenso conjunto de actos internacionais (desde convenções a acórdãos, passando pelas decisões e resoluções dos diferentes órgãos) que progressivamente vão dando forma a uma ordem internacional capaz de se reclamar da qualidade jurídica.

¹⁰¹ A introdução no quadro da OMC de um mecanismo de regulação de conflitos (com capacidade não apenas de decidir, mas ainda de autorizar medidas com carácter retaliatório e sancionatório) constituiu um passo muito significativo em termos de ordenação internacional (e de sujeição dos Estados).

¹⁰² O desenvolvimento do nível internacional no pós II GM, muito embora resultante da interdependência – a que nos referiremos adiante [63] –, constituiu uma resposta às incapacidades reveladas pelos Estados em diversas matérias (como o desenvolvimento económico ou os direitos humanos), consistindo essencialmente na introdução de um novo nível de verificações e equilíbrios (*checks and balances*), limitando o poder dos Estados soberanos (Cottier, Hertig, 2003: 267).

¹⁰³ Assim, algumas alterações nas perspectivas tradicionais do poder político – como seja o acolhimento do princípio da subsidiariedade (e bem assim, diríamos nós, os mecanismos de controlo do cumprimento das obrigações ou os esforços institucionalizados de solidariedade) – são susceptíveis de

de soberania não têm de causar escândalo, mas, pelo contrário, devem ser aplaudidas¹⁰⁴.

O gradualismo resulta, portanto, do esforço em perspectivar diferentes níveis de exercício de poder de forma coerente no quadro de um sistema global que não é estático (Cottier, Hertig, 2003: 264).

Isto é o oposto da visão tradicional que reduzia todo o poder ao soberano, livre, no plano interno, e igual e independente, no plano internacional.

A visão gradualista da soberania sublinha uma outra realidade que contraria na essência a perspectiva tradicional: é que um verdadeiro Estado de direito não está subordinado a nenhuma autoridade soberana, exterior e superior ao direito (MacCormick, 1989: 129). Ou – usando a expressão de Freud retomada por Kelsen – a democracia é uma comunidade sem pai (*vaterlose Gesellschaft*), ou órfã (Roermund, 1997: 367).

[47]

A questão da natureza da soberania prende-se ainda com o facto de o seu entendimento em termos absolutos (equivalente ao direito de propriedade) forçar ou autorizar um princípio de hierarquia. E toda a hierarquia tende a apagar as diferenças. Dito de outra forma: quando a unidade se constrói em volta de um princípio hierárquico, o poder sentir-se-á, mais cedo ou mais tarde, tentado a eliminar a diversidade, vendo nela, mais do que uma contrariedade, um perigo.

A perspectiva da soberania em termos graduais implica, pelo contrário, a possibilidade da acomodação das diferenças.

apontar para níveis de democracia qualitativamente superiores àqueles que observamos no quadro do respeito pelo princípio da soberania, demonstrando como a realidade futura possível é claramente preferível aos mitos nostálgicos do passado (MacCormick, 1989: 126).

¹⁰⁴ A perspectiva gradualista parte da seguinte constatação de base: *seria incoerente pretender que a soberania reclame independência total. Seria verdade afirmar que a soberania se perde se o Estado se vê sujeito a demasiada regulação por parte do direito internacional ou colocado perante demasiada pressão externa* (Endicott, 2010: 252). A soberania situar-se-á, portanto, num ponto de equilíbrio, entre o pretendido carácter absoluto e o despojamento da capacidade de determinar minimamente o funcionamento da comunidade. E nesse ponto deparamos com um Estado internacionalmente limitado (Canotilho, 2003: 369).

Mas também é verdade que, fora de um enquadramento hierárquico, o poder necessariamente enfraquecido, arrisca-se a ser incapaz de conter a desordem.

Haverá ordem, para lá da hierarquia?

1.3.3.2 Revoluções de soberania

The doctrine of national sovereignty in its absolute and unqualified form, which gave rulers protection against attack from without while engaged within in the most brutal assault on their own citizens, has gone with the wind (Thakur, 2001: 35).

[48]

Vista que está a gradualização da soberania, passemos então àquelas que apontamos como as dificuldades seguintes que o conceito vem sofrendo: as revoluções da soberania.

O termo refere-se às circunstâncias que desafiam directamente a autoridade suprema do Estado no respectivo território (Philpott, 2001: 3 ss.) – que questionam a principal qualidade soberana, portanto. Usá-lo-emos, todavia, sem a preocupação de nos atermos às situações – e menos ainda à abordagem – apresentada na análise académica referida¹⁰⁵.

Assim, tal como indicamos anteriormente [42], vamo-nos concentrar sucessivamente em três revoluções de soberania, que reputamos particularmente significativas: a regulação do recurso à força – [49]-[53] – o regime internacional dos direitos humanos [54]-[60] e os fenómenos de globalização, interdependência e integração regional [61].

¹⁰⁵ Não pretendemos pôr em causa a qualidade do estudo do Prof. Philpott, nem sequer visamos introduzir qualquer demarcação da perspectiva filosófica, ideológica ou de outra natureza. Pretendemos tão-só usar o conceito avançado na obra referenciada – que nos parece interessante pela forma como coloca e aborda a questão dos desafios contemporâneos da soberania –, sem, todavia, nos sentirmos obrigados a mantê-lo no quadro de análise proposto.

a. A regulação do regime do recurso à força

Il n'y a pas d'État (ou de souverain) qui ne désire s'assurer une paix durable, en dominant le monde entier, s'il était possible (Kant, 1988: 51)

[49]

A regulação daquilo que, na análise internacional, se costuma designar pelo recurso à força prende-se com duas questões essenciais em qualquer ordem jurídica: a coerção e a tutela – e em especial, a auto-tutela – dos direitos.

Os manuais de introdução ao direito explicam normalmente como a coercibilidade não é uma característica das regras jurídicas, mas tão só uma exigência de eficácia da própria ordem (Machado, 1983: 41). Explicam também como o bom funcionamento da ordem jurídica pressupõe uma proibição genérica da auto-tutela dos direitos, impondo, portanto, o recurso a autoridades independentes na resolução dos conflitos.

Estas duas exigências são pacíficas na doutrina e constituem práticas incontestadas nas ordens jurídicas internas dos Estados. Elas são simultaneamente decorrências do princípio da soberania: a concentração do poder no soberano (com vista à pacificação das sociedades) supôs a afirmação do monopólio do uso da força legítima no estabelecimento da ordem (Weber, 1978: 54). Esta tornar-se-á a marca primeira da estadualidade soberana (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 424), já que se manifestava não apenas internamente, mas também no plano internacional (MacCormick, 1995: 261).

Assim, depois de um anterior esforço de enquadramento da regulação da força no quadro da SDN¹⁰⁶, a CNU veio, depois da II GM, proibir o recurso à força nas

¹⁰⁶ Em rigor, esse enquadramento é anterior. Em 1902, a Itália, a Alemanha e o Reino Unido levaram a cabo uma operação de represálias contra a Venezuela que, assolada por uma crise financeira surgida na sequência de uma guerra civil, havia suspenso o pagamento das dívidas a cidadãos estrangeiros. A operação consistiu no bloqueio marítimo e bombardeamento dos portos. Drago, ministro dos estrangeiros da Argentina, veio publicamente condenar a intervenção, afirmando a ilegalidade do uso da força na cobrança de dívidas. Porter, representante norte-americano na conferência da Haia, empenhou-se no sentido de obter o acolhimento convencional dessa limitação, ficando, por isso, conhecida a segunda convenção da Haia de 1907 como Convenção Drago-Porter. Esta terá sido a primeira limitação convencional do recurso à força.

relações internacionais (art. 2.º/4)¹⁰⁷. Melhor ainda, veio sujeitar o uso da força a uma autorização do Conselho de Segurança.

Não se tratou de transferir a prerrogativa para o nível internacional: os Estados permaneceram as únicas entidades a quem se reconhece legitimidade para criarem e manterem forças armadas. Apenas o seu uso no âmbito internacional está dependente do assentimento das Nações Unidas. É, portanto, mais uma vez, uma situação intermédia que agride directamente uma das características tradicionais da prerrogativa soberana: o monopólio do uso da força.

[50]

A revolução da soberania decorrente do regime do uso da força introduzido com a CNU não se ficou, todavia, pela proibição genérica do seu uso (impondo o assentimento do Conselho de Segurança). A aplicação concreta do regime alterou-o [51] e densificou-o [52].

[51]

A alteração essencial consistiu no facto de a CNU prever que o uso da força fosse directamente controlado e dirigido por um órgão interno – uma Comissão de Estado-Maior – nos termos de uma convenção a estabelecer com os Estados-membros (art. 43.º e 45.º). A guerra fria impediu, todavia, a criação de condições que permitissem a celebração da convenção prevista ou a criação da comissão. E assim, na prática, o controlo pelas Nações Unidas do uso da força veio a ser menor do que o

O Pacto das Nações, surgido na sequência da I GM refere já no seu preâmbulo que os Estados aceitam determinadas obrigações de não recorrerem à força e especifica a ilicitude de determinadas guerras: as guerras de agressão e bem assim aquelas que fossem desencadeadas sem que tivesse sido tentada a regulação pacífica do diferendo, as dirigidas contra Estados que cumprissem decisões arbitrais ou jurisdicionais ou seguissem as recomendações do Conselho.

Este regime veio a ser alargado com a Convenção de Paris de 1928 – conhecida como Pacto Briand-Kellog – que proibia o recurso à força. O pacto veio a conhecer um assentimento muito alargado (63 países, em 1939, o que correspondia, à época, a uma percentagem muito elevada dos Estados existentes), mas poucos Estados se vincularam simultaneamente ao Acto Geral de Arbitragem, de 1928, que constituía o principal mecanismo de controlo dos compromissos convencionais (Nguyen Quoc, Dailier, Pellet, 1999: 893 ss).

¹⁰⁷ O TIJ no ac. 27.6.1986, relativo às *actividades militares e paramilitares na Nicarágua*, veio a considerar que a proibição do recurso à força integra também uma regra consuetudinária (§ 188 e 189).

previsto na CNU, limitando-se à concessão da autorização, quando as partes insistiam em não cumprir as determinações do Conselho de Segurança.

Em todo o caso, o regime da CNU previa que o uso da força ocorresse apenas depois de constatada pelo Conselho de Segurança a existência de uma *ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão* (art. 39.º) e bem assim da insuficiência de outras medidas decretadas (art. 42.º). Na prática, todavia, o procedimento também não foi cumprido, por dificuldades no próprio Conselho de Segurança. E assim, deixando de fora a situação da Coreia (em que o assentimento foi obtido graças à ausência soviética – numa atitude de protesto que não repetiria), o conjunto das situações em que o uso da força surgiu no quadro de uma autorização (Iraque, Somália, Haiti, Ruanda, Bósnia, Cambodja, Libéria, etc.), ocorreu já depois da queda do muro de Berlim, ou seja, a partir dos anos 90.

[52]

Na maioria destas situações, contudo, para além da questão de segurança propriamente dita, levantavam-se problemas humanitários (em especial, na Somália, Ruanda ou Bósnia). Ora, a protecção das populações não consistia num dos fundamentos previsto na carta para a autorização do uso da força. No entanto, face à gravidade das situações, não era possível a invocação formal do regime e por isso, a prática consagrou essa nova justificação, que consistiu assim numa densificação importante do mesmo.

A questão assumiu tal urgência que o secretário-geral Kofi Annan desafiou a comunidade internacional a procurar um consenso sobre os termos em que se deveria reagir nos casos de violações massivas de direitos humanos e direito humanitário. Em resposta, na sessão comemorativa do milénio da Assembleia Geral da Nações Unidas, de Setembro de 2000, o primeiro ministro canadiano Jean Chrétien anunciou a criação da ICISS (*International Commission on Intervention and State Sovereignty*), a qual apresentaria o seu relatório em Dezembro de 2001. Deste resulta, claramente afirmada, uma obrigação genérica de proteger as populações, a qual ficou conhecida, na doutrina

e nas instâncias internacionais, como *R2P (Responsibility to Protect)* e constitui actualmente uma das ideias mais fortes nas relações internacionais (Weiss, 2006: 741).

O conceito e as ideias base da *R2P* vieram a ser acolhidos na Cimeira Mundial de 2005 das Nações Unidas (A/RES/60/1, § 138-139)¹⁰⁸, que reuniu os chefes de Estado e de governo¹⁰⁹. Tratou-se genericamente de reconhecer que o interesse dos seres humanos se sobrepõe, por vezes, à ideia de soberania¹¹⁰ plasmada no art. 2.º/7 da CNU – que impede a ingerência nos assuntos internos dos Estados (Weiss, 2006: 742). A ideia é simples – é até dificilmente questionável nessa simplicidade –, mas constitui uma evidente revolução da soberania, por contrariar aquela que é a consequência mais relevante do princípio nas relações internacionais.

[53]

Todas estas alterações do regime internacional relativo ao uso da força revelam ainda algo mais do que uma erosão do princípio da soberania. Revelam também uma consciencialização progressiva de valores universais (sejam eles, a paz e a segurança internacionais ou a obrigação genérica de protecção das populações vítimas de agressões sistemáticas), os quais, por sua vez, constituem limites ao princípio da soberania (e suas consequências ou manifestações essenciais). E a mera admissão de limites impõe o afastamento da perspectiva absoluta do princípio, levando-nos necessariamente para abordagens muito mais flexíveis.

Esta flexibilidade na forma como se encara actualmente o conceito de soberania tem de transpor-se também para a perspectiva hierárquica que resultava do princípio. Na verdade, começa a tornar-se incontornável a aceitação de que, afinal, o

¹⁰⁸ Os dois parágrafos da Resolução da Assembleia-Geral ficam todavia aquém do documento, bastando para efeitos de comparação usar o quadro sinóptico do relatório (ICISS, 2001: XI), que indica os princípios básicos, fundamentos, os elementos (ou âmbito), exigências específicas e princípios operacionais.

¹⁰⁹ O conteúdo do relatório da ICISS – que surgiu sob o título *Responsibility to Protect* – mereceu também um acolhimento generalizado na opinião pública e na doutrina, sendo-lhe reconhecida, mesmo pelos opositores, uma influência moral muito importante (Weiss, 2006: 743).

¹¹⁰ O próprio TIJ havia já reconhecido no acórdão de 27.06.1986 (no caso relativo às *actividades militares e paramilitares na Nicarágua*) que o fornecimento de ajuda estritamente humanitária a pessoas ou forças situadas noutro país não deve ser considerado como uma intervenção ilícita (CIJ, *Rec.*, 1998, p. 124-125).

mundo não é constituído por comunidades organizadas em Estados, cada uma delas com a sua ordem jurídica independente.

O regime do uso da força que se vem desenhando nas últimas décadas revela ainda a vontade de, lenta mas progressivamente, se edificarem estruturas internacionais que disciplinem os Estados nas suas intervenções (internas ou internacionais) mais escandalosas. Surgem, portanto, indícios de uma ordenação internacional fundada em práticas generalizadas e em valores universais, votada à agregação dos meios necessários para impor o respeito mínimo destes. Esta ordenação, muito embora questione o monopólio da força legítima reclamado pelos Estados no quadro da soberania, não parece pretender chamar a si tal prerrogativa. Pelo contrário, parece apenas pôr em causa que a força seja objecto de monopólio.

b. O regime internacional dos direitos humanos

If humanitarian intervention is, indeed, an unacceptable assault on sovereignty, how should we respond to a Rwanda, to a Srebrenica – to gross and systematic violations of human rights that affect every precept of our common humanity? Kofi Annan (ICISS, 2001a: VII)

[54]

Prosseguindo o caminho que vimos traçando, vejamos então a segunda revolução de soberania – a que fizemos já referência [48] – e que surge ainda no quadro dos direitos humanos, ligada, portanto, ao âmbito que acabamos de analisar.

A abordagem que fizemos anteriormente dos direitos humanos prendeu-se apenas com os termos em que a sua violação sistemática conduziu a uma importante alteração do regime internacional do uso da força.

Vamos agora ver como o reconhecimento dos direitos humanos e o regime criado para sua protecção contrariou o princípio da soberania e a ordenação hierárquica que dele decorria.

A noção de direitos fundamentais ou de direitos humanos é muito antiga, podendo a sua origem ser atribuída à Antiguidade Clássica. De qualquer forma, a preocupação da sua positivação e salvaguarda essencial é marca do constitucionalismo que tomou forma ao longo do século XIX. Todas as constituições integram um regime de protecção de direitos fundamentais ou, se o não fazem, reconhecem dignidade

constitucional (formal e material) aos diplomas reguladores da matéria. A constitucionalização dos direitos fundamentais parecia, por isso, evidenciar-lhe uma relevância nacional.

Essa seria certamente a concepção original do final do século XVIII e princípios do século XIX. Acontece, todavia, que a História demonstrou, logo no início do século XX, como a mera consagração constitucional não impedia os Estados de realizarem violações sistemáticas dos direitos fundamentais. E, por isso, no final da II GM, a ONU reflecte já uma preocupação importante na matéria, a qual redundará na aprovação pela Assembleia Geral da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Este documento não tinha, no entanto, um carácter juridicamente vinculativo, pelo menos no plano formal, uma vez que aquele órgão não tinha nem tem competência para adoptar actos dessa natureza. Por isso, a matéria foi objecto de importantes desenvolvimentos ao longo de toda a segunda metade do século, através da elaboração de uma série muito importante de convenções universais (cf. infra, nota 117). Estas convenções não apenas ultrapassavam essa limitação, como também integravam mecanismos de controlo das obrigações das partes.

[55]

O acolhimento internacional dos direitos humanos revela assim consequências que afectaram directamente a concepção tradicional da soberania dos Estados.

A primeira – e talvez a mais importante – terá sido a da constatação e afirmação do fundamento moral universal dos direitos humanos: estes valem por si mesmos (Raz, 2009: 13). Trata-se, de alguma forma, do retorno à concepção de comunidade humana introduzida pelo cristianismo (Bogdandy, Dellavalle, 2008: 38; Huntzinger, 1987: 24), a qual havia sido posta em causa com a Reforma (que coincide com o advento da soberania) e, mais tarde, novamente com o surgimento dos nacionalismos¹¹¹ – resultante da introdução da ideia de Estado-nação (Mitrany, 1943: 9), ao longo do século XIX.

¹¹¹ O nacionalismo corresponde no essencial a uma teoria segundo a qual a pertença dos indivíduos a uma nação se funda na sua história, no seu destino e também na sua cultura, todos eles específicos ou particulares, que, por o serem, geram a necessária coesão política. Daqui decorrem as

Este aspecto, embora de carácter genérico, tem um grande significado. É que a exclusividade do poder soberano fundava-se no pressuposto da inexistência de qualquer entidade além do Estado, capaz de definir e controlar o comportamento deste¹¹². Foi nesse enquadramento que se afirmou que *a Nação tem sempre razão* (Sieyès, 1969: 275). No entanto, quando a defesa da dignidade humana impôs uma referência extra-nacional, isso implicou o *outsourcing* parcial de funções constitucionais – na expressão de Biaggini (Cottier, Hertig, 2003: 269).

[56]

A segunda consequência da internacionalização dos direitos fundamentais é a de gerar para os Estados toda uma série de obrigações, quer negativas quer positivas.

É claro que cabe aqui o argumento formal de que os tratados internacionais – e sendo assim, também aqueles que consagram direitos fundamentais – apenas produzem as obrigações para as partes. O mesmo é dizer que só assumem tais obrigações os Estados que livremente se tenham vinculado.

Em regra, este raciocínio não merecerá qualquer crítica. Todavia, no âmbito dos direitos fundamentais vem ganhando cada vez maior aceitação o entendimento de que, senão todos, pelo menos os mais importantes tratados são vinculativos, mesmo para os Estados que não tenham manifestado expressamente a vontade nesse sentido, tornando-se partes dos mesmos. É que se o seu fundamento moral é universal, o dever ser não depende do assentimento.

Para se perceber correctamente essa situação bastará atentarmos naquela que foi a primeira convenção na matéria: a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 9 de Dezembro de 1948. No art. 1.º refere-se que as partes *confirmam que o genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é*

pulsões de solidariedade e inclusão no plano interno e as tendências de conflito e exclusão no plano externo (Bogdandy, Dellavalle, 2008: 30). Deve ter-se presente que o nacionalismo chegou mesmo a contaminar a prática marxista (Anderson, 1991: 2), revelando-se uma autêntica patologia da história do desenvolvimento moderno. O próprio conceito de Estado-nação ao pressupor uma identidade histórica, linguística, tradicional e cultural (Augenstein, 2008: 7) imprime, só por si, uma nota nacionalista no discurso.

¹¹² Tal como vimos anteriormente [23] a afirmação do princípio, no século XVI, visava, entre outros efeitos, o afastamento da influência da Igreja.

um crime do direito dos povos, Reparar-se-á certamente que as partes não declaram nem aceitam: limitam-se a confirmar; ou seja, a constatar algo que não dependia do seu assentimento.

Não podia, aliás, ser de outra maneira: o Tribunal de Nuremberga havia condenado os criminosos nazis em penas que atingiram a própria pena de morte, aplicando aqueles princípios. Isso significava que o seu reconhecimento numa convenção posterior se tinha de fazer sem afectar o carácter vinculativo anteriormente afirmado.

No mesmo sentido, será difícil que, nos nossos dias, alguém defenda que o respeito pelos principais direitos fundamentais esteja na livre disposição dos Estados. Pelo contrário, porque se trata de direitos indisponíveis, vem-se desenvolvendo o entendimento de que assumem a qualidade de direito imperativo ou *ius cogens*¹¹³ (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 204).

Mesmo que abordemos a situação fora da perspectiva jurídico-vinculativa, permanece válida a constatação de que os Estados, em razão apenas da sua participação na vida internacional, sofrem pressões muito consideráveis, no sentido de adoptarem os comportamentos tidos como devidos. É o fenómeno da socialização (Berman, 2007: 1176, Goodman, Jinks, 2005: 983; Risse, 2000: 28), o qual se torna tanto mais evidente quanto mais o carácter moral seja inquestionável, como é o caso dos direitos fundamentais – que, por definição, constituem máximas de moralidade política¹¹⁴ (Perry, 2010: 161), no sentido em que são sincronicamente universais (Raz, 2009: 15).

Assim sendo, parece claro que, mesmo que admitamos diferentes graus de vinculação, o regime internacional dos direitos humanos impõe ao conjunto dos

¹¹³ O caso do *apartheid* na África do Sul foi tratado de forma distinta (importa não esquecer, entre outros elementos, que a Convenção de Viena que introduziu a noção de *ius cogens* data de 1969 – pelo que a sua interiorização no discurso jurídico internacional é muito recente). Assim, o Conselho de Segurança considerou que tal prática, muito embora interna àquele país, constituía uma ameaça à paz e à segurança internacionais, justificando assim a adopção de medidas vinculativas. Nesse sentido, foi inicialmente decretado um embargo à venda de armas, o qual progressivamente veio a alargar-se até configurar um boicote económico (Schermers, 1997: 118).

¹¹⁴ A expressão *maxims of political morality* é retomada por Perry a partir do texto de Albert Venn Dicey na *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885).

Estados obrigações¹¹⁵. E essas obrigações não são apenas de carácter negativo – como tradicionalmente se referiam –, implicando apenas um dever de respeito pela esfera de segurança, autonomia e privacidade dos cidadãos. Elas assumem, nos nossos dias, importantes componentes positivas (mesmo no estrito quadro dos chamados direitos civis e políticos): desde logo, a obrigação de adequar a legislação interna à consagração e protecção dos direitos em causa, passando pela obrigação de intervir activamente na formação de todos os funcionários públicos de forma a garantir, da parte destes uma correcta percepção dos conteúdos em causa ou na adopção dos programas necessários, tendo em vista melhorar os níveis de respeito e implementação dos direitos.

Além disso, a maioria das convenções universais¹¹⁶ em matéria de direitos humanos impõe, em sede de monitorização, a obrigação de acompanhar e reportar sistematicamente as situações de incumprimento, sujeitando os Estados a verificações e a recomendações públicas nessas matérias¹¹⁷. De facto os direitos têm de ser

¹¹⁵ A doutrina vem admitindo de forma cada vez mais clara o surgimento de obrigações para os Estados sem o assentimento destes. Esse foi aliás o tema de um dos cursos na Academia de Direito Internacional da Haia, dado por Christian Tomuschat, em 1993 (*Obligations Arising for States without or against their Will*), no qual afirmou expressamente serem reconhecidos, na sociedade internacional, valores que não têm acolhimento convencional e que merecem protecção independentemente do consentimento individual dos Estados – é o caso das regras de *ius cogens*, que adquirem por isso um valor constitucional (Segura-Serrano, 2009: 17). Defendeu por isso que os tratados perderam o seu carácter primordial enquanto instrumentos de criação de normas internacionais (Bogdandy, Dellavalle, 2008: 49).

¹¹⁶ Referimo-nos nesta altura apenas às convenções universais em matéria de protecção dos direitos humanos, porque, na sua qualidade universal, fazem transparecer um entendimento senão unânime, pelo menos dominante sobre a matéria e, nessa medida, o seu regime reflecte algo próximo de uma consciência moral universal (e das consequências jurídicas da existência dessa consciência). As diferentes convenções regionais na matéria – entre as quais avulta a Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, normalmente referida apenas como Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cf. supra, nota 1, p. VIII) e que serviu de inspiração a todos os outros casos – estabelecem regimes naturalmente mais exigentes (tanto no plano substantivo, como principalmente no plano adjectivo), mas reflectem um entendimento que, por não ser partilhado universalmente, não tem o mesmo peso se pretendemos dele retirar uma afectação do princípio soberano.

¹¹⁷ Na verdade, com excepção da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, todas as outras convenções universais em matéria de direitos humanos (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais, ambos de 1976, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulheres, de 1979, Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, Convenção sobre os Direitos da Crianças, de 1989, Convenção

garantidos, o que impõe a criação de quadros institucionais – que velem pela sua implementação e pelo controlo do seu respeito (Raz, 2009: 24).

Todo este enquadramento acabado de caracterizar sumariamente demonstra como os Estados vêm ser-lhes impostas toda uma série de obrigações¹¹⁸ que muito dificilmente controlam e que, por isso, representa já um grau de sujeição suficiente para constituir uma importante¹¹⁹ contrariedade ao princípio soberano. Por outro lado, essas obrigações introduzem progressivamente um conceito de abuso dessa prerrogativa, o qual justifica a sua limitação (Weiss, 2006: 744).

[57]

Os direitos humanos estão, ainda, na origem de duas outras agressões à prerrogativa soberana, que se interligam entre si. Assim, o facto de o regime dos direitos humanos impor, pela sua natureza, o fim do Estado enquanto único sujeito de direito internacional, destrói uma ficção tradicional da prerrogativa soberana. Por outro lado, desfeita essa ficção, estava criado aquilo que a doutrina, por vezes, apelida de distribuição (ou pulverização) de poder ou de legitimidade.

[58]

Os Estados, funcionando enquanto entidades unitárias, pretenderam ser durante muito tempo os únicos destinatários das regras internacionais, sendo, nessa qualidade, os únicos sujeitos de direito internacional.

Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990 e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007) prevêm mecanismos de monitorização que vão desde a apresentação de relatórios periódicos (sujeitos a discussão e recomendações) à realização de inquéritos, passando pela admissão de queixas por outros Estados, indivíduos ou grupos de indivíduos.

¹¹⁸ O essencial das obrigações impostas aos Estados reside na necessidade de justificarem as suas práticas sempre que diverjam dos *standards* internacionais (Búrca, Gerstenberg, 2006: 244). Não obstante, essa obrigação assenta já no pressuposto de que as práticas internas estão condicionadas por um dever-ser definido externamente. É nessa medida que vem sendo afirmada e acolhida a responsabilidade dos Estados em protegerem efectivamente as populações que vivam no seu território (Weiss, 2006: 743).

¹¹⁹ O crescente grau de sujeição fica bem demonstrado na evolução dos mecanismos de monitorização. Na verdade, todos os mecanismos universais foram pensados apenas em termos políticos, como vimos. Não obstante, o facto é que o regime tem evoluído no sentido de alargar o respectivo âmbito de acção. Além disso, o próprio entendimento relativo à forma a ao valor das suas decisões tem-se aproximado progressivamente das decisões com natureza judicial (Helfer, Slaughter, 1997: 280).

O regime dos direitos humanos veio todavia a reconhecer outros actores como destinatários das regras e com isso colocou definitivamente em causa a ficção tradicional do Estado unitário (Helfer, Slaughter, 1997: 288) – fazendo, portanto, evoluir este no sentido de uma figura mediadora que responde pela eficácia da sua intervenção (e que, cada vez menos, reclama um poder absoluto).

[59]

A partir do momento em que os Estados deixam de poder assumir-se como únicos destinatários das regras internacionais, estas vão envolver, no funcionamento dos seus mecanismos, toda uma panóplia de novos actores.

Na verdade, a caracterização particular das situações de agressão dos direitos fundamentais (envolvendo, como agressor frequente, o próprio poder público e, como ofendidos, os cidadãos que, nessa situação, muito dificilmente podem recorrer às autoridades para a defesa dos seus direitos) faz com que os regimes de protecção reconheçam, as mais das vezes, uma legitimidade muito alargada na sua invocação.

Assim, o reconhecimento do valor universal dos direitos e da frequente sujeição dos ofendidos a situações de manifesta fragilidade justificaram que genericamente qualquer indivíduo, ou qualquer grupo de pressão, vocacionado para a promoção de interesses colectivos possa reclamar junto das autoridades nacionais contra uma situação de desrespeito (Raz, 2009: 16).

A fragilização dos Estados nesta matéria chega ainda mais longe, na medida em que é actualmente considerado essencial ao próprio conceito de direitos fundamentais, a susceptibilidade de cidadãos de outros países poderem apresentar exigências relativas ao cumprimento desses direitos, pelas autoridades, em relação aos seus nacionais (Raz, 2009: 17; Geisinger, Stein, 2008: 1134). Nesta perspectiva, os direitos fundamentais implicariam sempre uma limitação da prerrogativa soberana, na medida em que pressupõem a possibilidade de o exercício do poder, dentro da comunidade, ser directa e legitimamente afectado por interferências exteriores¹²⁰, sem

¹²⁰ Essas interferências exteriores surgirão menos da parte de outros Estados ou de grandes empresas (que são os agentes tradicionais das relações internacionais) e mais da parte de grupos cívicos,

que, tais interferências, admitam a qualificação de ingerência indevida¹²¹. Ora, a soberania prende-se com a independência e, especificamente, com a prerrogativa do exercício da autoridade sem subserviência a qualquer autoridade exterior. No entanto, o direito internacional – e em especial o regime dos direitos humanos – impôs, como vimos, progressivas limitações ao âmbito da actividade interna e externa dos Estados soberanos (Pentassuglia, 2002: 303).

[60]

O regime internacional dos direitos humanos forçou a abertura do Estado constitucional contemporâneo: o poder constituinte já não surge como a manifestação primeira e mais evidente do poder soberano (exclusivo e não derivado), mas, cada vez mais, como a concretização de um modelo integrado numa comunidade universal de Estados constitucionais, na perspectiva de Kant (Häberle, 2000: 96).

Esta evolução tem assumido tamanha importância que deu origem a importantes debates nacionais sobre a influência do direito internacional na ordem interna. Estes debates resultaram de posições públicas – tanto de órgãos de poder (como aconteceu com o Tribunal Constitucional Alemão e o governo britânico) como da doutrina jurídica (como tem acontecido nos Estados Unidos) –, mas surgiram também directamente na opinião pública, em consequência de posições tomadas por órgãos internacionais de controlo – como aconteceu na Dinamarca (Búrca, Gerstenberg, 2006: 243). Tais debates evidenciam bem mais a relevância das intervenções externas do que a capacidade interna de lhes reagir.

ONG's ou meros indivíduos, o que altera substancialmente o carácter intergovernamental da sociedade internacional (Raz, 2009: 25), organizada em volta do princípio da soberania.

¹²¹ A qualificação de qualquer acto exterior à comunidade como ingerência representa a invocação explícita de um princípio material de soberania, na medida em que não nega nem confirma o fundamento da pressão exercida, nem invoca qualquer justificação para o comportamento objecto de crítica. Limita-se a recusar a legitimidade da interferência e, como consequência, recusa-se também a lidar com esta (Raz, 2009: 9), com fundamento apenas na prerrogativa soberana, portanto.

c. Globalização, interdependência e integração

Cette interdépendance a pour conséquence que le sort heureux ou malheureux d'un peuple ne peut laisser les autres indifférents. Pour un Européen qui réfléchit, il n'est plus possible de se réjouir avec une malice machiavélique de l'infortune du voisin; tous sont unis pour le meilleur et pour le pire dans une commune destinée (Schuman, 1963: 43)

[61]

A terceira revolução de soberania refere-se à globalização [62], à interdependência [63] que dela decorreu e a outro fenómeno que deve também ser compreendido neste quadro: a integração [65].

[62]

A globalização é um fenómeno cuja origem remonta, segundo alguns autores, às Descobertas portuguesas (Rodrigues, Devezas, 2009), ou à própria origem e essência de Portugal (Page, 2008). A sua formulação actual – surgida no final do século passado – resultou, todavia, de uma construção iniciada logo após a II GM. Assim, em Julho de 1944 decorreu em Bretton Woods uma Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, vocacionada para estabelecer mecanismos que facilitassem as trocas internacionais. Tratava-se fundamentalmente de evitar que, terminada a guerra, os Estados adoptassem políticas proteccionistas, porque se entendia que essa opção, numa situação de crise (como a que decorria da própria guerra), tenderia a agravar as dificuldades e arrastar, por muito mais tempo, a situação. A experiência da crise bolsista de 1929 tinha-o demonstrado e, em geral, o insucesso das políticas proteccionistas tinha sido bem compreendido, ainda antes do fim do conflito (Porto, 2009: 31).

Por isso, os Estados apressaram-se a criar um sistema de pagamentos (o FMI) e, simultaneamente, uma instituição financeira capaz de apoiar os esforços de investimento das economias mais débeis (aquilo que se veio a chamar o Banco Mundial). Estes mecanismos viriam a tornar-se agências das Nações Unidas, em 1947 (Porto, 2009: 35). Em paralelo, procuram lançar as bases de um regime que garantisse a livre troca de mercadorias. A sensibilidade política da matéria veio, todavia, a fazer surgir dificuldades importantes e, por isso, os países ocidentais criaram um acordo provisório (o GATT), que se manteve ao longo das décadas, vindo a dar origem à OMC (Nicolas, 1993: 202, 228; Gerbet, 1987: 37 ss.).

Mais do que a consciência da impossibilidade da autarcia económica, os países reconheciam a necessidade da abertura das economias, como condição básica para a recuperação e a prosperidade económica¹²².

A par dessa abertura das economias – e de alguma forma, por causa dela, uma vez que lhe serviu de incentivo –, vai ocorrer um significativo desenvolvimento dos sistemas de transportes e a multiplicação das capacidades no domínio das comunicações, dando forma progressiva à globalização.

O conceito de globalização não é unânime. De qualquer forma, essa discussão não é aqui relevante, bastando-nos qualquer definição genérica que insista nos laços de interdependência. Pode ser a intensificação das inter-relações globais, dentro da qual o capital, as pessoas, as mercadorias, as imagens e as ideologias se movimentam cruzando fronteiras físicas com cada vez maior velocidade e frequência (Berman, 2007: 1169), ou o processo que tende a criar e consolidar uma economia mundial unificada, um único sistema ecológico e uma rede complexa de comunicações que cobre todo o globo, embora não penetre em todas as componentes (Twining, 2000: 4)¹²³.

[63]

Por seu lado, a abertura das economias e a globalização vão institucionalizar definitivamente a interdependência. Com o nível do crescimento dos fluxos comerciais a manter-se estável acima do crescimento das economias¹²⁴, a interdependência¹²⁵

¹²² A Europa conheceu ciclos sucessivos de protecção e livre-cambismo. Assim, no período que vai do século XIX até à I GM, foi genericamente caracterizado pelo livre-cambismo (matizado com a protecção em alguns domínios importantes como o agrícola), sucedendo-lhe um período proteccionista que vai até ao final da II GM. Os factos mostram que no primeiro período, com as exportações a crescerem acima do PIB, os valores deste (3,4%) são superiores aos que ocorrem no segundo período (1,8%), quando o valor das exportações é inferior (Porto, 2009: 30).

¹²³ Este autor defende que o resultado da globalização terá sido o de criar uma vizinhança global, mas não ainda uma aldeia global (distinção que não é corrente na doutrina). De qualquer forma, a globalização parece ter tocado tudo, em todos os sítios (Segura-Serrano, 2009: 4).

¹²⁴ Segundo dados do GATT, de 1992, para o período posterior a 1950, a taxa de crescimento anual das trocas, foi superior a 6%, em média, enquanto a produção mundial cresceu cerca de 4% (Nicolas, 1992: 202, 228). Essa circunstância verificou-se naturalmente também entre os países europeus (Porto, 2009: 26).

¹²⁵ Richard Cooper define, já em finais dos anos 60, a interdependência no plano económico, como sendo a situação na qual as economias nacionais são sensíveis e influenciáveis de forma si-

decorre necessariamente da divisão internacional do trabalho, preconizada pelos clássicos. E de todo este enquadramento decorre a sensibilidade mútua que se desenvolveu nas pessoas e nas comunidades¹²⁶.

Na parte que nos interessa, convém sublinhar que a interdependência implicou uma limitação do exercício do poder soberano, tradicionalmente reclamado pelos Estados, na medida em que a eficácia das decisões assenta, cada vez mais, em elementos externos¹²⁷ – e, por isso, incontroláveis pelo poder soberano (Huntzinger, 1987: 188; Holsti, 1991: 53; Bartelson, 2006: 464; Shaw, Wiener, 1999: 14). Se ignorarmos a possibilidade da gradualização do conceito, poderemos mesmo constatar o facto de a interdependência jogar necessariamente no sentido inverso da soberania, já que esta se traduz no exercício exclusivo do poder num território¹²⁸ (Delupis, 1987: 3), o qual – poder – é tanto mais afectado, quanto mais dependentes forem as nações umas das outras (e, bem assim, quanto mais se institucionalizarem solidariedades que transcendam os limites estaduais¹²⁹).

gnificativa pelas alterações das economias estrangeiras, e, em termos gerais, às mutações sentidas no meio económico internacional (Huntzinger, 1987: 189).

¹²⁶ A interdependência social deu lugar ao *linkage*, ou seja, à interacção entre uma multiplicidade de actores e de decisões internas e internacionais, conceito desenvolvido por James Rosenau (Huntzinger, 1987: 205). O conceito estará na base do modelo neofuncionalista (Michelmann, Soldatos, 1994: 2) a que nos referiremos adiante [212]. Por sua vez, a globalização dos processos sociais força uma globalização jurídica, enfraquecendo as relações entre o direito e as estruturas político-constitucionais, questionando o Estado enquanto núcleo central das ordens jurídicas (Maher, 1998: 241).

¹²⁷ Genericamente a interdependência económica, jurídica, política e militar afecta o Estado westphaliano a partir do nível internacional (Held, 1993: 39): é a decadência do papel central do Estado-soberano por força da evolução do sistema internacional (Segura-Serrano, 2009: 4).

¹²⁸ Alguma doutrina mais recente insiste que, ao longo da história, os Estados nunca terão conseguido exercer os seus poderes com carácter de exclusividade no respectivo território, pelo que a globalização não terá trazido nada de novo, apenas realçando esse facto e tornando necessária uma re-caracterização do conceito. Até porque a soberania parece estar a migrar dos Estados (onde nunca terá residido completamente) para um sistema internacional deficientemente articulado (Agnew, 2009: 2).

¹²⁹ A doutrina vem chamando à atenção para o facto de a interdependência ter gerado ou multiplicado os efeitos extraterritoriais dos fenómenos, tornando progressivamente inadequado o critério territorial que informa o princípio da soberania (Berman, 2007: 1182), isto porque a ordem internacional resultante da globalização desvaloriza o nível de diferenciação nacional, privilegiando ou outros níveis – sejam eles o género, a religião ou a origem étnica ou cultural (Fossum, 2001: 5). A par disso, têm-se multiplicado os *fora* internacionais (particularmente tribunais ou outros mecanismos de controlo ou pressão), aos quais acedem directamente actores não estaduais (Burke-White, 2004: 969) – sendo que a progressiva relevância destes afecta a própria natureza das regras internacionais (Danchin, 2009: 28). Este processo, que foi sendo progressivamente reconhecido a partir dos anos 80, pôs em

No âmbito jurídico, a globalização – bem como a integração regional a que nos referiremos a seguir – resultou, assim, numa desnacionalização, na medida em que os Estados perderam capacidade reguladora, transferindo essa capacidade para instâncias supranacionais¹³⁰ (Cottier, Hertig, 2003: 268; Cassese, 2005: 670; Segura-Serrano, 2009: 5).

A interdependência – convém salientá-lo – tornou-se uma característica de todo o sistema internacional e já não apenas de determinadas situações, mais ou menos pontuais. E, com ela, generalizaram-se as limitações de soberania. Trata-se de uma estranha contradição¹³¹, uma vez que as relações internacionais se estruturam na base deste conceito (ICISS, 2001b: 6) que, na sua essência, é absoluto¹³².

[64]

É frequente e compreensível a assumpção de que globalização e a interdependência criam progressivamente um sentido de pertença à comunidade humana, o qual tenderá a enfraquecer as identidades nacionais. A realidade demonstrou todavia o inverso: não se verificou o apagamento, ou sequer um esbatimento, das identidades nacionais (ou dos outros grupos subnacionais), pelo contrário.

Tentemos perceber rapidamente esta circunstância.

Parece inegável que a globalização desenvolveu, nas pessoas e nos grupos, uma consciência crescente de um sentimento de humanidade muito mais vivo do que

causa as premissas básicas da doutrina realista que dominava a análise internacional desde o fim da II GM (O'Neil, 1996: 88).

¹³⁰ Nesse sentido, Armstrong e Bulmer afirmam que a emergência do exercício regulador para lá dos Estados foi uma consequência da incapacidade das instituições estaduais tradicionais gerirem os complexos desafios reguladores que se lhes colocaram (Puchala, 1999: 325).

¹³¹ Esta contradição, aparentemente insolúvel, tem mesmo congregado cada vez mais contributos doutrinários que advogam a substituição do conceito (Bartelson, 2006: 464).

¹³² Alguma doutrina, na tentativa de enquadrar as limitações de soberania próprias da integração e a noção de soberania, enquanto princípio estruturante da ordem internacional, salienta que, em boa verdade, na concepção moderna, é a Nação a detentora da soberania, e não o Estado. E, nessa perspectiva, a Nação pode conceder o exercício dos poderes tanto a órgãos nacionais como a órgãos internacionais (Louis, 1995: 13/14). A solução encontrada é interessante, na medida em que assenta numa diferenciação efectiva. Em todo o caso, a sua pertinência parece-nos mais académica do que real. Isto porque a ideia de Estado actual (a partir da revolução francesa), radica na identificação entre este e a Nação.

em momentos históricos anteriores. A atracção pela defesa dos direitos humanos à escala global, a preservação das espécies ou a protecção do ambiente, constituem exemplos claros de diferentes níveis de desenvolvimento desse sentimento de humanidade. Não obstante, nem mesmo o acolhimento, quase generalizado, desse conjunto alargado de valores com carácter universal, enfraqueceu a necessidade do reconhecimento da individualidade ou da dignidade própria dos grupos nacionais – ou subnacionais, ou até transnacionais¹³³ –, num movimento que a doutrina apelidou de *politics of difference* (Fossum, 2001: 2).

A realidade mostrou que o sentimento de pertença a uma comunidade humana universal tornou mais patente a necessidade de diferenciação, através da integração em comunidades de menor dimensão (nacionais, subnacionais, etc.), as quais ganham, assim, um redobrado valor identitário¹³⁴. Para se perceber a sua importância, bastará a menção aos inúmeros factos que corroboram, de forma evidente, esta afirmação: o inesperado surto de nacionalismos, a capacidade atractiva das religiões, a valorização de culturas minoritárias, a assumpção do carácter identitário de fenómenos sociais (desportivos, musicais, estéticos), etc.

Este aspecto permite-nos perceber como os processos de agregação geram fenómenos de fragmentação, os quais não são contraditórios, mas complementares. A criação de comunidades mais alargadas não consome as comunidades que lhe estão na origem¹³⁵; pelo contrário, revaloriza-as. A unidade não se constrói, portanto, no apagamento da diversidade, mas no seu respeito e valorização.

¹³³ A globalização – em especial no quadro da comunicação global e da inter-sensibilidade por ela criada – gerou padrões de defesa de causas, com os quais as próprias identidades nacionais têm de competir (direitos das mulheres, direitos dos homossexuais, direitos dos aborígenes ou das minorias, dos imigrantes, ou ainda de quaisquer outros grupos que se considerem privados de auto-estima e auto-confiança (Fossum, 2001: 2).

¹³⁴ A novidade será, nos nossos dias, a crescente consciencialização de um direito pessoal a compor a sua identidade: cada indivíduo é, cada vez mais, livre de determinar a sua identidade individual, construída a partir de diferentes blocos (Franck, 1996b: 359).

¹³⁵ Foi a dificuldade em perceber isto que, numa primeira fase, fez crer que a integração poria fim aos Estados e, numa segunda fase, face à subsistência destes, fez descer no próprio processo (Hoffmann, 1982: 21).

[65]

Vejamos agora o fenómeno da integração, o qual surgiu no quadro da globalização e da interdependência.

De facto, os Estados europeus procuraram institucionalizar níveis de convergência que lhes permitissem agir de forma mais eficiente no quadro internacional globalizado¹³⁶ (Cartou, 1986: 61; Schoudeete, 2000: 62), ao mesmo tempo que, internamente, aplicavam (e adequavam) os modelos de desenvolvimento de cariz liberal que estiveram na origem da própria globalização.

O processo de construção europeia corresponde, assim, como que a uma globalização aprofundada¹³⁷, mas regional (Laursen, 2007: 28). O resultado (cuja experiência de integração servirá de referência futura) será surpreendente e sem paralelo em qualquer outra organização internacional (Moravcsik, 2005: 349): pela primeira vez desde o sacro império romano-germânico, uma autoridade política não estadual vai exercer legitimamente prerrogativas soberanas, no quadro do sistema de Westphalia¹³⁸, impondo uma alteração na face da autoridade (Machado, 2010: 55). Os Estados não são substituídos, mas agregados, conjugando os seus poderes em instituições supranacionais (que se manifestam em termos executivos, legislativos e judiciais), não mais podendo agir independentemente (Philpott, 2001: 39).

[66]

A questão central deste fenómeno respeita porventura ao próprio conceito. Trata-se, efectivamente, de um caminho que exercitou a imaginação e a capacidade crítica de muitos autores, em diferentes disciplinas acadmicas (Michelmann,

¹³⁶ Face à interdependência que tornava o Estado incapaz de responder, por si só, às exigências modernas, os Estados procuraram níveis de cooperação aprofundados, delegando parcelas de competências em autoridades supranacionais (Franck, 1996b: 360). *Convencemo-nos, por força da realidade, que as nações, longe de se bastarem a si mesmas, são solidárias umas com as outras; que a melhor maneira de servir o seu próprio país é assegurar o concurso de outros, na reciprocidade dos esforços e na partilha dos recursos* (Schuman, 1963: 42).

¹³⁷ A experiência europeia deu origem a uma potência regional e global, que são em matéria militar é ultrapassada pelos EUA, cujo processo constitui a referência primeira, no comércio internacional (Moravcsik, 2005: 349).

¹³⁸ Hix vai, por isso, definir integração como o processo capaz de introduzir no sistema internacional (em que o poder tem uma natureza descentralizada), um sistema institucionalizado de autoridade (Jupille, Caporaso, 1999: 430).

Soldatos, 1994: 7), sendo correntemente usado na doutrina (e até na linguagem comum, a propósito do processo de construção europeia). No entanto, permaneceu impreciso e contraditório, apesar da sua relevância central no discurso.

Nestas circunstâncias, julgamos ser útil revê-lo, procurando definir-lhe os contornos mais importantes (libertando-o, assim, da relativa confusão em que ainda hoje se encontra mergulhado). E, no quadro dessa revisão, especificaremos em que termos a integração afecta a soberania.

Começaremos por acolher a utilidade da distinção corrente entre integração e cooperação, através da verificação da existência de limitações de soberania [67]. Introduziremos, todavia, aí, algumas precisões importantes, na delimitação do conceito, defendendo que apenas relevam as limitações de soberania que são juridicamente enquadradas [68], as quais, no essencial, serão pré-existentes (ou seja, não resultam da integração) [69].

[67]

O conceito de integração é relativamente recente¹³⁹, tendo surgido de empréstimo à economia¹⁴⁰, cuja doutrina o desenvolveu durante a primeira metade do século XX (Soldatos, 1973: 11; Pescatore, 1974: 1).

A falta de convergência na doutrina sobre o conceito é patente¹⁴¹, podendo todavia assentar-se numa noção genérica segundo a qual se trata de *um processo através do qual um grupo humano, organizado inicialmente em dois ou mais Estados independentes, vem a constituir um todo político que, de alguma forma, pode ser descrito como uma comunidade* (Pentland, 1973: 21).

¹³⁹ O estudo da integração terá começado na segunda metade do século passado, com a obra de Ernst Haas, *The Uniting of Europe* (Moravcsik, 2005: 350).

¹⁴⁰ Os principais trabalhos no domínio da economia em matéria de integração terão sido de Jacob Viner (1950. *The Customs Union Issue*, New York – London: Carnegie Endowment for International Peace, Stevens & Sons), James E. Meade (1962. *Case Studies in European Economic Integration : The Mechanics of Integration*, London – New York: Oxford University Press) e Bela Balassa (1962. *The Theory of Economic Integration*, London: Allen and Unwin). Sobre a evolução das relações económicas na Europa (em especial das tendências proteccionistas e livre cambistas) até à criação do Mercado Comum em 1958, V. Gerbet (1987).

¹⁴¹ Assim, quando Panayotis Soldatos levanta a posição de quase vinte autores, conclui que cada um usa uma noção distinta (Soldatos, 1973: 12 ss.).

Este é o conceito que parte do mínimo denominador comum das diferentes definições. Dentro destas, interessa-nos insistir na existência de duas tendências¹⁴² distintas: uma, que entende a integração dentro da cooperação – na qual avultam os autores americanos –, e uma outra, que distingue qualitativamente a integração da cooperação –, que acolhe praticamente toda a doutrina europeia (Groeben, 1984: 19).

Face a essa oposição inconciliável, optamos claramente pela segunda tendência.

Desde logo, porque entendemos ser imprescindível distinguir qualitativamente a especificidade do processo de construção europeia face aos outros processos tradicionais, conhecidos nas relações internacionais¹⁴³.

Por outro lado, como é comum na doutrina europeia, fazemos depender a distinção entre cooperação e integração da existência de limitações à soberania (o que constituirá, exactamente, o traço característico fundamental dos processos de integração¹⁴⁴).

[68]

Não obstante – e ao contrário do que comumente se afirma (Rubio-Llorente, 1998: 13; George, Lacey, 2003: 323; Davies, 2008: 9) – a integração não causa limitações de soberania¹⁴⁵, mas apenas se limita a enquadrar limitações pré-existentes.

¹⁴² Nos primeiros estudos sobre integração, a distinção mais usada foi entre autores que a viam como um processo e como uma condição (Lindberg, 1963: 4), por referência ao contributo de Karl Deutsch.

¹⁴³ A especificidade do processo de construção europeia, por oposição aos processos tradicionais, nem sempre é sublinhada através do recurso aos conceitos agora expostos (cooperação e integração). Assim, mesmo entre os autores europeus, subsistem alguns que preferem explicar essa oposição em volta das teorias federalista e internacionalista (Dagtoglou, 1981: 35 ss.). Compreende-se aquela que parece ser a motivação desta abordagem: a ideia de integração desenvolve-se primariamente a partir das obras federalistas, permanecendo, esta teoria, como a única capaz de oferecer um enquadramento jurídico coerente para a justaposição de ordens jurídicas que se não excluem. Julgamos, todavia, ser preferível o quadro aqui sugerido (assente na distinção entre cooperação e integração), por permitir uma perspectiva aprofundada da complexidade do fenómeno e das variantes que ele admite.

¹⁴⁴ Tal como referimos, a doutrina não é neste plano uniforme. Assim, é possível encontrar autores que defendem a análise do processo de construção europeia num quadro de um supranacionalismo soberano (Areizla, 1995: 2).

¹⁴⁵ A doutrina, sempre profícua em distinções, separa o conceito de europeização – que genericamente se referirá à influência das instituições europeias no funcionamento das instituições

Em nossa opinião, é sempre mal orientada a crítica aos fenómenos de integração assente no intuito protector da soberania, uma vez que as limitações desta existem e subsistem independentemente da integração. Elas não nascem nos processos de integração, são-lhe anteriores e surgem por outras razões. O que os processos de integração fazem é enquadrar juridicamente essas limitações de soberania.

Vamos por partes.

Em primeiro lugar, importa assentar que, quando referimos as limitações à soberania como características dos processos de integração, estamos a pensar apenas nas limitações juridicamente enquadradas e já não em quaisquer limitações da soberania (como é frequente na doutrina).

É por esta via que chegamos a uma distinção qualitativa entre cooperação e integração: esta não resulta da existência de limitações da soberania, mas apenas daquelas que são juridicamente enquadradas.

Hoje em dia, as limitações de soberania, não só são constantes, como são também crescentes (e perfeitamente alheias aos processos de integração). A interdependência global generalizou, como vimos atrás [63], uma erosão da soberania tradicional dos Estados. Todavia, tal como já referimos também, não é ainda aqui – na permanente agressão ao carácter exclusivo do exercício de poderes – que nasce a integração. É que esta, ao contrário do que pretende alguma doutrina (Soldatos, 1973: 21) essencialmente americana (Deutsch, 1988: 212), não vem quantificar essas limitações, sendo eventualmente detectável a partir de um nível pré-determinado ou a determinar¹⁴⁶. O resultado da interdependência são limitações *de facto* da soberania¹⁴⁷.

nacionais – do da integração – que se refere ao processo segundo o qual os Estados partilham soberania (Radaelli, 2000: 6). Embora interessante, esta distinção não é relevante no quadro da nossa análise.

¹⁴⁶ A divergência doutrinal entre europeus e americanos resulta da diferente perspectiva de análise em que se colocam: enquanto à doutrina europeia a integração interessa essencialmente como factor distintivo (caracterizador) do processo comunitário, para a doutrina americana, a integração continua a ser uma teoria parcial das relações internacionais, a qual potencia situações de resolução de conflitos sem o recurso à força.

¹⁴⁷ A este propósito, Norbert Elias insiste na distinção entre interdependência – que fez surgir novas unidades ou planos de sobrevivência, de natureza objectiva – e integração, que implicará o desenvolvimento de uma nova identidade social, de natureza subjectiva. A integração supõe, segundo este autor, a consciencialização da pertença a um grupo. O autor introduz, dentro da integração, uma nova distinção, entre integração objectiva – que resulta da criação de redes estruturadas como resposta

Nestas limitações, puramente factuais, as ordens jurídicas – internacional e nacionais – continuam a presumir a efectiva capacidade soberana dos Estados e a construir sobre ela o sistema internacional¹⁴⁸, não obstante as suas fragilidades evidentes (Taylor, 1983: 27). E fazem-no porque a cooperação corresponde ao modelo clássico das relações internacionais, o qual assenta no respeito inquestionado pela soberania (mesmo se a erosão desta, a torne pouco mais do que uma ficção jurídica).

A integração só surge quando há um enquadramento jurídico dessas limitações¹⁴⁹, o que implica um esforço assumido, da parte das ordens jurídicas envolvidas, no sentido de admitirem e regularem determinadas limitações de soberania (é nesse sentido que usamos o termo enquadrar¹⁵⁰).

Esta é uma abordagem totalmente inovadora do desenvolvimento das relações entre as ordens jurídicas envolvidas – e, bem assim, das relações entre a comunidade resultante desse novo enquadramento e a comunidade internacional¹⁵¹.

ao fenómeno de interdependência –, e integração subjectiva – quando se desenvolve o sentimento de pertença individual (Delmotte, 2005: 396 ss.).

¹⁴⁸ Mesmo sendo possível encontrar, na doutrina jurídica (principalmente internacional), autores que analisam concretamente as limitações do poder soberano, a generalidade teima em insistir na necessidade de abordar o conceito de soberania de forma menos rígida ou radical (o que se traduz na admissão de limitações), evitando, todavia, a reformulação ou o abandono do conceito (que, sendo absoluto, não admite variantes). O resultado final, parece sempre ser o do uso do conceito amputado das suas características essenciais, sem que um esforço de re-caracterização explique o seu (novo) conteúdo (Bartelson, 2006: 467).

¹⁴⁹ Aqui coincidimos – embora segundo diferentes perspectivas – com Elias. Para este autor, tal como vimos anteriormente (nota 147), a integração sucede à interdependência, quando faz surgir algum tipo de estruturação ou institucionalização das relações interdependentes (Delmotte, 2005: 396). Na nossa perspectiva, é o enquadramento jurídico das relações de interdependência que faz surgir a integração. Até aqui a coincidência é completa. A diferença será que, da nossa parte, exigimos que esse enquadramento jurídico regule limitações de soberania (ou seja, não assente no pressuposto, ainda que implícito, de que a interdependência não afecta a exclusividade do poder estadual).

¹⁵⁰ O enquadramento jurídico das limitações de soberania traduz-se numa previsão e regulação das situações nas quais os Estados envolvidos admitem que determinadas decisões, em âmbitos da sua competência, possam ser tomadas por outras entidades (em princípio por organizações internacionais), que não eles próprios – podendo estes participar, ou não, na formação das mesmas decisões. No âmbito europeu, esse enquadramento surge na medida em que essas limitações estão previstas nos tratados, nomeadamente por via da atribuição às instituições de competências para decidirem em determinadas matérias, sendo as suas decisões obrigatórias para os Estados-Membros, independentemente do assentimento destes sobre as referidas decisões.

¹⁵¹ Só quando as organizações internacionais são dotadas de personalidade jurídica podem surgir como verdadeiros sujeitos de direito internacional. De outra forma, ou essas comunidades pura e simplesmente não pretendem desenvolver qualquer actividade internacional fora do quadro das suas relações mútuas, ou, ao fazê-lo, pretendem reconduzir às partes que as compõem, todas as situações

A distinção é assim – insistimos –, qualitativa, ou seja, a existência de integração não é necessariamente sinal de maiores limitações de soberania, da mesma forma que o quadro tradicional de cooperação permite importantes limitações de soberania.

Nesses termos, é impróprio identificar os fenómenos de integração como sendo aqueles em que os Estados perdem¹⁵² soberania (ou poderes soberanos).

É bem certo que toda a integração implica a admissão formal¹⁵³ de uma diminuição da exclusividade do poder político da nacional no seu território, o que se traduz – formalmente, também – numa perda de poderes soberanos. Mas, essa admissão formal pode referir-se – e tenderá a fazê-lo, como a seguir veremos – a poderes que,

juridicamente relevantes. Esta última pareceria ser a situação da União Europeia antes do Tratado de Lisboa. Assim, não tendo sido dotada de personalidade jurídica (na sua criação, com o Tratado de Maastricht), surgiria na comunidade internacional através das Comunidades (CECA, CE, CEEA) sempre que se tratasse do domínio de competências destas, ou através do conjunto dos Estados-Membros, sempre que desenvolvesse actividades no âmbito dos outros pilares – PESC e CPJMP. A situação era, todavia, particularmente estranha, no que toca à PESC, dado tratar-se de um mecanismo vocacionado para intervenções externas, que, todavia, assentava numa entidade à qual não fora reconhecida personalidade jurídica internacional. Ela tem no entanto uma explicação política: aquando da negociação do tratado de Maastricht entendeu-se que a não afirmação da personalidade jurídica da UE limitava a sua aparência federal, a qual vinha causando algumas resistências. O problema foi resolvido implicitamente com o tratado de Nice (Gorjão-Henriques, 2010: 102) e explicitamente com o tratado de Lisboa, através da atribuição da personalidade jurídica à UE (a qual se impunha pela própria economia das alterações, já que fez desaparecer a Comunidade Europeia, entidade a quem essa personalidade estava anteriormente atribuída).

¹⁵² As limitações de soberania a que nos vimos referindo são, por vezes, referidas também como transferências de soberania, ou ainda, como atribuições de soberania (Louis, 1995: 14 ss.). Esta designação (limitações) parece-nos mais consentânea com os mecanismos de integração, na medida em que, como se referiu anteriormente, nos tratados constitutivos, os Estados atribuem à organização internacional competências cujo exercício, em princípio, é independente do seu assentimento. Se tivermos presente o facto de o poder de decisão assentar normalmente em órgãos compostos por representantes dos Estados, podemos afirmar que não há uma perda absoluta de soberania, mas, tão só, uma transferência para outros níveis decisórios, que não estritamente estaduais, em que já não há possibilidade de veto. Nesse sentido aliás, se denomina também a situação, por vezes, como um exercício conjunto de competências soberanas. Esta perspectiva sofre, no entanto, de uma imprecisão. É que, a referida participação dos Estados, sendo normal, não é todavia essencial, nem sequer característica. E essa circunstância cria o risco de se confundirem questões, nomeadamente entre as limitações de soberania e a forma do seu exercício – em especial com o intergovernamentalismo a que nos referiremos adiante (2.2, p. 99 ss.). É que o pretendido exercício conjunto de competências soberanas poderá existir em soluções intergovernamentais, mas já não nos casos de supranacionalidade.

¹⁵³ A admissão formal significa, todavia, o reconhecimento expresso da falência (ou, pelo menos, desadequação) dos modelos tradicionais. Esse processo não é fácil, porque envolve culturalmente a morte de mitos. No caso europeu, a integração implica, só por si, a admissão de que o Estado-nação não é capaz de proporcionar os níveis de prosperidade e segurança que os cidadãos exigem (Davies, 2008: 10). E levanta ainda um sério problema de necessidade de re-legitimização do exercício do poder (Weiler, 1995: III).

na prática (*de facto*), eram já objecto de significativas limitações¹⁵⁴. Se, nesse domínio, a medida da interdependência era elevada, também o era a da perda efectiva de soberania. O que há de novo é a mera admissão do facto e o esforço em enquadrá-lo juridicamente.

Esta situação, é bem retratada na metáfora segundo a qual a integração é como dizer a uma criança que o Pai Natal não existe: mesmo que ela já saiba, provavelmente sentir-se-á triste, por ouvi-lo dizer em voz alta (Davies, 2008: 11).

[69]

Visto o correcto entendimento a dar à noção de que as limitações de soberania são características da integração, passemos à segunda parte da explicação, relativa à questão da eventual relação causal.

Impõe-se, em nosso entender, a constatação de que, na integração, a admissão de limitações de soberania tende a surgir em domínios em que, essa exclusividade de poder, estava há muito erodida ou era mesmo puramente formal, como consequência do condicionamento do seu exercício, por variáveis exógenas (Louis, 1995: 14; Sandholtz, Zysman, 1989: 98). E, nessa medida, o seu enquadramento jurídico não acarreta uma perda de soberania¹⁵⁵ mas, tão só, a especificação, em termos normativos, de um mecanismo alternativo, no qual, o Estado poderá mesmo recuperar, na prática, parte da influência perdida nesse domínio.

[70]

Ilustremos o que acabamos de afirmar.

Não é difícil detectarmos Estados que tenham a sua soberania severamente afectada, sem que tal decorra da participação em organizações internacionais de integração. Tenham-se presentes os casos dos países cuja sobrevivência depende da ajuda

¹⁵⁴ Esta conclusão foi sendo assinalada na doutrina, já não como uma característica do conceito de integração, mas antes como a demonstração da sua fragilidade (Hoffmann, 1982: 33).

¹⁵⁵ O *trade-off* (ou a relação directa entre o aumento de poderes no âmbito europeu e uma suposta contrapartida de perda de poderes pelos Estados-membros) continua a ser afirmado na doutrina (Rubio-Llorente, 1998: 13; Davies, 1998: 9).

humanitária (por vezes designados como o quarto mundo¹⁵⁶), ou daqueles cujas economias assentam apenas em um ou dois produtos, cujo preço é definido nos países importadores, ou ainda, aqueles cuja fragilidade geopolítica os obriga a procurarem protecção ao abrigo de alianças desequilibradas¹⁵⁷.

Formalmente, em todas estas as situações, estamos perante Estados plenamente soberanos. Todavia, as suas instituições políticas, mesmo que actuantes, estão muito longe do exercício exclusivo do poder. Não há integração – verificam-se, tão só, fenómenos de cooperação (na ajuda humanitária, no comércio de produtos ou na celebração de convenções leoninas) – e, no entanto, a soberania é apenas uma miragem (ou, se quisermos ser mais precisos, foi reduzida a uma garantia jurídica formal, sem conteúdo prático relevante).

Simultaneamente, é possível identificarmos outros Estados, participantes em organizações internacionais de integração, cuja afectação da soberania surge apenas em determinadas áreas – nas quais, tais prerrogativas ou poderes, vinham eventualmente a ser exercidas com importantes limitações.

Pensemos no caso português, relativamente à moeda. A autoridade monetária via-se permanentemente arrastada para situações induzidas pelo comportamento dos mercados internacionais e em especial das moedas mais fortes (quando não, mesmo por ataques de especuladores, que desafiavam essa mesma autoridade e, as mais das vezes, obtinham elevados benefícios desses ataques). Neste caso, a participação da moeda portuguesa nos mecanismos do Sistema Monetário Europeu, muito embora limitando a margem de intervenção das autoridades monetárias, ofereceu-lhes uma série de mecanismos de apoio, em caso de ataque, e, por outro lado, garantia-lhes que qualquer intervenção extraordinária nas moedas mais fortes, seria devidamente

¹⁵⁶ O quarto mundo corresponde ao conjunto de países cujo PNB é inferior a 200 dólares por habitante e que, na terminologia das Nações Unidas, se designam por países menos avançados (Huntzinger, 1987: 152)

¹⁵⁷ É o caso histórico das relações entre Portugal e Espanha que nos conduziu à aliança britânica, onde não faltaram exemplos de desequilíbrio. Na História recente, é sintomático o caso da Finlândia, sob permanente ameaça soviética (o que condicionou radicalmente a sua postura internacional, obrigando-a a uma neutralidade cautelosa e um cuidado constante com a sensibilidade do seu poderoso vizinho, a par do desenvolvimento de relações económicas artificiais).

regulada e (pelo menos) antecedida de consultas que lhe permitissem minimizar a sensibilidade do escudo. Assim, muito embora o leque e o âmbito das medidas disponíveis tivessem diminuído, a verdade é que a sua eficácia aumentou consideravelmente, garantindo às intervenções das autoridades monetárias maiores hipóteses de sucesso. E a participação na terceira fase da União Económica e Monetária, com a criação da moeda única, assentou numa perspectiva equivalente: os Estados-Membros participantes reconheceram a insuficiência dos mecanismos anteriores e apostaram que a nova moeda lhes garantiria maior estabilidade e potenciaria a suas possibilidades de intervenção no sistema monetário internacional¹⁵⁸.

Eventualmente poder-se-ão até apontar situações, em que a participação nessas organizações internacionais de integração potenciou o exercício de determinados poderes soberanos. Tal será o caso mais evidente, do aumento da capacidade diplomática internacional decorrente da integração na UE, aumento esse que ocorre tanto em relação aos pequenos países (dentro dos quais incluímos, para o efeito, Portugal¹⁵⁹) como em relação aos grandes, nomeadamente a Alemanha¹⁶⁰ ou a França¹⁶¹.

¹⁵⁸ Naturalmente que esta expectativa nunca foi unânime, havendo quem previsse o fracasso quase imediato da moeda única, aquando da sua introdução (Ash, 1998: 61).

¹⁵⁹ A participação portuguesa nos mecanismos europeus de concertação diplomática foi condição essencial para o sucesso obtido em dossiers particularmente delicados, como foi o caso de Timor. Fora desse enquadramento, dificilmente o nosso país poderia ter conseguido exercer pressão ao nível mais alto das instâncias internacionais (*maxime* das Nações Unidas), ou junto das principais potências envolvidas, em especial dos EUA.

¹⁶⁰ A República Federal da Alemanha é um Estado surgido no pós II GM (resultante do desmembramento da anterior Alemanha, fenómeno esse entretanto ultrapassado com a reunificação nos anos 90) e que desde sempre procurou integrar a sua política externa no quadro europeu. Só dentro deste, a Alemanha oferece garantias contra os receios latentes relativamente à potência que esteve na origem de ambas as guerras mundiais e que perpetrou o mais escandaloso dos genocídios que a História regista. É certo que foi, no quadro da NATO, que se conseguiu a resposta às duas necessidades básicas – *keeping the Russians out and the Germans down* (Scharpf, 2000: 9; Parsons, 2002: 56) – mas a questão relativamente à Alemanha nunca foi militar, mas fundamentalmente comunitária.

¹⁶¹ A França, apesar de fundadora da CECA (tendo esta primeira comunidade, aliás, surgido na sequência da proposta de Robert Schuman, ministro francês dos negócios estrangeiros), sempre entremeou o seu entusiasmo fundador com importantes resistências face à materialização de limitações reais ou simbólicas da sua soberania (o episódio mais evidente terá sido o da crise da cadeira vazia, em 1965; a ele poderiam também juntar-se as reticências à realização das eleições do PE por sufrágio directo ou as dificuldades em aprovar o tratado de Maastricht). Curiosamente, mesmo num quadro de resistência (no qual avulta o período gaulista), a França nunca contestou a vontade de participação no processo de construção europeia, porque esse processo sempre foi visto como potenciador da influência francesa em termos diplomáticos.

Nos exemplos acabados de referir, continuamos a identificar como sendo de cooperação as relações entre Estados onde verificamos importantes limitações da soberania em termos puramente factuais. E identificamos como sendo de integração, as relações no quadro comunitário.

A distinção entre cooperação e integração não reside, portanto, no maior ou menor nível das limitações verificadas mas, diversamente, na específica qualidade das limitações encontradas, as quais, nesta, não-de ser juridicamente enquadradas. A integração há-de decorrer, portanto, da vinculação livremente assumida a tratados internacionais, os quais especificam essas limitações em termos objectivos, permitindo, assim, uma ponderação antecipada das vantagens, das implicações e da adesão aos objectivos definidos. E, mais importante ainda, permitindo que os diferendos sejam resolvidos através de mecanismos pré-determinados – preferencialmente por via judicial – através da aplicação de normas jurídicas, em desfavor da exibição, ameaça ou exercício efectivo da força¹⁶². Esta é a alteração qualitativa determinante.

Por outro lado, as ilustrações avançadas questionam directamente aquela que é a percepção corrente, no sentido de fazer equivaler a integração às perdas de soberania. Essa equivalência é comprovadamente imprópria, como demonstram as situações em que se verifica exactamente o inverso.

[71]

Não nos basta, todavia, a demonstração da impropriedade dessa equivalência. Devemos constatar (ou pelo menos indiciar) ainda a tendência de os fenómenos de integração incidirem sobre os âmbitos em que o exercício de funções tradicionalmente soberanas se encontra erodido.

Essa demonstração não parece apresentar dificuldades. Qualquer análise histórica rápida do fenómeno da construção europeia permitir-nos-ia verificar isso

¹⁶² A ordem liberal-democrática do pós-guerra, assentou em boa parte no desenvolvimento de relações fundadas em acordos entre os países ocidentais que, por essa via, estabeleceram mecanismos institucionais capazes de regularem os seus interesses e resolverem os seus conflitos (Ikenberry, 1996: 187). No âmbito desta, o fenómeno da integração europeia constituiu um passo mais avançado, no qual estes mecanismos, graças às limitações de soberania expressamente admitidas pelos Estados em favor das instituições criadas, puderam ser particularmente desenvolvidos e alargado seu âmbito de intervenção.

mesmo: a integração surgiu em resultado da constatação pelos Estados-membros de uma debilidade importante das suas prerrogativas, a qual se procura contornar através de uma conjugação de esforços (Cartou, 1986: 54) de nível avançado (entenda-se, com admissão de limitações de soberania, o que constitui uma inovação). Os Estados admitem transferir o exercício de competências soberanas quando – e apenas porque – constatam a sua incapacidade de as exercerem plenamente, procurando através de um exercício conjunto recuperar essa capacidade¹⁶³.

O acolhimento nos tratados do princípio da subsidiariedade (art. 5.º/3¹⁶⁴ do TFUE) vem reforçar essa constatação. Segundo este princípio, a intervenção da UE tem de justificar-se e medir-se pela insuficiência das intervenções dos Estados-membros e na demonstração da eficiência comunitária. Quer isso dizer: a intervenção comunitária não se faz retirando aleatória ou gratuitamente competências aos Estados-membros, mas, diversamente, apenas surge quando e porque estes reconhecem dificuldades no exercício individual dessas mesmas competências.

Nestes termos, se a ineficiência (por erosão) do poder estadual é requisito da intervenção comunitária, então, é porque essa ineficiência lhe é pré-existente. E, nesse sentido, não existe relação de causa-efeito entre a integração e a limitação de competências, ocorrendo exactamente o inverso.

Por outras palavras: o acolhimento deste princípio determina um critério de repartição de competências entre a comunidade e os Estados-membros que assenta exactamente naquilo que vimos afirmando: no facto de a insuficiência ou incapacidade do exercício pelos Estados de determinadas funções, ser causa, medida e critério de controlo das transferências de soberania.

¹⁶³ A principal motivação dos europeus no fenómeno de integração terá sido resultante de um impulso conservador, procurando inovar para recuperar a situação que existira anteriormente e tinha sido perdida com a guerra (Haas, 1968: xviii). Num sentido paralelo, alguma doutrina defende que o processo de construção europeia visou a defesa da capacidade de acção estadual perdida com a globalização (Maher, 1998: 241).

¹⁶⁴ Esta norma, originalmente introduzida com o Tratado de Maastricht, veio pôr cobro a alguns receios que viam, no constante alargamento de competências da Comunidade Europeia, uma tendência de esta se transformar progressivamente num poder soberano, à custa do esvaziamento de competências dos Estados membros (Secretariado Europa, 1992: 54).

Nessa medida, as limitações de soberania na integração não parece sequer poderem encarar-se como um preço da integração, já que é a constatação das debilidades que cria condições ao fenómeno.

O preço da integração parece ser afinal o desconforto resultante da admissão formal dessas limitações, e já não a existência das limitações em si, que, afinal, estão na origem da integração. É o verbalizar aquilo que já se sabia, mas cuja expressão, não obstante, entristece – numa variação da metáfora de Davies que referimos atrás (p. 65).

A impropriedade de qualquer relação directa entre integração e perdas efectivas de soberania é fundamental para uma percepção correcta daquela. E constitui quicá um esclarecimento sem o qual todo o debate em torno da integração acaba por ser equívoco.

[72]

Faltará, porventura, colocar mais uma questão, de forma a delimitar, com maior precisão, aquilo que vimos afirmando.

Vimos como a integração, enquanto fenómeno inovador das relações internacionais, se distingue da cooperação (tradicional) por enquadrar juridicamente limitações à soberania. A novidade – já vimos – não está na existência dessas limitações, que lhe são anteriores, mas sim, na existência do seu enquadramento jurídico.

Poder-se-á, então, levar ao limite esse nosso entendimento, afirmando que toda a integração se constrói sobre competências previamente erodidas? Ou, se preferirmos colocar a questão ao contrário: será que nos fenómenos de integração, não são detectáveis competências transferidas para o nível comunitário, cujo exercício não tenha sido concretamente sentido como estando limitado, ao nível nacional?

Em termos puramente lógicos julgamos que essa situação apenas pode ocorrer por arrasto. Queremos com isso dizer que, quando excepcionalmente tenham sido transferidas competências cujo exercício ao nível nacional fosse sentido, apesar de tudo, como satisfatório, essa transferência há-de então justificar-se por razões sistemáticas.

Ilustremos brevemente a nossa afirmação, de forma a torná-la mais evidente.

Suponhamos que – tal como aconteceu efectivamente – se pretendem eliminar totalmente os controlos à circulação das pessoas nas fronteiras internas da Comuni-

dade¹⁶⁵. Nestas circunstâncias, parece inevitável estabelecer-se uma política comum de vistos.

Sem uma política comum de vistos, as autoridades apenas poderiam aferir em concreto da legalidade da presença de qualquer estrangeiro se dispusessem de uma informação permanente sobre as autorizações concedidas pelos diversos Estados-membros. Mas, mesmo que isso acontecesse, a possibilidade de um Estado-membro impedir eficazmente a entrada no seu território de um determinado estrangeiro estaria gravemente afectada, na medida em que esse estrangeiro poderia entrar na Comunidade por um qualquer Estado-membro e, seguidamente, aceder livremente ao território do Estado que pretendesse evitar a sua entrada. Só quando todos os Estados-membros dispõem de toda a informação e podem interferir nas decisões sobre a entrada de qualquer estrangeiro, está assegurada essa condição (que parece imprescindível por razões de segurança pública). Isso é uma política comum de vistos.

Repare-se que a eliminação dos controlos nas fronteiras pode ter surgido por razões económicas – *maxime* para garantir a efectiva livre circulação dos factores de produção, dentro de um Mercado Comum. E uma política comum de vistos ultrapassa em muito o âmbito económico. Não obstante, se não considerarem outros motivos válidos para a transferência dessa competência (se ela não se justificar por outra via, nomeadamente por ser mais eficazmente exercida ao nível comunitário), ela deverá ser pesada enquanto custo. O mesmo é dizer que, constatada a necessidade da sua transferência como condição da eliminação dos controlos fronteiriços, terá de pesar-se se será preferível suportar a ineficiência decorrente da manutenção destes ou, inversamente, se se justificará essa transferência por arrasto.

¹⁶⁵ O objectivo da eliminação total dos controlos fronteiriços à circulação das pessoas resultou do Livro Branco sobre o Mercado Interno (da Comissão), de Junho de 1985, que está na origem do objectivo da Europa sem fronteiras em 1992, inscrito no Acto Único Europeu. Será, no entanto, o Tratado da União Europeia (Maastricht) a inserir no Tratado de Roma uma nova disposição (na altura o art. 100º-C, posteriormente substituído pelo art. 62.º, aditado pelo Tratado de Amesterdão e que surge agora como art. 77.º no TFUE), prevendo exactamente uma política comum de vistos (até porque a efectiva eliminação dos controlos à circulação das pessoas só veio a ocorrer no âmbito de um regime especial, acordado entre alguns Estados-Membros apenas, que ficou conhecido pela Convenção de Schengen, cujo acervo foi integrado no direito originário com o Tratado de Amesterdão, contemplando excepções importantes).

Em nossa opinião, este será o único caso de transferências de competências não previamente afectadas. E se o afirmamos em termos gerais é porque nos parece que efectivamente toda a transferência de competências de um determinado nível de poder para o nível superior – mais abrangente – tem de justificar-se em termos de eficiência.

Assim sendo, a conclusão à questão colocada surge de forma lógica: toda a transferência de competências há-de justificar-se à luz do princípio da subsidiariedade, tal como vem enunciado nos tratados (embora, nestes, a sua aplicação se faça num âmbito mais restrito). Este obriga a demonstrar a maior eficiência do nível superior, o mesmo é dizer, a menor eficiência do nível inferior, o que por sua vez equivale, como vimos, à constatação da erosão dessa competência. Donde, apenas são transferíveis as competências cujo exercício haja sido previamente objecto de um erosão ao nível inferior. Fora dessa circunstância, apenas poderão existir transferências por arrasto, ou seja, por força de outras transferências.

[73]

O que nos permite concluir finalmente que nenhuma limitação de soberania decorre da integração. Esta apenas enquadra juridicamente limitações que lhe são anteriores, ou que resultam de outras transferências¹⁶⁶.

A novidade não está, portanto, nas limitações de soberania, mas apenas no seu enquadramento jurídico, o qual se traduz numa previsão e regulação das situações em que os Estados envolvidos admitem que determinadas decisões em âmbitos da sua competência possam ser tomadas por órgãos de organizações internacionais (nos quais estes poderão eventualmente participar).

Há, portanto, na integração, um condicionamento mútuo, entre os níveis nacional e supranacional (Häberle, 2000: 96).

¹⁶⁶ Subsiste uma outra situação próxima que formalmente não integra a integração, mas que conduz a situações paralelas, materialmente muito próximas. Referimo-nos nomeadamente aos casos dos países europeus que se mantiveram fora da UE mas cuja proximidade geográfica e de interesses, forçaram o estabelecimento de laços convencionais que, na prática, se traduziram na obrigação de adequarem a sua legislação interna a uma parte importante dos regimes comunitários. O caso mais relevante será o da Suíça (Cottier, Hertig, 2003: 268), cujo território está totalmente rodeado por Estados-membros.

1.3.3.2.3 Pluralismo jurídico

The giraffe is like a machine that though made out of pieces from different machines, still functions perfectly. [...] Mr. Palomar [...] wondered why he was so interested in giraffes. Perhaps because the world around him moved in disharmony and he always hoped to uncover a design, a constant. Italo Calvino (Cassese, 2005: 663)

[74]

Os Estados reclamam tradicionalmente para si a competência exclusiva para a produção de actos normativos. Esta é, aliás, a primeira competência soberana: *fazer e abrogar a lei* (Bodin, 1993: 162). Vimos anteriormente [34] como ela foi questionada internamente, com a constatação do pluralismo jurídico. Acontece que, naquilo que a doutrina designa como a terceira fase do pluralismo (Michaels, 2009: 4), a atenção foi dirigida para o pluralismo transnacional. É esta vertente do pluralismo que agora nos interessa.

Terminada a II GM, a primeira circunstância a tornar patente a erosão do exclusivo estadual na produção normativa foi o advento dos direitos humanos (Pentassuglia, 2002: 303). O carácter vinculativo de algumas convenções independentemente do assentimento formal – a que anteriormente nos referimos [53] – tornou evidente a produção de normas jurídicas fora do contexto tradicional da vontade soberana dos Estados.

Genericamente, a própria globalização vai manifestar-se através de fenómenos de natureza plural, valorizando a abordagem pluralista. No mesmo sentido e ainda a partir do plano internacional, os fenómenos de integração vão assumir a criação de ordens jurídicas próprias que assentam em quadros institucionais com competência para a produção de normas¹⁶⁷. O pluralismo jurídico – enquanto situação na qual duas ou mais ordens jurídicas coexistem num âmbito social ou comunitário (Michaels, 2009: 3) – estava assim definitivamente constatado. Mais ainda: o pluralismo de

¹⁶⁷ Voltaremos adiante à questão do pluralismo jurídico – cf. 3.3 p. 210 e 3.3.2.1 p. 270. As referências que agora são feitas visam apenas introduzir a questão enquanto elemento de erosão da soberania.

origem internacional constitui a vertente mais relevante (a doutrina apelidou-a de forte ou profunda), ou seja, aquela em que se não assumem hierarquias entre as ordens jurídicas envolvidas (Michaels, 2009: 5).

Em paralelo, a doutrina vinha reconhecendo e estudando outros processos de produção normativa, envolvendo ONG, empresas multinacionais e grupos industriais, comunidades indígenas, terroristas internacionais, activistas, etc. (Berman, 2007: 1175). É certo que a análise pluralista padecia da desvalorização excessiva do direito positivo e das exigências formais colocadas à produção de normas jurídicas¹⁶⁸. Teve, todavia, a vantagem de tornar evidente o facto de a criação jurídica ser um processo dinâmico que envolve todos os níveis institucionais de uma comunidade (Avbelj, 2006: 379).

No plano estritamente internacional desenvolveram-se, ao longo da segunda metade do século passado, fenómenos normativos de grande relevância: regras financeiras estabelecidas pelas instituições internacionais, a *lex mercatoria*¹⁶⁹, o direito laboral e desportivo (*lex sportiva*) internacional, as regras de standardização, ambientais, etc. Todos estes casos constituem sistemas jurídicos não estaduais que influenciam, em termos determinantes, quer a ordem jurídica interna dos Estados quer a própria ordem internacional, na medida em que exercem uma pressão, por vezes inelutável, de adequação (Berman, 2007: 1162; Maher, 1998: 241).

Por outro lado, o regime internacional dos direitos humanos veio consagrar, em termos explícitos, o reconhecimento da especificidade das comunidades subnacionais (nomeadamente da sua cultura, língua e diversidade próprias) e a protecção de grupos minoritários (Fossum, 2001: 5), o que, de alguma forma, forçou também o reconhecimento do pluralismo jurídico, ao impor níveis de auto-organização e auto-gestão que resultam na edificação de ordens jurídicas próprias por imposição externa.

¹⁶⁸ Para além destas críticas que partem da doutrina jurídica, somam-se as críticas avançadas na antropologia: a propensão para conceitos básicos ou incipientes de cultura e de direito, a dificuldade em definir e distinguir a regra jurídica, a tendência etnocêntrica, a preferência romântica pela pluralidade e localidade sobre a uniformidade e universalidade (Michaels, 2009: 2).

¹⁶⁹ A *lex mercatoria* é um conceito que se refere a um corpo de regras de auto regulação do comércio internacional e que tem sido objecto de análise em diferentes perspectivas, para além do pluralismo (Michaels, 2009: 6).

Esse processo foi canalizado parcialmente e acentuado por um importante movimento de regionalização e descentralização ocorrido nos Estados, o qual denotava a tendência geral para a transferência de poderes decisórios para níveis infra e supranacionais (Hooghe, Marks, 2001: 1; Bartelson, 2006: 466).

A partir dos anos 80 do século passado, a fragmentação¹⁷⁰ da capacidade decisória (normativa), a partir das autoridades representativas originais, tornou-se num fenómeno incontornável, dando origem a situações de pluralismo jurídico que questionam directamente a perspectiva tradicional soberanista (cf. Avbelj, 2006: 379). O retrato estava feito numa irreduzível pluralidade de ordens jurídicas, na coexistência de ordens jurídicas nacionais com outras ordens e na ausência de primazia hierárquica (Michaels, 2009: 1).

Em termos contundentes Griffiths afirmaria: *o pluralismo jurídico é o facto*¹⁷¹. *O centralismo jurídico é um mito, um ideal, uma pretensão, uma ilusão. Não obstante, a ideologia do centralismo jurídico tem tido uma influência tal sobre a imaginação de juristas e sociólogos que a sua imagem do universo jurídico tem conseguido fazer-se passar como realidade, formando a base da teoria jurídica e social. O objectivo central de uma concepção descritiva de pluralismo jurídico é portanto destrutivo: evidenciar a estranheza da ideia de que aquilo que o direito é, é uma unidade, uma ordenação normativa*¹⁷² *distinta e exclusiva*¹⁷³ *dependente do poder estadual e a ilusão de que o mundo jurídico seja da maneira que essa concepção pretende que seja* (Griffiths, 1986: 4).

¹⁷⁰ A fragmentação do direito internacional tem sido genericamente considerada um problema, na medida em que constitui uma ameaça ao sistema actual. Alguma doutrina, todavia, vê nessa fragmentação apenas uma manifestação de pluralismo que pode inclusivamente fortalecer as práticas, as regras e as instituições internacionais (Burke-White, 2004: 963).

¹⁷¹ Esta posição é frequentemente referida na doutrina (Berman, 2009: 1152).

¹⁷² É que, ao contrário do que comumente se assume e afirma, o direito não é um sistema de regras jurídicas, mas um sistema de relações jurídicas – matrizes que identificam pessoas e situações em termos abstractos (Allott, 1999: 36).

¹⁷³ Essa ilusão de exclusividade leva a que se tendam a ignorar as normas sociais que precedem as normas legais (formais), o constitui um vício intelectual da estadualidade (Shaw, Wiener, 2001: 7).

[75]

Todo este fenómeno de exercício plurinivelado de poder (*multi-level governance*)¹⁷⁴ foi, por isso, objecto da atenção da doutrina que se esforçou por o analisar de diferentes perspectivas.

Muito embora ainda hoje existam autores que preferem insistir na análise a partir do quadro tradicional do Estado soberano – enquadrando o pluralismo jurídico nos desafios próprios de fases de transformação (Hoffmann, 1982: 26) – o facto é que a situação já não é questionável. E ela representa, pelo menos, um importante desafio ao princípio da soberania, na medida em que a concepção tradicional do princípio assumia a exclusividade do poder normativo (Michaels, 2009: 4), ou, nas versões menos radicais, pelo menos um princípio hierárquico, de sujeição de quaisquer outros poderes concorrentes.

A consagração do pluralismo deve-se em parte à constatação de que a dispersão do poder é mais eficiente e juridicamente melhor fundamentada do que a posição tradicional do monopólio do poder centralizado (Hooghe, Marks, 2001: 4). Na verdade, os estudos revelam que a dispersão do poder permite captar melhor todo o espectro de externalidades resultantes do exercício do poder público e ainda que permite responder melhor à heterogeneidade das preferências dos cidadãos. Para além disso, a dispersão de poder reforça a credibilidade dos compromissos políticos, permite o surgimento de concorrência política e facilita a inovação e experimentação.

Nestes termos, ao contrário da percepção tradicional de que a pluralidade de poderes ordenadores geraria confusão e ineficiência (porque toda a ordem seria intrinsecamente hierárquica), constata-se que ela pode afinal ser um caminho de aperfeiçoamento. E portanto, tudo indica que, para lá da hierarquia, pode haver

¹⁷⁴ A perspectiva de *multi-level governance* concebe a integração regional como parte de um fenómeno geral de articulação da autoridade entre poderes em diferentes escalas (Hooghe, Marks, 2008: 2).

O esforço de abordar a questão da fragmentação do poder por diferentes níveis fez com que a doutrina distinguisse com diferentes designações as diferentes abordagens da questão: *multi-level governance*, *multi-tiered governance*, *polycentric governance*, *multi-perspectival governance*, FOCJ (*functional, overlapping, competing jurisdictions*), *fraggementation*, *consortio* e *condominio* (Hooghe, Marks, 2001: 4).

ordem¹⁷⁵. E por isso, provavelmente a unidade não se constrói necessariamente sobre a aniquilação da diversidade.

[76]

O pluralismo jurídico tem, todavia como consequência uma alteração da natureza do poder e do próprio Estado.

Nesse plano, a modernidade trouxe-nos uma alteração fundamental do seu epicentro, que passou ‘do rei para a lei’, como referia Kant. Mais do que isso, substituiu o princípio do segredo do rei pelo da publicidade da lei. Isso transformou o Estado numa organização que torna público o exercício do poder face à lei (Roermund, 1997: 364).

O pluralismo jurídico, descentrando a ordem jurídica, dificulta essa função – que, talvez por ser imprescindível, alimenta a angústia relativa às modificações por que o Estado passa nos nossos dias.

¹⁷⁵ Nesta perspectiva, a abordagem pluralista tem permitido superar a tradicional querela no direito internacional entre monismo e dualismo. De facto, os efeitos práticos de ambas as posições e respectivas variantes prendem-se fundamentalmente com a determinação do corpo normativo prevalente em caso de conflito: na perspectiva monista o direito internacional constitui um corpo jurídico que se impõe, penetrando na ordem nacional; na perspectiva dualista ele surge como um corpo jurídico externo, cuja penetração na ordem interna tem de ser objecto de uma filtragem, segundo o prisma do direito constitucional nacional. As perspectivas pluralistas menos do que determinarem a prevalência segundo princípios de hierarquia, procuram sublinhar a concorrência jurídico-axiológica e os efeitos positivos de re-ponderação que daí decorrem (Búrca, Gerstenberg, 2006: 244).

Também no plano interno se vem revelando uma perspectivação cada vez mais marcada pelo pluralismo. Assim, por exemplo na análise do exercício das competências legislativas nacionais e regionais, aceita-se, entre nós, que não exista uma hierarquia entre esses níveis (Salema, 1988: 905).

2. A *distinctio specifica* da construção europeia

The mysteries [of the union which Europeans are attempting to build] *are at least as difficult to understand as those of the Trinity* (Backer, 1998: 1336)¹⁷⁶.

[77]

O processo de construção europeia – mesmo se entremeado com avanços e dificuldades – tem decorrido com grande sucesso. Não obstante, quando se trata de o explicar, a doutrina tende a enfrentar como que um mistério. E, tal como o mistério da Santíssima Trindade¹⁷⁷, a dificuldade (e o seu desafio central) resulta da afirmação simultânea de uma ideia de unidade no respeito pela diversidade.

[78]

In varietate concordia (concordia na diversidade) é o lema europeu que evidencia esse desafio, o qual constituiu, por sua vez, o cerne do seu intuito inovador¹⁷⁸.

¹⁷⁶ A expressão foi originalmente usada por Robert Musil (*The Man without qualities*, vol. I, 1955, Perigree Books, p. 199) referindo-se à nação austro-húngara. Backer retomou-a por a considerar igualmente adaptável à construção europeia.

¹⁷⁷ *Deus é o único Senhor (Mc 12,29)* [mas] *Professar que Jesus e o Espírito Santo são, também eles, Deus e Senhor, não introduz nenhuma divisão no Deus Uno* (Catecismo § 202) – é nesta contradição que reside o mistério trinitário.

¹⁷⁸ O lema adoptado pelos EUA – *E pluribus unum* – traduz, no essencial, a mesma ideia. Nessa medida, não há grande inovação. Ela surge todavia na diferença: enquanto o lema americano sublinha o processo unificador (*de muitos surge um só*: a unidade construída – apesar, eventualmente – da diversidade), o lema europeu sublinha que a unidade se não faz à custa da diversidade. Sublinha portanto uma clara intenção de respeitar as diferenças no processo de construção europeia (cf. a explicação oficial, no texto).

Na explicação oficial¹⁷⁹, *este lema significa que na UE os europeus estão unidos, trabalhando em conjunto pela paz e pela prosperidade, e que o facto de existirem diferentes culturas, tradições e línguas na Europa é algo de positivo para o continente.*

O empenho em conseguir a unidade na diversidade parece todavia uma contradição nos termos¹⁸⁰ (Hendry, 2009: 3), a qual, sendo insuperável¹⁸¹, pode bem traduzir a ingenuidade própria de um objectivo inatingível.

De facto, a dificuldade do objectivo fixado pode ser observada de duas perspectivas distintas: na valorização da audácia (e da coragem que ela revela) ou na constatação da ingenuidade que lhe será inerente.

Esta oposição de perspectivas subsiste, desde o início do processo de construção europeia e está bem retratada no episódio que Monnet conta a propósito da abertura das negociações do tratado CECA, em 3 de Junho de 1950 (na sequência da Declaração Schuman, portanto). Assim, face ao entusiasmo público dos governos dos seis Estados envolvidos, o embaixador britânico em Paris emitiu uma declaração na qual afirmava que *existem precedentes de organizações internacionais criadas ao som*

¹⁷⁹ Cf. http://europa.eu/abc/symbols/motto/index_pt.htm (endereço visitado em 2010.11.25).

A escolha do lema europeu resultou de uma iniciativa do jornalista francês Patrick La Prairie, do Ouest-France, que pretendia assim comemorar os 50 anos da Declaração Schuman, Reunindo diversos apoios na imprensa europeia, foi lançado um concurso aberto a estudantes dos liceus que começou por recolher propostas que foram sujeitas inicialmente a uma selecção nacional de dez e depois a uma selecção europeia de sete. Finalmente, em 4 de Maio de 2000, quinhentos dos melhores estudantes dos quinze Estados-membros proclamaram no Parlamento Europeu o lema que havia sido escolhido pelo júri de quinze representantes nacionais. Em 20 de Junho de 2000 o lema foi aprovado no Conselho Europeu reunido em Santa Maria da Feira.

A Constituição europeia e o Tratado de Lisboa tinham previsto uma variante deste lema – *unitas in diversitate* – mas acabou por ser retirado de texto final, aparentemente por a utilização de um lema se considerar excessivamente estadual (Hendry, 2009: 3).

¹⁸⁰ Não obstante, *a Europa e a sua cultura resultam dessa fusão nunca conseguida, permanentemente instável e cuja grande originalidade – se a compararmos às culturas asiáticas – é justamente ser uma mistura dinâmica de elementos de proveniências diversas e de tendências contraditórias* (Rougemont, 1962: 16)

¹⁸¹ No plano estritamente jurídico o respeito pela diversidade pode ser identificado nos regimes excepcionais previstos nos tratados (quer nos tratados fundadores – relativamente ao regime de Berlim ou de alguns territórios ultramarinos – quer nos tratados de adesão – com regimes específicos para regiões insulares ou zonas específicas – quer ainda dos tratados modificativos – com um número importante de protocolos e declarações que estabelecem regimes especiais), e bem assim, no direito derivado (Schoudeete, 2000: 63).

de trompas e fanfarras que todavia não conheceram senão dificuldades e decepções quando se tratou de as pôr a funcionar (Monnet, 1976: 454). A profundidade das ambições europeias sempre chocou a mentalidade britânica¹⁸².

De facto, na Europa, mesmo constatando-se o seu elan civilizacional, a diversidade é sempre a nota evidente (Hendry, 2009: 5) pelo que o que parecia (e parece ainda hoje) difícil, era a construção da unidade, nessa diversidade – mesmo se essa é a sua essência (Augenstein, 2008: 2).

O pragmatismo insular foi, todavia, excessivo, porque era (e é) na complexidade do desafio que residia a sua essência (e quiçá o seu segredo¹⁸³). Seguro disso mesmo, Monnet escreveria numa carta a MacMillan, Primeiro-Ministro britânico: *as propostas de Schuman ou são revolucionárias ou não são nada. O seu princípio fundamental é a delegação de soberania, num domínio limitado mas decisivo* (Monnet, 1976: 456).

Era o caminho da unidade, da busca de coerência, coesão e completude (Hendry, 2009: 3).

[79]

Havia e permanece vivo o convencimento de que toda a integração assenta na criação de órgãos supranacionais que recebem poderes do nível nacional e os exercem sobre o conjunto do espaço dos Estados-membros. Como consequência, a ordem resultante do processo de integração impõe-se à ordem dos Estados-membros¹⁸⁴ (ainda que apenas nos domínios em que tenham ocorrido transferências de competências).

Vimos anteriormente que esta conclusão não é completamente correcta, na medida em que a integração não implica de *per se* limitações de soberania [68] e nesse

¹⁸² Nesse mesmo sentido, veja-se tb. a citação de Anthony Trollope na nota 446.

¹⁸³ Por isso Denis de Rougemont diria, ainda no início do processo de construção europeia: *eu creio que a única união conforme ao génio próprio da Europa, ao seu passado, às suas realidades, como também à sua vocação presente é a união na diversidade* (Rougemont, 1962: 46).

¹⁸⁴ A posição britânica (a que nos referimos no parágrafo anterior), muito alicerçada nesta perspectiva, nem por isso impediu a adesão – que ocorreria em 1973, após dois pedidos fracassados (em 1961 e 1967) face à oposição do General de Gaulle. A explicação para esta aparente contradição está no utilitarismo britânico: é que os laços económicos estabelecidos com a EFTA mostraram nunca poderem atingir o nível de vantagens que a adesão ao Mercado Comum prometiam (George, Lacey, 2003: 306).

sentido, a ordenação europeia que consubstancia a sua unidade não supõe uma agressão à diversidade. Essa originalidade do processo de construção europeia implica portanto a ambição de edificar uma ordenação para lá da mera hierarquia (que resulta do princípio soberano).

[80]

É isso que vamos tentar perceber como e em que medida aconteceu, neste capítulo.

Começaremos assim por evidenciar a existência, desde o início do processo de construção europeia, de uma vontade clara de criar algo que rompesse com os paradigmas tradicionais (2, 2.1.1). Veremos ainda como esse intuito inovador foi assumido pela jurisprudência europeia (2.1.2), o que constituiu, enquanto tal, uma novidade digna de nota. Veremos depois, os principais contributos doutrinários no sentido do enquadramento teórico dessa novidade (2.2), concluindo no entanto que, apesar de tudo, a doutrina vem persistindo nas dificuldades surgidas nesse percurso (2.3).

2.1 A inovação em marcha: de Monnet a Costa/ENEL

Patriotism is not enough (Edith Cavell)¹⁸⁵

[81]

As ideias base e o lançamento do processo de construção europeia foram marcados por uma vontade assumida de alteração radical na forma de relacionamento dos Estados¹⁸⁶ europeus e no enquadramento regulador dessas relações. Essa novidade sempre foi patente (Avbelj, 2007: 1).

¹⁸⁵ Edith Cavell foi uma enfermeira britânica que, na primeira guerra, ajudou alguns soldados aliados a escaparem da Alemanha para a Holanda, acto esse que lhe valeu o fuzilamento. A frase terá sido dita ao capelão anglicano quando lhe ministrou a comunhão na noite anterior, e consta na inscrição da base do monumento que foi erguido em sua honra no centro de Londres (Corner, 2008: 7).

¹⁸⁶ Na realidade, o processo de construção europeia, mais do que uma experiência particular levada a cabo por um pequeno grupo de Estados, sempre assumiu um carácter exemplar. Assim ele é uma aventura decisiva para toda a humanidade (Rougemont, 1962: 9).

Logo após a II GM era generalizada a consciência da necessidade de mudança, mesmo se não repousava num enquadramento teórico definido.

Ela foi particularmente clara na visão de Jean Monnet, de cujo memorando de 30 de Abril de 1950 sairá a Declaração Schuman (a qual marca o nascimento do processo de construção europeia). E foi também assumida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que, apesar da relativa indefinição teórica do modelo adoptado, não se coibiu de dar os contributos necessários à efectiva implementação do processo.

Esta capacidade de distanciamento relativamente às concepções tradicionais (em especial no tocante à visão soberanista/hierárquica da ordenação estadual e internacional) vai criar as condições necessárias ao florescimento de perspectivas pluralistas, as quais constituem a base da articulação desejada entre unidade e diversidade.

Nos pontos seguintes veremos, separadamente, a assumpção da novidade pelos *pais fundadores*¹⁸⁷ – em especial por Jean Monnet (2.1.1) – e pela jurisprudência do tribunal (2.1.2).

2.1.1 A assumpção expressa da novidade

Like no other continent, Europe is obsessed with its own meaning and direction (Ash, 1998: 51)

[82]

O TCECA (1950) refere, no seu preâmbulo, tratar-se do lançamento dos *primeiros alicerces de uma comunidade mais ampla e mais profunda* (último considerando). A fórmula viria a evoluir para uma expressão que, a partir de então, seria constantemente retomada e que, até ao presente, constitui a melhor definição do objectivo – ou *telos* (Avbelj, 2008: 8) – do processo de construção europeia: a criação

¹⁸⁷ Usamos aqui esta expressão, por referência à dos *founding fathers* americanos que veio a ser transposta para o quadro da construção europeia.

de *uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus* (primeiro considerando do TCE e do TFUE).

Esse objectivo implicava a criação de uma estrutura política integrada. Nos âmbitos político e académico, essa estrutura – através da qual se caminhava para a *união cada vez mais estreita* –, consubstanciava um nível de poder distinto dos tradicionais, já que era mais do que uma organização internacional, mas menos do que um Estado federal (Burley, Mattli, 1993: 41; Machado, 2010: 34). Para identificar esta estrutura original cedo se começou a usar o termo supranacional (Kohler-Koch, 2006: 94). É que, como defendera Kant, para construir a paz era necessário ir além do Estado-nação (Mutimer, 1994: 13; Parsons, 2002: 58).

Tal como Schuman salientaria alguns anos mais tarde, até 1950 não havia exemplo de uma instituição que se colocasse para lá e acima da soberania nacional. Esta continuava a ser considerada inviolável. Os pactos de Dunquerque (celebrado entre a França e a Inglaterra em 4 de Março de 1947) e de Bruxelas (de 17 de Março de 1948, que juntavam os países do Benelux) assentavam sobre essa mesma ideia, da mesma maneira que o Pacto do Atlântico (de 4 de Abril de 1949). *O desafio colocado era pois o de quebrar o encantamento*¹⁸⁸. *Terminada a guerra, o difícil parecia agora ser suceder em tempo de paz* (Schuman, 1963: 134).

[83]

O papel de Monnet, na assumpção da novidade, foi decisivo.

O seu empenho em limitar as condições que permitissem o retorno às lógicas tradicionais não se quedou nas iniciativas que acabariam por dar origem ao processo de construção europeia, em especial ao impulso originário na declaração Schuman.

Chamado a intervir nas primeiras rondas negociais dos tratados, Monnet tudo fez para eliminar nas discussões o sentimento particularista, por entender que só assim se conseguiria uma solução. E de tal forma se impôs nesse sentido que forçou o

¹⁸⁸ A postura expressamente inovadora de Monnet e Schuman é minimizada na análise intergovernamentalista que explica o processo de construção europeia com a necessidade sentida pelos governos de criarem estruturas fortes capazes de enfrentarem os desafios políticos do pós-guerra e do elevado grau de interdependência existente na Europa desde então (Parsons, 2002: 47).

abandono da própria noção de negociação (Monnet, 1976: 467): muito mais do que um contrato, tratava-se da formação de uma comunidade. A diferença resultava na alteração definitiva do *status quo*, porque *não há comunidade senão entre povos que se comprometem sem limites de tempo e sem ideia de retorno* (Monnet, 1976: 472).

[84]

Essa foi, aliás, a razão que manteve o Reino Unido de fora do processo: numa posição marcadamente conservadora (do *status quo*), este¹⁸⁹ Estado defenderá, até à exaustão, a opção pelos mecanismos tradicionais, no sentido da preservação da soberania britânica. Assim, Winston Churchill, numa posição inversa à de Monnet, dirá do Reino de S. Majestade: *nós estamos com a Europa mas não somos da Europa. Estamos ligados, mas não comprometidos. Estamos interessados e associados, mas não absorvidos*¹⁹⁰ (George, Lacey, 2003: 305)

[85]

O caminho fez-se, assim, para lá dos Estados nacionais¹⁹¹ (Amtenbrink, 2008: 16), através de uma estrutura superior de poder com características inteiramente inovadoras face às estruturas tradicionais em que estes participavam (Bogdandy, 1992: 21): não se tratava de absorver e homogeneizar a diversidade, mas antes de articular uma nova ordem jurídica continental simultaneamente acomodando – e não submetendo – as ordens dos Estados-membros no seu seio (Hendry, 2009: 5).

[86]

Esta novidade expressamente assumida pelos fundadores do processo está na origem de outra que deve ser salientada. É que, por se tratar do resultado de vontades

¹⁸⁹ As resistências aos intuitos supranacionais não foram apenas britânicas: também os Estados escandinavos entenderam inicialmente que os mecanismos intergovernamentais seriam suficientes para os objectivos de aproximação dos Estados europeus. E mesmo em França, o general Charles De Gaulle opôs-se, tanto quanto lhe foi possível, às facetas supranacionais assumidas no processo (Laursen, 2007: 7).

¹⁹⁰ Não sendo possível uma tradução literal (em especial pela não diferenciação na língua inglesa entre ser e estar), será oportuno deixar registada a expressão original: *We are with Europe, but not of it. We are linked, but not compromised. We are interested and associated, but not absorbed.*

¹⁹¹ O processo não teve todavia o efeito de apagamento dos Estados, cuja importância no sistema político se mantém – mesmo se os actores passaram a dirigir a Bruxelas algumas das suas pretensões (Kohler-Koch, 2006: 106).

expressas no sentido da ruptura com os modelos existentes, a construção europeia manifesta-se através de criações jurídicas¹⁹² puras (Beaumont, Walker, 1999: 170), no sentido em que não foi antecedida por uma comunidade pré-política sobre a qual se edificou uma comunidade estruturada (Shaw, 2001: 73) – nem visa, como temos referido, uma comunidade política segundo um modelo pré definido.

Não quer isto dizer que não existissem importantes laços civilizacionais a unirem os europeus. Pelo contrário: o processo de construção europeia teve, como condição essencial, uma comunidade de civilização, desenvolvida numa história comum, ao longo de muitos séculos (Cartou, 1986: 43). E, além disso, é inegável que a situação surgida a seguir à II GM constituiu, também ela, um incentivo ao próprio processo (ibidem).

Não obstante, o processo de construção não resulta daquilo que no século XIX esteve origem da formação dos Estados italiano ou alemão: um sentimento patriótico (histórico-cultural), a anteceder e impulsionar um novo quadro jurídico-constitucional.

A novidade introduzida assenta portanto em condições histórico-culturais relevantes, mas que, de forma alguma, impunham ou sugeriam sequer o tipo de agregação que veio a ser acolhido. Não se tratou de unir ou fundir Estados, no sentido da criação de uma federação¹⁹³. Mas não se tratou também, (apenas) da criação de uma organização internacional que regulasse de forma permanente a cooperação dos Estados. Tratou-se, isso sim, de um caminho intermédio, expressamente consagrado num desenho jurídico inovador, que reflecte esse esforço de equilibrar as tendências, assegurando, simultaneamente, a possibilidade da ponderação da sua bondade e da evolução desejável em cada momento. Por isso, de alguma forma, o processo acaba por se tornar mais importante do que o resultado (Amtenbrink, 2008: 10; Soares, 1999:

¹⁹² A novidade jurídica resulta do próprio carácter inovador das ideias que lhe estão na base e que, de uma forma ou de outra, têm uma marca francesa (Parsons, 2002: 54).

¹⁹³ O objectivo último da construção de uma federação europeia surge expresso na Declaração Schuman, mas não é inscrito no TCECA, no TCE ou no TUE. Em boa verdade, tal referência não mais será usada nos textos fundamentais do processo (Amtenbrink, 2008: 10). De qualquer forma, a tendência que pretende olhar a UE como um Estado, mantém-se na doutrina, constituindo apenas a outra face daquela que recusa a novidade do processo de integração (Avbejl, 2007: 6).

6) – mesmo que esse resultado tenha sido o daquela que é indiscutivelmente a mais importante e poderosa organização internacional (Búrca, Gerstenberg, 2006: 255).

[87]

Neste âmbito ainda, a novidade pode ser sublinhada noutro aspecto.

É que esse caminho novo introduzido com o processo de construção europeia fez-se, como vimos atrás [85], para lá dos Estados nacionais, através de uma estrutura superior de poder, com características inovadoras. Mas, para lá das estruturas de poder público – chamemos-lhe assim – o processo desencadeou também o surgimento e a participação de grupos de pressão, cujo papel será devidamente salientado pela doutrina neofuncionalista¹⁹⁴ (cf. infra 3.2.2.3.1.).

No quadro do processo de formação da vontade dos órgãos europeus previu-se, desde sempre, a intervenção de grupos de pressão (por vezes com assento institucional – *maxime* no Comité Económico e Social – outras, sem ele mas com auscultação sistemática pela Comissão). Essa previsão, mais do que facilitar, forçou a agregação de interesses e institucionalizou – pela primeira vez no plano internacional – a intervenção de actores não estaduais.

[88]

O carácter fundamentalmente jurídico com que a inovação se revela no processo de construção europeia permitiu que a doutrina assumisse, de forma mais ou menos implícita, duas consequências que a realidade mostrou não serem correctas.

A primeira dessas assumpções foi a da neutralidade (ou o carácter puramente instrumental) do elemento jurídico.

Tal como salienta Kenneth Armstrong, a doutrina durante muito tempo não foi capaz de perceber que o direito, mais do que um instrumento de integração (usado pelo sistema político), é também um meio de integração, através do qual o sistema

¹⁹⁴ Na oposição tradicional entre neofuncionalistas e intergovernamentalistas, uma das críticas mais relevantes que são dirigidas a estes, é exactamente a de, ao insistirem no papel central dos Estados, se mostrarem incapazes de acomodar a intervenção dos actores não estaduais, cuja importância é inquestionável (Gehring, 1996: 225).

político se vê condicionado no processo¹⁹⁵. Na verdade, os elementos jurídicos organizacionais, procedimentais, substantivos e normativos constituem, só por si, elementos determinantes da integração (Armstrong, 1998: 156). É que o direito constitui, não apenas, uma instância de auto-perpetuação de modelos culturais (Caruso, 1996: 21), mas também de enquadramento de dinâmicas – que podem ser abertas, como aconteceu no âmbito europeu –, assumindo, deste modo, um papel determinante no processo de integração europeia.

O formalismo jurídico tem sido, aliás, usado para justificar medidas dificilmente atingíveis por consenso (ibidem), tornando assim evidente como as opções políticas são frequentemente disfarçadas com imposições metodológicas¹⁹⁶.

A segunda assumpção incorrecta refere-se a um suposto carácter tendencialmente estático e final do elemento jurídico.

Assim, a doutrina tende a considerar que todo o desenho jurídico constitua o resultado formal com que se exprime o modelo politicamente acolhido. Por isso, durante muito tempo, se procurou determinar com exactidão esse modelo, a fim de que a caracterização do quadro jurídico resultasse da coerência dele mesmo. E o debate oscilou assim em volta dos modelos federal e funcionalista.

Acontece, porém, que o desenho jurídico, muito menos do que exprimir um modelo político definitivamente assumido, constituiu uma ferramenta da evolução permanente do próprio modelo. Nesse sentido, o carácter inovador do processo impôs um desenho híbrido¹⁹⁷ e aberto, o qual, foi sendo adaptado e concretizado através da

¹⁹⁵ A ideia foi retomada por Dehousse e Weiler e, mais recentemente, por Hendry (Hendry, 2009: 5). Easson afirma peremptoriamente que o Direito mais do que um instrumento de integração, é o instrumento através do qual a integração se realiza (Easson, 1994: 93).

¹⁹⁶ Valerá a pena, neste momento, voltar a olhar para a questão atrás levantada, da existência de transferências (formal, jurídica) de competências (para o nível supranacional) que surgem por arrasto [72]. Esta circunstância, é com facilidade transformável num argumento justificativo formal. Se a admissão da erosão das capacidades de exercício em determinado domínio se mostra politicamente inconveniente, o argumento jurídico-formal constitui sempre uma justificação alternativa: a transferência ocorreu porque se mostrava inevitável no quadro do processo de integração.

¹⁹⁷ O carácter híbrido é por demais evidente no processo decisório (de adopção de actos vinculativos), onde, desde sempre, conjugou elementos supranacionais (no poder de iniciativa da Comissão ou na intervenção do Parlamento Europeu que foi sendo progressivamente valorizada) com elementos intergovernamentais (*maxime* por força da intervenção do COREPER e do Conselho).

acção dos mecanismos criados¹⁹⁸ e dos ajustamentos que o próprio quadro foi sofrendo¹⁹⁹.

2.1.2 As concepções tradicionais questionadas na jurisprudência

Persistent efforts to unify Europe were matched with persistent failure. The European Union only became viable once disputes that threatened it were channeled into acceptable dispute resolution structure and the agreements made by its members became credible through the capacity for enforcement. The judiciary is the mechanism through which the members are bound by more than words alone. Thus, the European unification only begins to be possible, practically, after the creation of a judicial structure to act as a nexus between peace and prosperity (Smith, 2007: 127)

[89]

O Tribunal de Justiça foi a primeira instância judicial internacional com competência genérica para interpretar os tratados que deram origem à organização internacional em que este se integra e, bem assim, a de apreciar quaisquer conflitos relativos à execução dos mesmos²⁰⁰.

Esta competência judicial não traria nada de novo se fosse vista no quadro de uma ordem estadual (correspondendo, aliás, às atribuições tradicionalmente conferidas aos tribunais, no exercício das suas competências soberanas). Constituiu, todavia, uma novidade absoluta no plano internacional, já que, neste plano, não existe a tradicional divisão entre os poderes legislativo, executivo e judicial, tendendo a considerar-se que

¹⁹⁸ Recorde-se, a propósito, o papel concretizador do Tribunal, relativamente aos diferentes regimes jurídicos que o TCE apenas referia, mas cuja aplicação exigia níveis de desenvolvimento que não tinham sido atingidos no direito derivado.

¹⁹⁹ Referimo-nos aqui, especialmente, às sucessivas revisões dos tratados, mas poder-se-iam incluir também, outros actos (p. ex. a Declaração Solene de Stuttgart sobre a União Europeia, de 19 de Junho de 1983).

²⁰⁰ Esta especificidade tornou-se tão atractiva (e eficaz) que a maioria dos tribunais internacionais vai tentar uma aproximação a esse modelo, afastando-se do modelo tradicional do TIJ. O facto é que, na prática, nenhum conseguiu obter o mesmo tipo de influência (Alter, 2009: 2).

todo o poder reside nos órgãos de representação externa dos Estados, ou resulta do consenso destes²⁰¹.

Aproveitando esta circunstância, o TJCE teve um papel central no processo de construção europeia, assumindo a novidade do processo (recusando, por isso, manter a sua actividade no estrito quadro do entendimento tradicional). Resistindo ao formalismo conservador que frequentemente caracteriza os órgãos jurisdicionais, o tribunal não repisou a vulgata jurídica internacional e inovou, dando expressão àquilo que era apenas uma ideia: a partilha de soberania.

De facto, como hoje em dia se constata, a partilha de soberania significa que os Estados-membros acordam em conferir poder a um qualquer tipo de *alta autoridade* – um corpo político diferente deles. Esta autoridade adopta decisões nas áreas em que foi acordado o exercício conjunto de poderes soberanos. Essas decisões são juridicamente vinculativas para os Estados (Corner, 2008: 9).

Nesta perspectiva, o labor judicial vai assim manifestar-se em três vectores que se articulam mutuamente: assumindo a autonomia da ordem jurídica comunitária [90] face à ordem jurídica internacional e às ordens jurídicas dos Estados-membros, afirmando os princípios do primado [93] e do efeito directo [95] finalmente constitucionalizando os tratados fundadores [98].

Vejamos pois separadamente cada uma destas circunstâncias, ponderando o seu significado e relevância.

[90]

A afirmação da autonomia da ordem jurídica comunitária (e da sua natureza específica, não puramente internacional²⁰²) surgiu muito cedo, com o acórdão

²⁰¹ Nesta distinção, mais uma vez se pode confirmar como o processo de construção europeia não é enquadrável nas concepções tradicionais. Na verdade, ao conferir-se competência jurisdicional plena ao TJ, rompeu-se com o modelo internacional clássico (sempre dependente do assentimento soberano) e aproximou-se o modelo comunitário do nacional. Mas nem por isso se assumiu este modelo nacional, consagrando uma união ou fusão de Estados que daria assim origem a um novo Estado (federal ou centralizado). No mesmo sentido, se pode sublinhar a diferença para o modelo tradicional da confederação que, pela sua natureza e prática histórica, não envolve a criação de órgãos jurisdicionais com competência plena para interpretar os tratados e apreciar quaisquer conflitos envolvendo a sua aplicação.

Costa/ENEL (15.07.1964, proc.º 6/64), quando se afirma nomeadamente que a comunidade possui poderes reais, resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de poderes dos Estados para a comunidade, tendo estes limitado os seus poderes soberanos e criado, assim, um corpo de direito aplicável a si mesmos e aos seus cidadãos (§ 3 do sumário).

E essa transferência operada pelos Estados da sua ordem jurídica para a ordem jurídica comunitária [...] implica uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos (*ibidem*).

Assim, porque o estabelecimento de um mercado comum afectava directamente os cidadãos europeus, o tratado tinha de ir além da mera criação de obrigações para os Estados: criava, portanto, uma nova ordem jurídica que impunha obrigações e garantia direitos aos cidadãos (Brunkhorst, 2006: 443).

[91]

A ideia da existência de duas ordens jurídicas (comunitária e nacionais) permanecerá no âmago da doutrina corrente, tornando-se na própria essência da integração europeia (Rubio-Llorente, 1998: 16; Avbelj, 2007: 2), vindo a ser retomada em termos particularmente enfáticos no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft* (17.12.1970, proc.º 11/70).

Ela constitui, assim, o primeiro passo da especial caracterização que o tribunal faria do direito europeu, acolhendo o intuito inovador do processo de construção europeia em termos de o afastar progressivamente das concepções jurídicas tradicionais do direito internacional²⁰³.

²⁰² Sobre o carácter específico da ordem comunitária V. adiante [239] as referências à constitucionalização dos tratados.

²⁰³ A aceitação da autonomia da ordem jurídica comunitária foi sofrendo as resistências próprias da dificuldade em aceitar uma ordem não estadual. O problema é, todavia, mais profundo: é que aquela autonomia obriga-nos a repensar não apenas o Estado, mas principalmente a relevância deste para as ordens jurídicas (Roermund, 1997: 364). Alguma doutrina levanta, neste ponto, outra resistência: é que, não estando asseguradas no quadro europeu (como não estão no plano internacional) as garantias de legalidade e legitimidade, a ordem comunitária depende incondicionalmente das ordens nacionais (Eleftheriadis, 2010: 5).

[92]

Ao impor a coexistência de ordens jurídicas, a afirmação da autonomia da ordem jurídica europeia faz surgir o problema dos termos dessa mesma coexistência.

De facto, o tribunal refere-se a ordens jurídicas distintas mas coordenadas – não a ordens independentes – as quais são aplicadas em simultâneo pelos tribunais que operam dentro das ordens jurídicas nacionais (Rubio-Llorente, 1998: 16) e, por isso, têm de se articular.

Uma parte da doutrina insiste que a articulação entre as ordens nacionais e a ordem jurídica europeia não tem – nem deve ter – uma natureza hierárquica. Assim, tratar-se-á de um fenómeno de pluralismo²⁰⁴ jurídico, no qual ambas as ordens jurídicas²⁰⁵ reclamam para si a supremacia: a ordem europeia por via da afirmação do primado, a as ordens nacionais por via da invocação da soberania (Avbelj, 2006: 391; Avbelj, 2007: 4).

De facto – e esta parece-nos ser a posição mais consistente – não há hierarquização (Machado, 2010: 73), porque a ordem europeia não determina nem enquadra (nem legitima) as ordens nacionais. Estas não lhe estão submetidas.

[93]

Outra parte da doutrina insiste na relação hierárquica²⁰⁶, com base essencialmente no princípio do primado: o Tribunal terá afirmado explicitamente uma hierarquia entre o direito comunitário e o direito nacional (MacCormick, 1995: 263;

²⁰⁴ Tal como já referimos antes, o pluralismo jurídico refere-se genericamente às situações sociais em que um comportamento é regulado por duas ou mais ordens jurídicas (Griffiths, 1986: 2). O pluralismo pode surgir interna ou externamente aos Estados. Assim, pode resultar da fragmentação jurídica e do surgimento, ainda que embrionário, de um direito global sem Estado (Maher, 1998: 241), ou da coexistência na ordem nacional com outros corpos normativos. O que é relevante é o facto de, por definição, o pluralismo pôr em causa o dogma da exclusividade estadual na produção normativa (Teubner, 1997: 137).

²⁰⁵ Talvez fosse mais preciso referir, em vez de ambas as ordens jurídicas, ambos os níveis jurídicos. Isto porque, do que se trata é da relação entre o nível nacional (composto por diferentes ordens nacionais) e o nível europeu (este respeitando apenas à ordem europeia). Na análise corrente, todavia, porque se enquadram sempre as relações entre uma ordem jurídica nacional e a ordem europeia, permanece a referência a estas ordens jurídicas.

²⁰⁶ Larry C. Backer reduz substancialmente a novidade que vimos referindo, enquadrando o princípio da autonomia no âmbito do federalismo e assumindo uma relação hierárquica entre o nível europeu e nacional (Backer, 1998: 1340).

Soares, 1999: 13), tornando aquele parte deste, mas com precedência (Avbelj, 2007: 7). Desta forma, a Comunidade exercerá competências soberanas (mesmo não sendo uma entidade soberana), as quais são limitadas, mas progressivamente reforçadas (Shaw, Wiener, 1999: 18).

É verdade que o primado afirma a prevalência de todas as disposições europeias com carácter vinculativo sobre as disposições nacionais, em caso de conflito (Swaine, 2000: 12). Parece-nos, todavia, que daí não se pode retirar – como essa doutrina pretende – uma relação hierárquica entre as ordens jurídicas.

A hierarquização decorrente da prevalência é apenas aparente.

Já o referimos anteriormente: não há qualquer submissão das ordens nacionais à ordem europeia, na medida em que esta as não legitima nem enquadra²⁰⁷.

As ordens nacionais não agem no quadro de competências que lhes são atribuídas pela ordem europeia. Pelo contrário, são os Estados-membros que – se e quando o entendem – transferem competências para o nível europeu (segundo um estrito princípio de atribuição consagrado no art. 5.º TUE), podendo, por via do mecanismo da revisão (que é por si inteiramente controlado – cf. art. 48.º TUE), readquiri-las.

O que há é, nos âmbitos das competências objecto de transferência, primazia das decisões europeias, porque, sem isso, essa transferência perderia sentido ou seria esvaziada.

Nos expressos termos referidos na jurisprudência, *o direito que emana do tratado, uma fonte independente de direito, não pode, devido à sua própria natureza, ser anulado por norma alguma do direito nacional*²⁰⁸, sem ser privado do seu carácter

²⁰⁷ Curiosamente esse foi, de alguma forma, o caminho seguido na jurisprudência do TEDH que justificou a prevalência das fontes internacionais (no caso, da CEDH) na noção fundamental de respeito pela dignidade humana e na ordem pública necessária à protecção dessa dignidade (Búrca, Gerstenberg, 2006: 257).

²⁰⁸ O argumento remonta ao primeiro acórdão do TIJ, de 17 de Outubro de 1923, no caso *Wimbledon*, em que esta instância declarou que a Alemanha não podia opor a um acto internacional (o tratado de Versalhes, que assegurava o direito de passagem pelo canal de Kiel) um acto interno (a declaração de neutralidade que impedia a passagem de navios de guerra) - cf. *Recueil Serie A*, p. 30.

A doutrina – e mais recentemente também a jurisprudência europeia – vieram a alargar esta lógica de repartição de competências através da introdução do princípio da preempção, segundo o qual,

*de direito comunitário e sem que a própria base jurídica da comunidade seja posta em causa. Assim, a validade de um acto jurídico comunitário ou o seu efeito no interior de um Estado-membro não podem ser afectados por alegações de que violam quer direitos fundamentais formulados na constituição desse Estado quer os princípios de uma estrutura constitucional nacional (ac. *Handelsgesellschaft*, cit.)*

[94]

Neste enquadramento, parece-nos não se dever falar de competências soberanas, porque não há poder soberano (originário, absoluto e independente). Há apenas o exercício de competências que, sendo feito ao nível europeu (por decisão livre dos Estados-membros), não pode, naturalmente, aceitar que lhe seja oposta a vontade nacional²⁰⁹ – que concedeu na atribuição²¹⁰ (Búrca, Gerstenberg, 2006: 257²¹¹).

Toda a referência ao princípio soberano tenderá a reintroduzir uma lógica monista, hierárquica que, a nosso ver, não tem lugar no quadro europeu.

[95]

O regime de coexistência entre as ordens jurídicas assentou no referido princípio do primado, como vimos, mas também no princípio do efeito directo.

mesmo quando não existam actos europeus (Arena, 2010: 12), a matéria, embora no âmbito de competências concorrentes, esteja vedada à intervenção dos Estados-membros, na medida em que exista um dever das instituições europeias regularem esse domínio (Arena, 2010: 8).

²⁰⁹ As decisões judiciais não deixam de ser expressão de vontade nacional pelo facto de terem natureza judicial. Assim, impedir os tribunais nacionais de questionarem o direito europeu, é necessário para preservar a sua validade e evitar o surgimento de conflitos entre os direitos europeu e nacionais. Um juiz nacional não pode declarar invalidado um acto de direito derivado por referência ao direito interno, mas quando as partes num processo aleguem uma base intra-comunitária de invalidade, a questão pode e deve ser apreciada pelo TJ. Cf. entre outros, os acórdãos *Foto-Frost* (22.10.1987, proc.º 314/85) e *Zuckerfabrick* (02.12.1971, proc.º 5/71).

²¹⁰ Alguma doutrina insiste que, embora o primado e o efeito directo derivem, numa perspectiva teórica, do direito interno dos Estados-membros (no âmbito do qual foram adoptados os necessários actos de vinculação), na prática, decorrem apenas dos tratados (Rubio-Llorente, 1998: 17). A distinção parece-nos, todavia, pouco relevante, já que os tratados (de onde se retiram os princípios) constituem manifestações de vontade da autoridade legislativa nacional.

²¹¹ Não aceitar essa oposição, significa apenas exigir que os Estados se justifiquem e/ou reconsiderem as suas escolhas e preferências face aos interesses comuns (Búrca, Gerstenberg, 2006: 257), para cuja definição concorreram em devido tempo.

O primeiro – já o referimos – visou impedir que os Estados-membros diminuíssem ou esvaziassem o efeito das disposições europeias, opondo-lhes regras internas (invocando, eles próprios, a prevalência hierárquica das suas regras, portanto).

O segundo princípio – do efeito directo – visou, também ele, evitar o esvaziamento ou diminuição do efeito das regras europeias²¹², mas agora como consequência de quaisquer mecanismos de resistência que as ordens nacionais pudessem invocar ou mesmo construir.

Assim, ao afirmar que as disposições de direito europeu – verificados os requisitos necessários²¹³ – produziriam efeitos directamente na esfera jurídica dos cidadãos (ac. 5.2.63, *Van Gend en Loos*, proc.º 26/62), o tribunal rompeu com a ideia do direito comunitário enquanto corpo de normas que definia um conjunto de direitos e obrigações que respeitavam apenas aos Estados e às instituições comunitárias (Soares, 1999: 13). Simultaneamente garantiu²¹⁴ uma aplicação uniforme dos regimes (Louis, 1995: 140), evitando que as dificuldades ou particularidades dos regimes internos interferissem nos conteúdos concretos dos regimes europeus. E reforçou ainda essa característica distintiva do direito comunitário: ser um corpo de direito aplicável aos Estados-membros e aos seus cidadãos²¹⁵ (ac. *Costa/ENEL*, cit.). Ora a determinação de direitos comuns a todos os cidadãos, directamente invocáveis por estes perante quaisquer tribunais, é uma evidente marca de constitucionalismo

²¹² De facto, o argumento de base sobre o qual se construíram ambos os princípios foi o também princípio romano da proibição do *venire contra factum proprium* e o correspondente instituto do *estoppel* da *common law* (Schmid, 2006: 202), os quais enquadram essa ideia de impedir que, uma vez aceite uma regra, se possa agir impedindo a produção dos seus efeitos.

²¹³ Os requisitos básicos da verificação do efeito directo foram o espírito, a economia e os termos das regras jurídicas em causa (Louis, 1993: 138).

²¹⁴ Esta garantia repousa todavia na transformação (*upgrade*) de disposições convencionais relativas à liberdade de circulação em direitos subjectivos (Schmid, 2006: 215).

²¹⁵ O direito internacional, originalmente encarado como produzindo efeitos apenas em relação aos Estados, evoluiu também neste sentido. Já o Tribunal Permanente de Justiça Internacional reconhecia no parecer de 3 de Março de 1928 (*competências dos tribunais de Dantzig*) que o objecto de um acordo internacional *pode ser a adopção pelas partes de regras determinadas, criando direitos e obrigações para os indivíduos, susceptíveis de serem aplicadas pelos tribunais nacionais* (série B, n.º 15. p. 18). As jurisdições nacionais tendem a introduzir requisitos, para o efeito directo, nomeadamente que as disposições sejam claras, precisas, completas, juridicamente perfeitas e formuladas em termos incondicionais (Sinkondo, 1999: 41).

(Brunkhorst, 2006: 437), e introduz uma nova fonte de legitimação da ordem jurídica europeia (ibidem: 444).

[96]

A doutrina realça, por vezes, ainda o facto de a afirmação dos princípios do primado e do efeito directo terem afectado o exercício do poder judicial nos Estados-membros, e, bem assim, a subordinação dos governos aos parlamentos e o equilíbrio de poderes com as comunidades subnacionais (Rubio-Llorente, 1998: 14).

Adiante (3.3.1.2, p. 255) voltaremos a este ponto, para convergir nessa constatação.

De facto, o regime desenvolvido pelo tribunal para regular o pluralismo jurídico resultante da autonomia das ordens jurídicas nacionais e europeia afectou o tradicional equilíbrio dos poderes. Essa circunstância é todavia uma decorrência inevitável da afirmação desse pluralismo²¹⁶. A alternativa seria a da insistência numa perspectiva hierárquica, atribuindo o poder último – soberano – ao nível nacional (o que esvaziaria de efeitos os tratados institutivos, na medida em que o cumprimento estaria sempre dependente da mera boa vontade dos Estados-membros). Ou, em alternativa, transferindo essa prerrogativa para o nível europeu, o que equivaleria à criação de um novo Estado, por agregação – fusão – dos Estados-membros. Ambas as alternativas reconduziriam a situação à formulação tradicional da questão, levantada no âmbito das relações entre as ordens nacionais e internacional.

Não sendo nenhuma das alternativas sequer ponderável, o tribunal teve de assumir o fim da exclusividade do poder normativo estadual, chamando a si a tarefa de justificar (criteriar) as relações entre ordens jurídicas. Essa assumpção afectou necessariamente o equilíbrio de poderes existente, já que este ocorria num quadro fechado que se viu aberto e interpenetrado por outra ordem jurídica de sobreposição. Os equilíbrios deixaram de ser meramente nacionais para terem de se construir em simultâneo nos níveis nacional e europeu.

²¹⁶ O mero desenvolvimento de estruturas supranacionais teria sempre, só por si, este efeito, atraindo os diferentes agentes para um novo nível de poder que lhes permite, não apenas contornar, mas também contrariar algumas decisões que lhes são adversas (Kohler-Koch, 2006: 95, 97).

[97]

Os princípios do primado e do efeito directo tiveram uma aceitação progressiva nas ordens jurídicas dos Estados-membros. Essa evolução fez-se, nos casos mais importantes, através de decisões dos tribunais superiores que podem representar-se no quadro da seguinte.

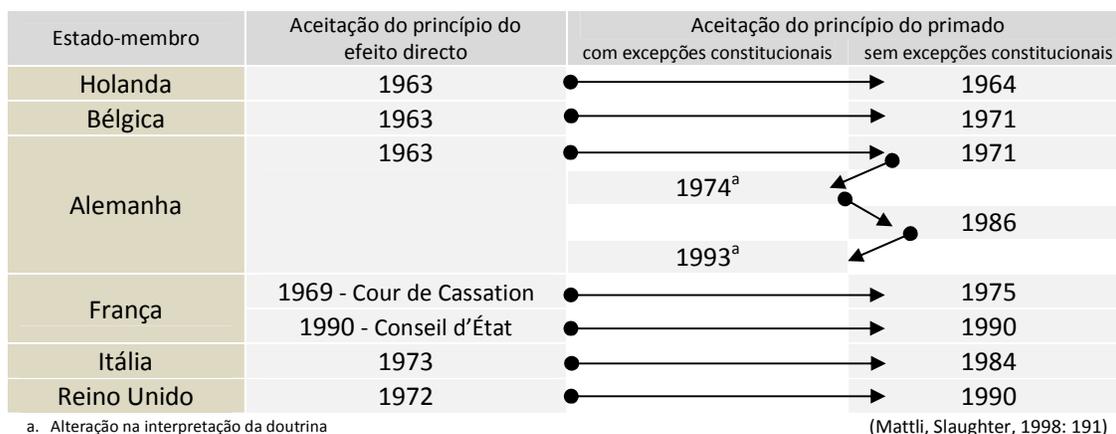


Figura 1 – Aceitação dos princípios pelos Estados-membros

[98]

O terceiro e último vector através do qual a jurisprudência reflecte a assumpção pelo tribunal da novidade do processo de construção europeia foi – já o tínhamos referido – através daquilo que ficou conhecido como a constitucionalização dos tratados.

A afirmação do carácter constitucional dos tratados – ou da sua constitucionalização – constitui, só por si, um fenómeno de integração jurídica (Armstrong, 1998: 164).

De facto, para além dos argumentos jurídicos que fundaram essa afirmação – que correspondeu a uma construção progressiva a que voltaremos mais tarde [238] – a constitucionalização dos tratados, não tendo sido uma novidade absoluta na doutrina

jurídica (cf. nota 473, p. 230), marca, também ela, uma ruptura com as concepções tradicionais, consubstanciando uma novidade relevante.

Essa ruptura faz-se todavia em termos subtis: o conceito constitucional, tão caro ao modelo estadual, vai ser *desestadualizado* mantendo, no entanto, o seu carácter normativo basilar²¹⁷.

A opção em demarcar o processo de construção europeia dos modelos tradicionais assentes em tratados internacionais traduzia a recusa em tratá-lo como mera organização internacional. Assumiu-se a diferença, não aceitando a classificação tradicional: não se tratava de uma organização internacional *tout court*, mas da formação de uma verdadeira comunidade (conforme resultava da designação escolhida, aliás). Muito mais do que uma estrutura permanente de negociação inter-estadual, o processo de construção europeia visava essa *união cada vez mais estreita entre os povos europeus* que envolve os próprios cidadãos²¹⁸ (e não apenas os Estados) e assim, assume um carácter verdadeiramente comunitário.

Ora, o documento basilar de organização de uma comunidade é, na mais uniforme tradição europeia, uma constituição. Nesse sentido, a constitucionalização sublinha o carácter comunitário – extra-estadual, supra-nacional – que está na origem e no horizonte do processo. E, por isso, referia Armstrong que a afirmação do carácter constitucional dos tratados consubstancia de *per se* um fenómeno de integração.

[99]

É certo que o conceito de constituição vinha sendo reservado, na linguagem comum, para as leis fundamentais dos Estados, mas isso apenas evidenciava a necessidade de o *desestadualizar* e o *recomunitarizar* (evolução essa que permanece por conseguir, conforme ficou claro no processo de ratificação da constituição europeia).

²¹⁷ É também nesse sentido – sublinhando o carácter essencial ou basilar – que se pode sempre falar de um direito constitucional internacional, que corresponderá ao direito necessário à co-existência (Allott, 1999: 37). De qualquer forma, o processo de constitucionalização dos tratados, mais do que uma referência a estruturas jurídicas necessárias, assenta em meta-princípios coerentes que correspondem a uma construção constitucional substantiva (Schmid, 2006: 214).

²¹⁸ Já anteriormente sublinhamos este aspecto, por referência ao § 3 do preâmbulo do ac. *Costa/ENEL*.

Alguns autores insistem ainda que a principal falha da doutrina da constitucionalização dos tratados será a de que ela tenha sido construída sobre uma referência muito ténue às constituições – ou ao poder constituinte interno – dos Estados-membros (Rubio-Llorente, 1998: 18). Assim, a doutrina da constitucionalização ter-se-á limitado a presumir um efectivo assentimento do texto pela autoridade constitucional, para efeitos da criação de algo mais do que uma nova organização internacional. Nesse sentido, tanto a constituição belga como a portuguesa não continham, à data da adesão, quaisquer disposições que autorizassem esta, nos termos inovadores referidos nos tratados (ou, tal como estes vieram a ser interpretados mais tarde, pelo tribunal). Parece, aliás, evidente que o tribunal não terá ponderado especificamente cada constituição nacional, quando elaborou esta doutrina (ibidem).

O argumento colhe, pelo menos em termos formais: o tribunal não podia presumir que as declarações de vontade constantes das decisões de adesão – ou de ratificação, no caso dos Estados-membros originários – ultrapassavam aquilo que o respectivo quadro constitucional autorizava. Por isso, a doutrina da constitucionalização dos tratados mostra-se frágil nos seus fundamentos jurídicos essenciais.

Esse argumento assenta, todavia, noutra presunção: a de que o processo de construção europeia se desenvolve num plano de perfeita continuidade. Ora, tal como vimos procurando demonstrar, ao contrário do que se pretende com essa presunção, o processo de construção europeia é alimentado por um intuito inovador que é afirmado pelos *founding fathers*, plasmado nos tratados e devidamente entendido pela jurisprudência do tribunal, nomeadamente ao constitucionalizar estes. Esse intuito inovador implica algum tipo de descontinuidade (sem o qual não é concebível a inovação), o que terá inevitavelmente de se manifestar no plano jurídico.

Parece-nos, assim, que a constitucionalização dos tratados reflecte o intuito inovador do processo – e, nesse sentido, tem plena fundamentação material –, mas formalmente não pode deixar de exibir algum tipo de descontinuidade resultante desse mesmo intuito.

2.2 Esforços de adequação teórica: Pentland e Taylor

After all, the cadence of academic discourse is such that we habitually view ourselves as progressing, adding to knowledge and – ultimately – correcting previous misconceptions in ways that bring us closer to a truthful understanding of our object of study (Rosamond, 2005: 2)

[101]

O processo de integração europeia tornou-se, tal como pudemos ir referindo, num fenómeno que cativou a doutrina, em vários ramos científicos, dando origem a um conjunto muito alargado de análises.

O carácter inovador do processo gerou, no entanto, abordagens muito distintas, as mais das vezes, insusceptíveis de articulação. De facto, na tentativa de explicar essa realidade que ia para além do Estado-nação (sendo mais do que uma mera organização internacional mas, ainda assim, menos do que um Estado federal²¹⁹), a doutrina não conseguia estabilizar os conceitos e, por isso, também as análises divergiam nos termos e nos enquadramentos, tornando-se difícil qualquer esforço de perspectivação coerente.

Naturalmente que, face a esta situação, uma parte do labor doutrinal foi orientado no sentido de responder a essa dificuldade, quer através da estabilização dos conceitos, quer através do desenho de matrizes de análise capazes de agregar os diferentes contributos.

Esse esforço apenas foi parcialmente conseguido, uma vez que as dificuldades de base persistem até aos nossos dias: a verdadeira natureza jurídica da integração – a sua novidade – nunca conseguiu ser verdadeiramente explicada (Avbelj, 2007: 11).

De seguida referiremos dois autores cujos trabalhos terão sido, em nossa opinião, aqueles que mais contribuíram para lançar alguma ordem no contínuo esforço de percepção e caracterização do processo de integração. Deles retiraremos apenas dois contributos que hoje em dia são pacíficos na doutrina (o que serviria só por si

²¹⁹ Não obstante a forma como se colocou a questão, ela não era apenas de grau: a Declaração Schuman de 9 de Maio de 1950 colocou a Europa numa trajectória radicalmente diferente daquela que decorreu nos séculos anteriores, com rivalidades interestaduais, conflitos e guerras (Laursen, 2007: 2).

para justificar o seu valor) e que constituem conceitos essenciais na caracterização do processo de integração.

O primeiro deles refere-se a um trabalho de Charles Pentland, surgido na primeira metade dos anos setenta. A sua grande virtude terá sido a de permitir ultrapassar a visão dicotómica tradicional – funcionalismo-federalismo – que tinha sido perturbada pelo advento do neofuncionalismo²²⁰ – situado entre ambos os modelos, mas que não correspondia propriamente a um meio-termo²²¹, impondo por isso a redefinição dos critérios de análise.

O segundo contributo essencial foi de Paul Taylor que na sua obra *The Limits of European Integration* (1983) evidencia as dificuldades resultantes do intergovernamentalismo, sendo possível integrar esta noção na matriz de Pentland, tornando-a ainda mais precisa na análise do processo de construção europeia.

2.2.1 Pentland e as variáveis do processo

Academic fields of study cannot help but tell stories about themselves (Rosamond, 2005: 2)

[102]

No início dos anos setenta, Charles Pentland constata a enorme atracção que o processo de integração causa na doutrina, a qual gerara um conjunto muito amplo de contribuições que, no essencial, não eram articuláveis. Procurou, por isso, fazer um ponto da situação, capaz de enquadrar, de forma coerente, os estudos sobre a integração (Pentland, 1973: 16).

²²⁰ O neofuncionalismo tornou-se incontornável na análise do processo de construção europeia, uma vez que marca o início dos trabalhos relativos à integração, em 1958, com a obra de Haas, *The Uniting of Europe* (cf. supra, nota 139).

²²¹ O recurso a classificações desta natureza (como é o usual *meio-termo*) frequentemente confunde diferenças de género com diferenças de grau. É o gradualismo, enquanto deficiência analítica, que Sartori bem evidencia na sua conhecida metáfora: se não conseguimos explicar a diferença entre cães e gatos, falamos de diferentes graus de cães-gatos (Radaelli, 2000: 5).

Nesse sentido, começou por oferecer uma definição minimalista²²² de integração – a que já nos referimos anteriormente [67] – segundo a qual se trata de *um processo através do qual um grupo humano, organizado inicialmente em dois ou mais Estados independentes, vem a constituir um todo político que, de alguma forma pode ser descrito como uma comunidade*. A partir desta assumpção simples – de que essencialmente se trata de construir comunidades de comunidades –, vai colocar duas questões:

- Qual o tipo de comunidade para que aponta o processo de integração?
- Quais as variáveis políticas determinantes do processo de integração?

Na resposta à primeira questão, considera dois tipos de comunidades possíveis: a comunidade do tipo estadual e a comunidade não estadual²²³ (do tipo internacional tradicional, digamos).

Aquilo que surgirá como característica essencial do modelo estadual será a supranacionalidade. Pentland é, todavia, menos preciso na caracterização do modelo não estadual (Pentland, 1973: 21), porque, na senda dos autores americanos, tal como atrás referimos [67], pretende manter a integração no quadro da cooperação (ou, dito de outra forma, considerar que toda a cooperação internacional poderá ser qualificada como integração, desde que esteja votada à formação de uma comunidade²²⁴).

²²² Esse minimalismo justificava-se pelo facto de pretender enquadrar na sua análise todos os modelos de integração, o que lhe impunha partir do mínimo denominador comum (Pentland, 1973: 21).

²²³ Pentland refere-se, na resposta à primeira questão, a dois tipos de produto final: *state-model* e *community model*. Preferimos traduzir o *community model* para modelo não estadual, a fim de não usar o conceito de comunidade na definição de integração (como resultado final do processo e portanto característico de ambas as alternativas) e, simultaneamente, como característico de um dos dois produtos finais possíveis.

²²⁴ Ficam em aberto, na explicação, os termos em que essa vontade de formação de uma comunidade se manifesta. Assim, a hipótese mais evidente e provável referir-se-á à criação de uma organização internacional – já que, sendo esta uma estrutura permanente de negociação internacional (que funciona segundo regras específicas que regulam essa negociação), estabelece, por definição, um laço estável que pode ser entendido como susceptível de formar uma comunidade. Mas pode, também, dar-se o inverso, se o surgimento de instituições políticas for menos relevante que o desenvolvimento de valores, percepções e hábitos comuns (Pentland, 1973: 21).

Na resposta à segunda questão, considera dois tipos de variáveis fundamentais: as variáveis políticas²²⁵ (*high politics*) e as variáveis sócioeconómicas²²⁶ (*low politics*).

Conjugando questões e respostas em termos gráficos, Pentland vai chegar à imagem seguinte (que articula as respostas possíveis e integra, nas diferentes variantes, os quatro modelos base).

		Tipo de comunidade	
		Modelo estadual	Modelo não-estadual
Variáveis do processo	Variáveis políticas	Federalismo	Pluralismo
	Variáveis sócio-económicas	Neo funcionalismo	Funcionalismo

(Pentland, 1973: 23)

Figura 2 - Modelos de integração I

[103]

O quadro articula, de forma coerente, quatro modelos base de um processo de integração, em termos de graduação (pluralismo – funcionalismo – neofuncionalismo – federalismo).

²²⁵ As variáveis políticas referem-se genericamente a questões de poder propriamente dito (Gehring, 1992: 228), em especial à política externa e de defesa (Franck, 1996a: 885). Estas equivalências devem, todavia, usar-se como meramente tendenciais (Hoffmann, 1986: 29).

²²⁶ As variáveis socioeconómicas referem-se genericamente às questões relacionadas com o bem-estar (Gehring, 1996: 228; Franck, 1996a: 885). No entanto, a resolução de questões sociais e económicas tende a gerar alterações políticas progressivas (Pentland, 1973: 22). Neste sentido, muitas situações não devem ser integradas na *low politics* (Hoffmann, 1982: 29).

A matriz constituiu, só por si, um novo nível de desenvolvimento da análise.

A visão tradicional distinguia apenas Estados e organizações internacionais (ou, melhor ainda, não-Estados). A seguir, o processo de integração – quanto mais não fosse por influência das contribuições económicas originárias – impôs uma visão gradualista: entre o não-Estado e o Estado surgem, então, dois modelos intermédios: o federalismo (que podia funcionar em ambos os sentidos: agregação e desagregação) e o funcionalismo (que correspondia a um modelo de relativa institucionalização da interdependência nas relações internacionais).

Mas o federalismo também podia ser visto apenas como uma fórmula particularmente desagregada de Estado. E o funcionalismo não deixava de ser uma fórmula mais organizada de não-Estado. Assim sendo, mantinha-se, afinal, a perspectiva originária tradicional – Estado e não-Estado – introduzindo apenas graduações desses modelos base.

Parecia portanto que, por mais que a doutrina desenvolvesse modelos, não era possível escapar à dualidade Estado - não-Estado.

[104]

O quadro de Pentland serviu, desde logo, para demonstrar como os diferentes modelos de integração não correspondiam a meras graduações desses modelos originais (tradicionais): a sua organização, em volta de dois critérios, permitiu perspectivá-los em termos qualitativos (e já não, meramente quantitativos, como resultava da perspectiva puramente gradualista).

Mas Pentland oferecia ainda um extra: acolhia, no seio da sua matriz analítica, a especificidade do processo de integração europeia (que fora bem caracterizado por Ernst Haas na obra que marcara o início do estudo desta²²⁷): o neofuncionalismo²²⁸.

A novidade lançou assim luz sobre o processo, tornando-o mais inteligível e introduzindo ferramentas de análise que se mostrarão úteis no futuro imediato, o que

²²⁷ A nota mais marcante do trabalho de E. Haas terá sido a de construir um modelo teórico explicativo do processo, que contrariava os pressupostos básicos vigentes na análise internacional no essencial, o pessimismo e o estadualismo) da escola realista (Perry, 2010: 12).

²²⁸ De alguma forma, a caracterização teórica da UE sempre oscilou entre o neofuncionalismo e o intergovernamentalismo (Landau, 1995: 2).

patenteava a qualidade da contribuição de Pentland²²⁹. A sua matriz tornava finalmente evidentes as variáveis do processo e, por essa via, as opções e implicações dos diferentes modelos, para os quais esse processo podia evoluir.

Tratou-se, nesse sentido, da contribuição doutrinal mais relevante para a compreensão do processo de integração.

A maior limitação terá sido, em nossa opinião, a de não distinguir qualitativamente a cooperação da integração: o particularismo é, em Pentland, a cooperação.

E por isso, embora faça referência à supranacionalidade, não domina ainda o conceito de intergovernamentalismo, que é essencial. Isso apenas será possível com o advento do intergovernamentalismo enquanto corrente doutrinária.

2.2.2 Taylor a natureza da agregação

What is an organization? The phenomenon, as Dwight Waldo found, “shades on one side into ‘group’, on the other into ‘institution’ or ‘society,’” depending on whether the vantage point of the observer is that of psychology or sociology. And his definitional conclusion incontrovertible: “In view of the inconclusiveness, the diversity, the amorphousness of the materials put under Organization Theory heading nowadays, one must conclude that, if they all concern the same elephant, it is a very large elephant with a generalized elephantiasis” (Haas, 1964: 87).

[105]

A ideia de supranacionalidade surge após a II GM, corporizando a oposição à ideia da preservação das soberanias²³⁰. Estas serão, aliás, nessa altura, as duas

²²⁹ A qualidade das explicações teóricas tende a ser avaliada pela sua consistência interna e pela sua capacidade de gerar análises consistentes com as suas premissas essenciais (Rosamond, 2005: 2).

²³⁰ É neste enquadramento que a doutrina frequentemente confunde os conceitos de supranacionalismo e neofuncionalismo, particularmente quando em confronto com o intergovernamentalismo (Gehring, 1996: 225). De facto o neofuncionalismo pretendeu explicar, em

perspectivas básicas do processo de construção europeia (Cartou, 1986: 53).

Por isso mesmo, o conceito de supranacionalidade vai confundir-se com o conceito de integração, surgindo – e mantendo-se em boa parte da doutrina²³¹ – essa visão dual, assente na convicção de que o elemento distintivo da supranacionalidade será o grau de transferência ou de limitação de soberania estadual (Helfer, Slaughter, 1997: 287).

Acontece, todavia, que, equacionar o processo de integração nestes termos, forçava – mais uma vez – uma análise gradativa: quanto mais profundo fosse o processo de integração, maior seria (necessariamente) o grau de supranacionalidade. Inversamente, a preservação das soberanias implicaria, de *per se*, a recusa – ou pelo menos a resistência – ao processo de integração.

O equívoco em que assenta este raciocínio já foi assinalado anteriormente [69]. Na verdade, a integração não produz nem se aprofunda (nem se mede) na proporção

termos teóricos, o processo de construção europeia. E fê-lo através dessa distinção, vindo assim a confundir-se com o que nela é inovador.

²³¹ José de Areizla, por exemplo, indica como principais traços de supranacionalidade comunitária a existência de uma ordem jurídica autónoma, o regime decisório por maioria no Conselho, a capacidade técnica independente (detectável no processo de decisão e nas instituições) e o seu âmbito de competência virtualmente ilimitado. Em nossa opinião, o autor pretende integrar no conceito de supranacionalidade todas as características distintivas da ordem comunitária, o que nos parece não apenas forçado, como susceptível de tornar o conceito inoperacional. Aliás, ele mesmo parece reconhecê-lo, quando afirma não existir no conceito qualquer significado essencial (Areizla, 1995: 2). A doutrina converge, no entanto, na aceitação de que não existe um significado estável para o termo (Weiler, 1995: V).

No mesmo sentido, algumas definições de organização supranacional sublinham a possibilidade de esta *penetrar a carapaça* do Estado. Schiavone, por exemplo, sublinha que as organizações supranacionais têm a capacidade de adoptar decisões que são directamente vinculativas nos Estados-membros, enquanto as organizações internacionais tradicionais apenas conseguem agir ou executar através dos Estados-membros (1993. *International Organizations: a Dictionary and Directory*, p. 3). Também Schermers e Blokker (1995. *International institutional law: unity within diversity*) afirmam que a organização deve ter o poder de adoptar regras que vinculam directamente os habitantes dos Estados-membros (Helfer, Slaughter, 1997: 288).

Padoa-Schioppa, pelo seu lado, pretende que a supranacionalidade começa onde acaba a regra da unanimidade. Isto porque *só nessa altura se reconhece que existe um bem comum, partilhado por uma comunidade mais ampla do que o Estado-nação e que nenhum membro individual tem o direito de obstar ao prosseguimento desse bem comum* (Padoa-Schioppa, 2003: 6). O argumento é poderoso, na medida em relaciona a autonomia da comunidade com os termos da deliberação. E vai no sentido de uma afirmação anterior de Schuman: *o direito de veto é incompatível com uma estrutura que supõe o princípio de decisões maioritárias e exclui a exploração ditatorial da superioridade material. Esse é o sentido da supranacionalidade* (Schuman, 1963: 48). Julgamos todavia ser preferível – por mais claro e conceptualmente mais simples – usar os específicos termos da deliberação de órgãos intergovernamentais para, por essa via, definir a natureza integrativa ou cooperativa – cf. infra [109].

directa das perdas ou limitações de soberania. E, se assim é, a supranacionalidade não constitui medida ou critério do nível de integração – como se tende a assumir no neofuncionalismo e no federalismo (Taylor, 1983: 17) –, mas apenas de um dos caminhos alternativos que o mesmo processo pode seguir.

Assim, a supranacionalidade afere-se no sentido inverso do grau de participação directa dos Estados-membros nas decisões dos órgãos²³². O nível de supranacionalidade será, portanto, tanto maior quanto essas decisões²³³ surjam de órgãos autónomos dos Estados-membros (ou seja, quanto a participação destes na formação da vontade da organização, seja acessória).

A autonomia dos órgãos decisórios (em relação aos Estados-membros) não tem uma relação directa – sequer tendencial – com o nível de integração: se o volume de competências exercido por esses órgãos é muito reduzido ou meramente simbólico, a sua natureza supranacional subsiste (num nível de integração baixo).

O raciocínio é conferível na perspectiva inversa: o nível de integração pode ser elevado, se for muito significativo o conjunto e a importância das competências exercidas numa organização internacional²³⁴. De qualquer forma, não pode falar-se de supranacionalidade se a vontade de tais órgãos resulta apenas das vontades dos Estados-membros cujos representantes os compõem.

²³² No âmbito europeu, são evidentes manifestações de supranacionalidade, a existência de um parlamento (composto por representantes dos cidadãos – cf. art. 14.º/2 TUE – e já não dos respectivos Estados), um tribunal (com competência genérica para apreciar quaisquer conflitos por aplicação de critérios jurídicos independentemente dos interesses dos Estados – cf. art. 256.º ss. TFUE) e, em especial, um executivo independente: a Comissão (cf. art. 17.º TUE). O que há de novo na supranacionalidade é a afectação da autoridade das instituições internacionais, do papel que os Estados lhe concedem e do seu processo de decisão (Taylor, 1983: 26).

²³³ Laursen (2007: 6) defende uma caracterização supranacional europeia algo diversa. Segundo este autor, ela assentaria em três componentes: o carácter independente da Comissão (e o seu poder de iniciativa), o voto por maioria no Conselho e a existência de uma ordem jurídica dotada de primado e efeito directo, controlada por um tribunal independente cujas decisões são obrigatórias. Eventualmente um quarto elemento: a existência de um Parlamento directamente eleito, que progressivamente vem assumindo maiores competências legislativas.

Esta caracterização usa um conjunto de elementos que nos parece excessivo. Por outro lado, julgamos que a referência ao voto por maioria denota alguma confusão entre supranacionalidade e integração.

²³⁴ Afinal, como se referiu anteriormente [67], a integração é um processo através do qual se visa constituir um todo político que, de alguma forma, pode ser descrito como uma comunidade. E esta é-o, tanto mais, quanto maior for o conjunto e a importância das questões que são tratadas em comum.

[106]

De qualquer forma, uma coisa é certa: toda a supranacionalidade reflecte integração, porque não há supranacionalidade fora de mecanismos de integração²³⁵.

A existência de órgãos decisórios que beneficiam de autonomia em relação aos Estados-membros revela necessariamente a formação de uma comunidade: se esta não existisse, a autonomia não faria sentido²³⁶.

A supranacionalidade assenta no pressuposto de que o todo (resultante do processo) se distingue das partes. Essa distinção – essa autonomia, para retomarmos o termo que vínhamos referindo – revela a formação de uma comunidade (nos termos da definição de Pentland – cf. [102] p. 100) e, nessa medida, revela sempre integração.

Mas, tal como assinalámos anteriormente [105], o nível de integração não coincide com o nível de supranacionalidade: este decorre do grau de autonomia, aquele decorre do âmbito e importância das competências que são transferidas para a comunidade resultante do processo de integração.

[107]

Para se enquadrar devidamente aquilo que acabamos de referir, mostra-se necessário introduzir um conceito alternativo (inverso) ao de supranacionalidade. Esse

²³⁵ Alguns autores vêm, todavia, assinalando o surgimento progressivo de elementos supranacionais no âmbito internacional, nomeadamente das Nações Unidas, onde se têm multiplicado corpos tecnocráticos, em relação aos quais os Estados têm pouca ou nenhuma influência. Esses corpos vêm exercendo significativas competências políticas, nomeadamente em termos da edição de regras de comportamento (Schermers, 1997: 117). Aqui encontramos de facto os elementos característicos da supranacionalidade – na medida em que se desenvolve uma capacidade de acção (e principalmente de determinação de comportamentos) autónoma em relação aos Estados-membros. Resta ponderar se há, ou não, integração – o que exigiria, seguindo a caracterização que anteriormente fizemos [68] – o enquadramento jurídico de limitações de soberania. É dúbio que assim seja: os tratados que regulam o funcionamento dessas organizações internacionais não prevêm, nem regulam, quaisquer limitações de soberania. É a prática que tem consagrado essas limitações, nomeadamente quando, no âmbito da União Postal Universal (UPU), as regras que presidem ao correio internacional são elaboradas por corpos técnicos e, embora necessitem da ratificação pelos Estados-membros, são, no entanto, aplicadas imediatamente pelas companhias postais, independentemente de tal ratificação ocorrer.

Nestas circunstâncias verificamos que a interdependência é susceptível de gerar excepcionalmente corpos supranacionais fora da integração.

²³⁶ Veja-se, a título de ilustração, o disposto no art. 17.º/1 do TUE, onde se refere que *a Comissão promove o interesse geral da União*. Há, portanto, um interesse geral da EU, o qual é distinto do dos Estados-membros e, por isso, justifica que os membros da Comissão sejam independentes (cf. art. 17.º/3).

conceito é o de intergovernamentalismo²³⁷, cujo desenvolvimento essencial se deverá a Paul Taylor que, na sua obra mais conhecida *The Limits of European Integration* (1983), tentou perceber a importância das resistências à transferência de soberania (em especial da parte do general De Gaulle) e a relevância dos acordos entre os Estados-membros, nos anos 70 (relativamente à criação do Conselho Europeu e do Sistema Monetário Europeu).

Será, na verdade, face a estas circunstâncias²³⁸ – e à explicação doutrinária que se lhe seguiu – que o conceito de intergovernamentalismo surge.

[108]

O conceito de intergovernamentalismo vai permitir esclarecer, por contraposição, o conceito de supranacionalidade. Permitirá ainda contribuir para o esclarecimento do conceito de integração.

Usamos, portanto, o conceito como o inverso da supranacionalidade: o intergovernamentalismo reflecte o facto de, numa organização internacional, as decisões resultarem da conjugação das vontades dos Estados-membros.

Se preferirmos usar o conceito em termos de caracterização, diremos então que o nível de intergovernamentalismo varia no sentido inverso do grau de autonomia dos órgãos da organização internacional²³⁹.

[109]

Esta noção permite-nos esclarecer o que atrás [105] deixamos implícito: o intergovernamentalismo não é o contrário de integração.

²³⁷ Alguma doutrina prefere, ainda hoje, opor ao conceito supranacional o conceito internacional (Helfer, Slaughter, 1997: 287), tal como se fazia no início do processo de construção europeia (Cohen, 1998: 649), até ao surgimento e acolhimento do conceito de intergovernamentalismo na doutrina.

²³⁸ Naquilo que nos interessa de momento demonstrar, repare-se que, dos factos enunciados (as reacções de De Gaulle, a criação do Conselho Europeu e do Sistema Monetário Europeu), verdadeiramente só o primeiro constituiu um sério revés no processo de construção europeia. Os outros constituem respostas a dificuldades que tornaram possível a continuação – o desenvolvimento, quiçá o aprofundamento – do processo. Nessa medida, trata-se da introdução de mecanismos intergovernamentais, através dos quais a integração prosseguiu (Soares, 2004: 5).

²³⁹ Sendo certo que, no âmbito europeu, os órgãos intergovernamentais são o Conselho e o Conselho Europeu, quanto mais a decisões dependam ou se produzam neles, maior será o carácter intergovernamental da UE. Inversamente, o grau de supranacionalidade poderá ser medido pela relevância das funções do TJUE, do PE e principalmente da Comissão.

O que será, então, a integração intergovernamental? Tal como vimos referindo, ela supõe uma organização internacional que assuma um conjunto de competências – e o poder de decisão correspondente – e, simultaneamente que este poder decisório se manifeste através de órgãos cuja vontade resulta (apenas) da conjugação das vontades dos Estados-membros.

Neste ponto, ainda não chegámos, contudo, à integração, mas apenas à noção de organização intergovernamental – e nem toda a organização internacional (intergovernamental) é de integração. Todas consagram, através dos respectivos tratados constituintes, um conjunto de competências próprias²⁴⁰ (cuja importância varia consideravelmente).

Para chegarmos à integração (ou melhor: para percebermos se a organização internacional em causa permanece no âmbito tradicional da cooperação, ou se atinge o limiar da integração) é preciso aferir, no âmbito do seu procedimento decisório, se os Estados-membros admitem, ou não, a possibilidade de ficarem vinculados a decisões em relação às quais não tenha manifestado o seu assentimento. Se a resposta for positiva, consideramos que há integração²⁴¹. Se a resposta for negativa, isso indica que permanecemos no nível da cooperação.

Em ambos os casos – enquanto a formação da vontade decisória se faz apenas pela participação dos Estados-membros – falamos de intergovernamentalismo. Num caso (se as decisões apenas vincularem os Estados que dêem o seu assentimento), esse intergovernamentalismo surge ainda no quadro clássico da cooperação (ou seja, do respeito pela soberania dos Estados); noutro caso (se existirem decisões susceptíveis de serem impostas aos Estados, mesmo contra a sua vontade – expressa do próprio processo decisório), o intergovernamentalismo surge já num quadro de integração.

²⁴⁰ O funcionamento das organizações internacionais considera-se, aliás, sujeito ao princípio da especialidade ou da limitação dos fins: apenas podem adoptar actos que integrem as finalidades que presidiram à sua criação e estejam expressas nos tratados institutivos (Nguyen, 1999: 595). No caso da EU, esse princípio vem sendo designado como princípio da atribuição (Gomes, 2009: 147) – cf. art. 13.º/2 TUE.

²⁴¹ Vejam-se, a propósito, as regras relativas às deliberações do Conselho (art. 238.º TFUE) e do Conselho Europeu (236.º), que consagram a votação por maioria (o que consubstancia portanto o carácter de integração nos órgãos intergovernamentais).

[110]

A conclusão que daqui decorre é simples (mas muito importante, para uma correcta percepção daquilo que caracteriza efectivamente o processo de integração): toda a supranacionalidade surge no âmbito de processos de integração. Mas o contrário já não é verdade: nem todo o intergovernamentalismo permanece no quadro da cooperação (sendo portanto igualmente enquadrável em processos de integração²⁴²).

[111]

A ausência do conceito de intergovernamentalismo constitui talvez a maior limitação da análise de Pentland – e por essa via, a mais relevante deficiência do quadro que reproduzimos na página 102.

Nesse sentido (da maximização da capacidade explicativa do quadro em causa), justifica-se, a nosso ver, uma adaptação do mesmo, introduzindo duas alterações:

(1) Substituindo a designação de modelo *não-estadual* (ou *comunitário* tal como vem referido no original de Pentland (cf. supra, nota 223, p. 101) por *intergovernamental* e

(2) Substituindo a designação genérica de *particularismo* (que associava à integração qualquer situação – incluindo as de cooperação – que fosse susceptível de formar uma comunidade) por *confederalismo* (que constitui um modelo que – apesar de decorrente do modelo federal, e nesse sentido algo impreciso – tem implícito algum tipo de limitação de soberania, porquanto prevê o exercício conjunto de funções políticas (impedindo a sua plena determinação pelas autoridades nacionais).

²⁴² É, aliás, a dificuldade em distinguir o intergovernamentalismo da cooperação que leva alguma doutrina a produzir afirmações segundo as quais, no quadro inicial da UE, só o primeiro pilar beneficiava da supranacionalidade, sendo os outros dois intergovernamentais (Shaw, Wiener, 2001: 22). Embora correcta, a afirmação ignora o essencial: tanto o segundo (PESC) como o terceiro pilar (JAI, depois CPJMP) da UE acolhiam mecanismos de cooperação (desenvolvidos à margem dos tratados, referidos no AUE e introduzidos com o TUE, mas mantendo essa natureza). Enquanto tal, não podiam ser senão intergovernamentais. O primeiro pilar (as três comunidades) beneficiava da supranacionalidade, porque acolhia exactamente os tratados – e as organizações internacionais deles resultantes – que haviam consagrado o processo de integração, conformando quadros institucionais autónomos com capacidade decisória.

Aplicando estas alterações, resulta o quadro seguinte.

		<i>Tipo de comunidade</i>	
		<i>Supra nacional</i>	<i>Inter governamental</i>
<i>Variáveis do processo</i>	<i>Variáveis políticas</i>	Federalismo	Confederalismo
	<i>Variáveis sócio-económicas</i>	Neo funcionalismo	Funcionalismo

Figura 3 - Modelos de integração II
(adaptação do quadro de Pentland)

[112]

Convirá, nesta altura, introduzir um esclarecimento.

O conceito de intergovernamentalismo surgiu pela mão de um conjunto de autores que, a partir dos anos 60, tentou contrariar os pressupostos neofuncionalistas, insistindo na ideia tradicional de que os Estados-nação são os únicos actores relevantes²⁴³ (Landau, 1995: 3). Por isso mesmo, essa corrente assumirá para si a designação intergovernamentalista (que se mantém até aos nossos dias).

Há todavia aqui, sob a designação intergovernamentalista, duas realidades distintas, que importa separar na exposição que vamos tentando fazer: uma coisa é o

²⁴³ Essa relevância traduz-se normalmente no exclusivo da iniciativa dos Estados-membros, na exigência da unanimidade ou consenso nas decisões, e no enfraquecimento do carácter vinculativo resultante da diminuta capacidade dos mecanismos de controlo e implementação das decisões (Laursen, 2007: 7).

conceito de intergovernamentalismo (que é razoavelmente pacífico²⁴⁴ na doutrina no âmbito da caracterização dos modelos de integração), outra é o intergovernamentalismo (normalmente referido como intergovernamentalismo liberal), que consiste numa corrente doutrinária que se caracteriza por defender a irredutibilidade do intergovernamentalismo no processo.

Assim, para a corrente intergovernamentalista liberal – à qual voltaremos no âmbito da matriz de análise que propomos adiante (cf. 3.2.2.2.1, p. 173 ss.) – o conceito de supranacionalidade (podendo eventualmente²⁴⁵ aceitar-se) é irrelevante, ou pelo menos ficcional, pois a existência de órgãos autónomos em relação aos Estados-membros no processo de integração não ultrapassará, quando muito, o nível formal. Na realidade, o processo permanecerá, segundo a cartilha intergovernamentalista, controlado pelos Estados.

O que nos interessa, neste momento, é apenas o conceito – já não a concepção (essa, vê-la-emos a seu tempo, tal como referimos) – a fim podermos assinalar a sua contribuição para o difícil enquadramento da integração (a *integração das teorias da integração*, como referiu Pentland – cf. nota 222, p. 101).

[113]

A tensão entre supranacionalidade e intergovernamentalismo é detectável desde o início do processo de construção europeia.

Robert Schuman mostrava perceber, com clareza, o sentido da supranacionalidade: *a gestão da comunidade foi confiada a uma Alta Autoridade que*

²⁴⁴ Muito embora pacífico, o conceito surge com contornos variáveis, que vão desde a equivalência à cooperação, até à mera insistência do domínio estadual no funcionamento da organização internacional (seja ela a UE ou outra). Na verdade, é comum na doutrina a assumpção de que, nos processos intergovernamentais, a participação dos Estados, não apenas seja determinante, como também que estes mantenham o controlo do processo de decisão, não se vinculando às decisões em relação às quais não tenham dado o seu consentimento – e eventualmente mantendo ainda pleno controlo na implementação dessas decisões (Scharpf, 2000: 13). Esta perspectiva, que é relativamente comum na doutrina, confunde intergovernamentalismo propriamente dito com cooperação.

²⁴⁵ Os autores intergovernamentalistas não recusam a noção de supranacionalidade. Recusam apenas que esta constitua uma especificidade relevante do processo de integração europeia. Nessa medida, tendem, portanto, a retornar na sua análise, senão ao quadro tradicional da cooperação [67] – reduzindo o meio internacional à interacção de Estados soberanos –, pelo menos, a perspectivas que se aproximam. Teremos, todavia, oportunidade adiante de conferir como esta corrente comporta variantes que acomodam de forma mais flexível algum tipo de inovação introduzida no processo.

dispõe, no quadro convencional, de um poder de decisão subtraído a toda a autoridade nacional, governamental ou legislativa. É nesse sentido que podemos falar de uma autoridade supranacional, protegida por uma jurisdição supranacional (Schuman, 1963: 137).

Monnet conta, anos mais tarde, as resistências: *custava-lhes a ideia de o papel regulador pudesse ser transferido para a Alta Autoridade, agindo aberta e soberanamente. Não poderíamos prever que entidades intergovernamentais avaliassem todas as questões técnicas importantes, antes de se instituir a Alta Autoridade?* (Monnet, 1976: 469).

Percebem-se essas resistências, na medida em que enfatizar as características supranacionais da UE, implicava analisar as suas instituições enquanto modelo político próximo dos Estados-nação (Scharpf, 2000: 6). Era, no entanto, apenas um modelo próximo²⁴⁶, pois é a supranacionalidade que, por referência à estrutura interna comunitária, impede que se produza quer uma tentação conceptual do corte federal (da criação de um Estado que absorveria os Estados-membros), quer a redução à mera cooperação interestadual (Bogdandy, 1992: 22).

[114]

Decorridos que são mais de 50 anos no processo de construção europeia, importa deixar uma palavra relativamente à tensão e às controvérsias entre as perspectivas intergovernamental e supranacional.

A nosso ver, nessa tensão, importa menos a conclusão sobre se a Europa resultante do processo de integração se tornou supranacional ou permanece próxima do intergovernamentalismo, típico da cooperação. Importará – isso sim –, usar os conceitos para assinalar as diferentes tendências nos diferentes momentos, percebendo as implicações ou consequências de cada uma delas.

²⁴⁶ Esta proximidade torna por vezes difícil a estabilização do conceito, o qual é tipicamente utilizado para identificar um tipo específico de organização internacional com competência para exercer algumas das funções tradicionalmente reservadas aos Estados (Helfer, Slaughter, 1997: 287).

Parece-nos inegável que subsistem e subsistirão simultaneamente elementos de supranacionalidade e de intergovernamentalismo, no quadro europeu. Tanto no plano estritamente político (*policy-making*), como no plano institucional (*polity-making*).

Doreen Allerkamp oferece dessa situação o seguinte quadro ilustrativo:

		Natureza dos órgãos decisórios	
		Supra nacional	Inter governamental
Natureza da decisão	Institucional	Acórdãos do TJUE	PESC
	Política	Política de concorrência	Tratados, alargamento

(Allerkamp, 2009: 19)

Figura 4 – Dimensões teóricas da decisão

[115]

Por isso – porque o processo de integração assenta em decisões de órgãos supranacionais e de órgãos intergovernamentais (e bem assim, porque essas decisões podem ter natureza meramente política, ou natureza institucional) – interessa pouco verificar em que termos a realidade do processo de construção se adequou às assumpções paradigmáticas de cada uma das perspectivas.

Tal como vem sendo salientado na doutrina, a perspectiva intergovernamental das relações internacionais é levada aos limites da sua plausibilidade quando lhe é pedido que explique o funcionamento dos modelos em que actores supranacionais têm a capacidade de agir em sentido diverso do expressamente escolhido pelos respectivos

governos²⁴⁷; ou quando o exercício do poder dos Estados-membros está sujeito a disciplinas europeias, cada vez mais exigentes; ou quando as relações entre os cidadãos e as empresas são, cada vez mais, reguladas por regras europeias; ou ainda quando continua a crescer o volume de problemas para os quais as soluções têm de ser procuradas ao nível europeu (Scharpf, 2000: 6).

Da mesma forma, a perspectiva supranacional dificilmente consegue explicar um poder europeu (do tipo estadual), no qual os Estados-membros continuam a beneficiar de um conjunto muito alargado de competências políticas, ou onde as competências dos actores supranacionais e os actos legislativos decorrem do consenso dos Estados-membros (os quais interferem ainda de forma determinante na sua execução)²⁴⁸. E nem mesmo a abordagem federalista consegue ultrapassar estas dificuldades (Scharpf, 2000: 6).

[116]

Importará – isso sim – deixar, desde já, indiciada a principal implicação ou consequência de cada uma das tendências que surge em matéria de legitimação do exercício do poder (ao nível europeu).

Assim, toda a supranacionalidade, ao remeter as decisões para órgãos autónomos, faz surgir a exigência de uma legitimação própria. Essa legitimação, caso não seja específica (ou autónoma) – como acontece ainda na actualidade –, no mínimo, há-de decorrer da presunção colectiva da capacidade desses órgãos prosseguirem normas, valores ou objectivos comuns (Scharpf, 2000: 14).

²⁴⁷ Quando os Estados se aperceberam dessa capacidade procuraram atenuá-la, tentando diminuir a autonomia dos titulares desses órgãos. Assim, ainda nos anos 90 a composição da Comissão denota grande proximidade aos governos dos Estados-membros (os quais, além disso, vão forçar a colocação de funcionários leais em postos chave da administração europeia), que vão simultaneamente procurar exercer uma influência directa junto dos parlamentares eleitos pelos respectivos Estados (Areizla, 1998: 2).

²⁴⁸ Por isso mesmo, alguma doutrina continua a defender o carácter essencialmente instrumental dos papéis desempenhados pelas organizações internacionais, reflectindo o que delas fazem os Estados-membros na prossecução dos seus interesses (Keohane, Hoffmann, 1993: 395). Mas nem nessa perspectiva desaparece a constatação da evidente fragilidade europeia em termos de legitimação (Linseth, 2003: 365).

Na verdade, a supranacionalidade funciona no sentido directo da autonomização da comunidade: a aceitação formal de que os órgãos ajam em razão do mandato que lhes foi conferido pelos Estados-membros – o que garantiria uma democraticidade indirecta mínima – diminui na razão inversa do nível de supranacionalidade desses órgãos. Parece, de facto, evidente que quanto maior é a autonomia do nível europeu, mais fragilizada fica a possibilidade de essa legitimidade pode ser transmitida a partir do nível nacional. Mas a questão da legitimidade do poder e do seu exercício nunca desaparece. Por isso, o enfraquecimento dos mecanismos de legitimação indirecta impõe a determinação de outras fontes de legitimação (a diminuição do nível de legitimação decorrente de um eventual aumento do nível de supranacionalidade tem, portanto, de ser compensada). Na medida em que a compensação não possa ser conseguida nos mesmos termos (por via de mecanismos democráticos próprios, do tipo representativo – *maxime* do Parlamento Europeu), há-de buscar-se ao nível normativo: os órgãos supranacionais têm de demonstrar ser merecedores da confiança que neles é depositada, agindo no respeito de regras jurídicas que constituem suas referências básicas. Essa demonstração e a aferição correspondente constituem evidentes fórmulas de legitimação²⁴⁹.

[117]

A questão central da legitimação entronca aqui com a questão da tensão entre unidade e diversidade. A mera definição do controlo do processo de construção europeia – se esse controlo é estadual (intergovernamental, portanto) ou europeu (supranacional) – reflecte esse paralelismo (Areizla, 1995: 5).

A leitura da supranacionalidade numa perspectiva soberanista tem assentado no conceito de delegação (Areizla, 1995: 3), procurando manter uma lógica instrumental, numa perspectiva de legitimação indirecta, visando uma comunidade de interesses (cf. infra [126]). Essa leitura tem vindo todavia a ser contrariada pela evolução do

²⁴⁹ Repare-se que a questão não se coloca apenas no âmbito europeu. Assim, internamente aos Estados-membros, os tribunais, os bancos centrais ou as autoridades reguladoras, estão na mesma situação. Não beneficiando de uma legitimidade democrática directa, é a prossecução de normas, valores ou objectivos comuns que, em última instância, completa a sua legitimidade (Scharpf, 2000: 14).

processo, na medida em que a influência dos Estados-membros nas decisões europeias tem diminuído, em razão da maior autonomização dos procedimentos e do próprio alargamento do número de Estados-membros, o qual torna impossível uma efectiva concertação de interesses. De facto, face o aprofundamento da supranacionalidade – ou melhor, naqueles âmbitos em que há um efectivo aprofundamento desta – a legitimação indirecta deixa de fazer sentido e a comunidade dificilmente subsiste enquanto comunidade de interesses, porque o processo cada vez menos responde a necessidades identificadas e perseguidas pelos Estados-membros.

O correcto enquadramento destas questões pressupõe, todavia, contribuições doutrinárias mais recentes, a que nos referiremos de seguida.

2.3 Dificuldades persistentes e avanços episódicos

Analytically, academics divide over whether and in what ways the EU goes beyond the nation-state. Confusion over what the EU is has bred related ambiguities and divisions at a normative level as to the motivations of those involved and the shape Europe ought to take. For some, the EU is an example of super-enlightened state realism. For others, it is the product of post-war idealism. Communitarian-minded civic nationalists see it as a 'union of peoples', cosmopolitans incline towards some form of federalism. [...] Small wonder European debates often appear muddled, with the participants talking past each other (Bellamy, Warleigh, 1998: 447).

[118]

Tal como assinala Richard Bellamy no texto introdutório, a doutrina – apesar de uma produção significativa, na qual se incluem contributos relevantes – tem revelado muitas dificuldades em caracterizar convenientemente o processo de construção europeia.

Essas dificuldades têm feito com que o discurso alterne sucessivamente entre paradigmas (O’Neil, 1996: 4) – em especial o estadual e o internacional – sendo que, constatada algumas vezes a insuficiência de cada um, se insiste também no carácter *sui generis* do processo – ou seja, na novidade tão absoluta que não permite uma caracterização articulável com as classificações correntes (Avbelj, 2007: 6; Machado, 2010: 36).

Mesmo quando era capaz de identificar alguns dos traços característicos mais importantes (*maxime* o exercício de poder em diferentes níveis, ou o pluralismo), a doutrina tendia a enfatizar a originalidade, poupando-se, por isso, a um enquadramento teórico coerente. E com isso se tornava impossível, ou muito difícil, a perspectivação crítica: sendo *sui generis*, o modelo não permitia uma análise comparativa das suas instituições e processos e, bem assim, a aplicação de alguns conceitos teóricos essenciais (Scharpf, 2000: 8).

[119]

O domínio do discurso teórico por um paradigma diferente em cada fase do debate relativo à construção europeia revela a profundidade da distância que separa as diferentes perspectivas e mostra, por conseguinte, a futilidade de qualquer pretensão em atingir a essência do processo (O'Neil, 1996: 81).

A incapacidade de a doutrina esclarecer o assunto contribui para que o processo seja pressionado em termos contraditórios (Schmitter, 2000: 2), impedindo que se obtenham os equilíbrios necessários a uma ponderação consciente dos riscos e objectivos.

[120]

A integração nunca permitiu que a UE permanecesse enquanto organização internacional, nem que evoluísse para uma federação, ou para um Estado unitário (Areizla, 1995: 2).

Na verdade, os laços históricos e conceptuais que mantêm o Estado (a constituição e o direito enquanto sistema) provaram ser difíceis de ultrapassar e, de tempos a tempos, vem sendo sugerido que deveriam ser transferidos *en masse* para a UE. Esta tentação, de assumir plenamente a estadualidade, ocorreu, em parte, porque – apesar da intuição geral de que a UE não é um Estado (Bogdandy, 2000: 208) e que nunca será um Estado, embora satisfaça os critérios gerais da territorialidade, população e governo²⁵⁰ – a doutrina tem tido dificuldade em encontrar um vocábulo

²⁵⁰ Nascida do direito internacional e da diplomacia, a UE assume e exhibe autoridade em relação aos seus Estados-membros em termos próximos da política doméstica (Jupille, Caporaso, 1999:

alternativo que exprima o carácter eclético, intermédio ou liminar da UE (Shaw, Wiener, 1999: 16). Nesse quadro, o debate sobre o conceito de estadualidade nacional ou sobre os cenários da integração dos Estados membros numa estrutura regional, são duas faces da mesma moeda (O'Neil, 1996: 4).

Deve ainda assinalar-se a persistência de algum desajustamento teórico: as ferramentas conceptuais com que é abordado o estudo das instituições europeias pela a ciência política (e subdisciplinas das relações internacionais e das políticas comparadas) são impróprias para lidar com interacções em diferentes níveis do exercício de poder político (Scharpf, 2000: 5) e, por isso, as análises tornaram-se conscientemente a-teóricas, ou passaram a recorrer a conceitos ou metáforas inovadoras. As noções de *condominio*, *consortio*, ou fusão (Schmitter, 2000: 17), surgem como conceitos alternativos, face à manifesta impropriedade dos conceitos tradicionais (Scharpf, 2000: 7).

[121]

Apesar destas dificuldades evidentes – que no essencial permanecem por superar –, devem todavia referir-se algumas contribuições recentes que, pela maneira como equacionam as questões, voltam a permitir que as análises simultaneamente se aprofundem e ganhem coerência.

De seguida referiremos duas delas, cuja importância nos parece inegável e cujos conceitos base serão essenciais para a grelha de análise que propomos na terceira parte (a qual assenta no problema da tensão entre unidade e diversidade que vem marcando a nossa análise).

[122]

Num trabalho recente (de 2001), Jon Erik Fossum perspectiva as alternativas do processo de integração em matéria de reconhecimento (da diversidade, portanto), articulando-as com a questão da gestão do processo – o mesmo é dizer, com a possibilidade de esse reconhecimento se fazer através de instituições supranacionais ou meramente intergovernamentais.

429). Ora, até muito recentemente, o Estado foi a única forma de domínio político e jurídico (Bogdandy, 2000: 208).

Essa articulação resulta no quadro seguinte, o qual constitui uma contribuição assinalável, ao introduzir a distinção nas formas do reconhecimento dos diferentes grupos.

		<i>Gestão do processo</i>	
		<i>Supra nacional</i>	<i>Inter governamental</i>
<i>Política de reconhecimento</i>	<i>Diferenciação</i>	Diversidade profunda das pretensões identitárias (nacionais, regionais, sociais)	UE enquanto conjunto de comunidades culturais nacionais
	<i>Igual dignidade</i>	Entidade do tipo federal baseada em direitos fundamentais	UE enquanto conjunto de estados democráticos, respeitadores de direitos fundamentais

(Fossum, 2001: 8)

Figura 5 - Tipos de reconhecimento

[123]

Assim, a equiparação (ou igual dignidade) surge quando o reconhecimento se orienta para a aplicação de regimes – comuns – que conferem garantias. O intuito essencial do reconhecimento, nestes casos, é a (mera) criação de condições de igualdade.

Neste pressuposto, o reconhecimento faz-se naquilo que há em comum (o que inclui a igual dignidade) e, por isso, postula a igualdade de direitos. A articulação da diferença resulta, também ela, da necessidade do respeito mútuo – que constitui a motivação principal.

No limite, a política de reconhecimento orientada para a igual dignidade assenta no paradigma da uniformização cosmopolita – cf. infra [149].

[124]

Em alternativa, o reconhecimento pode assentar num princípio de diferenciação, quando valoriza a própria diversidade e procura, portanto, construir mecanismos que a articulem, num quadro de respeito máximo.

Nesta perspectiva, a preocupação primeira é a própria diferença, a qual, mais do que articular, importa preservar. A diversidade é vista, portanto, como uma riqueza – e já não como um encargo (que tem de ser assumido). E, por isso, a disponibilidade para a diferença, mais do que uma necessidade, é uma virtude.

[125]

A distinção introduzida por Fossum sublinha a escolha básica do processo de integração relativamente à tensão entre unidade e diversidade: pretendemos manter (e aprofundar) um sistema jurídico plural, com todas as dificuldades de gestão que ele impõe (no sentido de preservar a diversidade das diferentes partes que compõem a UE assegurando simultaneamente a sua coerência global), ou preferimos afastar os custos dessa diversidade, caminhando para soluções federais que garantam um funcionamento unitário mais eficiente? (Avbelj, 2007: 10).

[126]

O quadro de Fossum demonstra, por outro lado, como a política de reconhecimento é sempre mais abrangente quando a gestão do processo è feita ao nível supranacional.

De facto, na alternativa (se a gestão se faz ao nível intergovernamental) a tendência é a de ter em consideração para efeitos de diversidade (a respeitar ou preservar) apenas a diversidade nacional (o que, quase sempre – e em especial na Europa –, é manifestamente insuficiente).

Dito de outra forma: a gestão supranacional da diversidade tende a perspectivar os diferentes níveis em que essa diversidade pode surgir (desde a individualidade até aos grupos plurinacionais), enquanto a gestão intergovernamental trata apenas as diversidades nacionais.

[127]

A segunda contribuição recente que julgamos dever assinar (mais uma vez, quer pela sua importância própria, enquanto ferramenta de análise teórica, quer ainda pela utilidade dos conceitos que avança – aos quais recorreremos com frequência na terceira parte da dissertação) data de 2004, sendo seus autores Erik Oddvar Eriksen e (de novo) John Erik Fossum. Estes autores analisam as principais estratégias de legitimação que o processo de integração pode seguir, articulando-as segundo a respectiva fonte, a lógica que preside a cada estratégia e o tipo de comunidade a que

cada uma delas dá origem. A sua análise pode ser graficamente representada através do quadro seguinte:

<i>Lógica de Integração</i>	<i>Fonte de legitimação</i>	<i>Caracterização da comunidade</i>
Instrumental	Eficiência	Comunidade de interesses
Contextual	Pertença	Comunidade de valores
Comunicativa	Justiça	Comunidade de direitos

(Eriksen, Fossum, 2004: 438)

Figura 6 - Integração e legitimação

[128]

O quadro pode ser lido começando pela identificação das três fontes de legitimação possíveis do processo de construção:

– a eficiência, ou *output legitimacy* (Jiménez, 2010: 2): o processo justifica-se pelos ganhos dele decorrentes; corresponde à visão clássica da cooperação internacional e encontra um eco importante no caminho da integração económica traçado na Europa a partir de 1957;

– a pertença: o processo justifica-se na identidade comunitária (na *polity*); remete, em última instância, para o conceito de Nação, ou seja, para a base comunitária comumente exigida para a edificação estadual;

– a justiça: o processo justifica-se pela capacidade de ajustar de forma equitativa os diferentes interesses das partes componentes; remete, assim, para a essência de toda a construção comunitária.

[129]

A identificação destas três fontes revela-se muito útil para uma correcta caracterização das opções que têm constantemente de ser feitas no processo. A capacidade de definir a fonte básica de legitimação facilita de sobremaneira o tipo de opção possível ou enquadrável. Essa definição denota, por outro lado, uma opção implícita sobre o sentido provável do próprio processo de integração.

A mera ponderação e escolha (ou ordenação) é, só por si, esclarecedora das ambições básicas que cada um (ou cada grupo) alimenta, relativamente ao processo –, sendo certo que, se a questão fosse colocada nestes (últimos) termos, as respostas tenderiam a ser vagas, imprecisas e até contraditórias.

[130]

Esta abordagem permite, por outro lado, um considerável *aggiornamento* da doutrina da legitimidade (que, refira-se, em abono da verdade, tem tardado no âmbito constitucional).

Assim, a legitimidade tradicional decorre directamente do princípio hierárquico (sendo por isso reverente). Isso é consequência do próprio princípio soberano (o qual reflecte também outras origens culturais).

Essa situação mudou, todavia, radicalmente na segunda metade do século XX. A deferência tradicional foi-se perdendo progressivamente (Hoffmann, 1982: 22): a legitimação de base autoritária perdeu importância, sendo frequentemente substituída por uma legitimidade assente em capacidades ou competências funcionais. As comunidades buscam, cada vez menos, a autoridade (e a ordenação estável, dela decorrente) e, cada vez mais, a eficiência. Paradoxalmente, nas últimas décadas tem sido possível perceber também a relevância identitária das comunidades.

Foi a redefinição do conceito de soberania que, visando acomodar a dispersão da autoridade outrora concentrada, fez surgir uma série de paradoxos, em especial no tocante à legitimação do exercício do poder (Bartelson, 2006: 466).

[131]

A relação entre as diferentes fontes de legitimação e o tipo de comunidade que essa fonte postula parece relativamente evidente, sendo, por isso, desnecessária qualquer explicação extra.

Merece, todavia, uma referência à relação da fonte com aquilo que identificamos como a lógica da integração (ou do seu processo).

[132]

Será mais ou menos pacífico que toda a *output legitimacy* assenta numa lógica instrumental: se o processo se legitima pelas vantagens ou resultados dele decorrentes, então a sua lógica, ou carácter básico, é instrumental. O processo é (apenas) um vector de eficiência.

Todas as comunidades comportam algum tipo de lógica instrumental. Se a sua existência não se manifesta em algum tipo de vantagens significativas (ainda que potenciais), os seus membros dificilmente permanecerão ligados a elas. Em todo o caso, a relação com a comunidade tende a ser valorizada em níveis pretensamente superiores. Basta recordarem-se as obrigações de natureza militar para se perceber como os laços de lealdade comunitária foram sendo caracterizados nos últimos séculos (ofuscando essa perspectiva mais utilitária ou instrumental).

[133]

Será, porventura, menos evidente a lógica contextual, cuja fonte da legitimação reside na pertença. O sentido será o seguinte: o processo legitima-se no facto de os seus membros se identificarem com a comunidade. É a identidade colectiva que impõe uma vivência colectiva (que se traduz no processo de integração, o qual por sua vez reforça essa mesma existência colectiva).

Essa identificação surge num determinado contexto histórico, o qual determina, mais do que qualquer outro elemento, a lógica do processo.

[134]

Menos evidente ainda será a lógica comunicativa, que resulta da legitimação assente na Justiça.

Se deixarmos de parte a questão da sobrevivência, enquanto fundamento primeiro da vida comunitária, a justificação mais importante na construção de comunidades é a realização da Justiça (ou seja, tal como referimos atrás, a capacidade de ajustar, de forma equitativa, os diferentes interesses das partes componentes).

Tal como se disse no início, a natureza humana distingue-se pelo facto de o homem recusar a ordem natural (animal) e se empenhar na construção de uma ordem alternativa. A distinção maior entre uma e outra é que as comunidades humanas visam a realização da Justiça (que é, por definição, um objectivo em relação ao qual não é possível senão uma aproximação – desejavelmente progressiva). Donde, a realização da Justiça constitui sempre um objectivo suficiente para a edificação de comunidades.

O facto de esse caminho se caracterizar por uma lógica comunicativa decorre do facto de a realização da Justiça ser, por definição, uma construção permanente que a comunidade no seu conjunto leva a cabo, num percurso de prospectiva, experimentação, análise e correcção. Todo este percurso é, em qualquer caso, um

processo colectivo, que envolve escolhas que apenas podem ser assumidas por via da comunicação.

Ao contrário da salvação que é uma questão individual (e de natureza filosófica), a Justiça é uma questão colectiva e de natureza prática. Assenta, portanto, em escolhas concretas que reportam à própria comunidade, identificando-a. Tais escolhas não apenas podem como devem, portanto, ser feitas.

[135]

Para encerrar estas últimas referências – e em especial a questão da legitimidade – julgamos ser útil deixar clara a origem da dificuldade.

É que, viciados nos pressupostos democráticos tradicionais, nós europeus, tendemos a reduzir a questão da legitimação do poder ao cumprimento dos procedimentos comuns dos Estados democráticos – nos quais avultam os Parlamentos (Soares, 2004: 29). No entanto, não será o mero alargamento desses procedimentos do nível nacional para o europeu que resolverá os problemas de legitimação na Europa (Roermund, 1997: 366), pois esta não evolui segundo o paradigma estadual (Craig, 1997: 10).

Não se tratando de um enquadramento estadual, mas, diversamente de uma nova realidade (cuja novidade resulta, conforme se prefira, do pluralismo jurídico ou do exercício do poder em diferentes níveis), as receitas estaduais tradicionais pura e simplesmente não se adequam.

3. Uma nova grelha de análise

[F]itting together this puzzle has become a cause among scholars charged with the kinds of emotions that only academics seem able to arouse over esoteric matters (Puchala, 1999: 317).

[136]

Nos últimos sessenta anos, a doutrina tem-se debruçado permanentemente sobre a UE – verdadeiro objecto político não identificado²⁵¹ – e o processo de construção europeia. O seu labor incansável tem todavia agravado a necessidade já constatada no início dos anos 70: *aquilo que os trabalhos sobre integração precisam é de serem integrados* (Pentland, 1973: 16)²⁵².

Não seremos certamente nós a conseguir concluir esse esforço de integração, o qual só muito parcialmente tem sido possível desenvolver (tal como pudemos ver na segunda parte deste trabalho).

Propomo-nos, todavia, apresentar uma nova grelha de análise, tendo em vista, desde logo, uma arrumação coerente dos principais contributos doutrinários. Mais do que uma visão de conjunto²⁵³, julgamos ser possível identificar, em termos

²⁵¹ O trocadilho, de um conceito corrente nos anos 80, é atribuído a Jacques Delors sendo recorrentemente retomado pela doutrina (Bellamy, Castiglione, 2003: 8; Schmitter, 2000: 2) sem que todavia surjam referências precisas. Jean-Louis Quermonne afirma que a frase terá sido utilizada por Jacques Delors perante o PE (*Revue française de science politique*, Année 1992, Volume 42, Numéro 5, p. 802).

²⁵² Mesmo os mais destacados juristas – Eric Stein, Francis Snyder, Martin Schapiro ou Hjalte Rasmussen – vão insistir durante muito tempo na necessidade de desenvolver abordagens multidisciplinares capazes de acrescentar coerência à análise do processo (Matlli, Slaughter, 1998: 177).

²⁵³ A doutrina vem salientando a importância destas visões de conjunto, ao sublinhar que a integração europeia *não é uma coisa só, e muita da confusão teórica resulta da insistência* [em analisá-la] *como um fenómeno único e complexo* (Puchala, 1999: 330).

comparativos, as características essenciais, para que possamos melhor perceber as virtudes e limitações das diferentes opções.

O critério central da análise que procuraremos apresentar é o da tensão entre unidade e diversidade, que é também o elemento ordenador da nossa dissertação²⁵⁴.

3.1 Grelhas de análise, limitações e resultados

Several blind men approached an elephant and each touched the animal in an effort to discover what the beast looked like. Each blind man, however, touched a different part of the large animal, and each concluded that the elephant had the appearance of the part he had touched. Hence, the blind man who felt the animal's trunk concluded that an elephant must be tall and slender, while the fellow who touched the beast's ear concluded that an elephant must be oblong and flat. Others of course reached different conclusions. The total result was that no man arrived at a very accurate description of the elephant. Yet each man had gained enough evidence from his own experience to disbelieve his fellows and to maintain a lively debate about the nature of the beast (Puchala, 1972: 267)

[137]

A história contada por Donald Puchala é uma metáfora corrente da cultura indiana, a qual evidencia – em termos particularmente conseguidos – como diferentes perspectivas conduzem normalmente a diferentes resultados.

Fazendo ainda uso da metáfora, reparemos que a incapacidade de perceber a natureza da besta resulta da cegueira dos actores. Da mesma maneira, encontramos na doutrina toda uma série de preconceitos académicos e políticos, cuja influência²⁵⁵ no

²⁵⁴ A tensão entre unidade e diversidade pode ser observada de diferentes perspectivas: da identificação dos cidadãos com os diferentes níveis (definindo eventualmente aquele que predomina – no discurso da lealdade que veremos adiante no ponto 3.2.2.3.1, p. 191 ss.), das relações entre as ordens jurídicas (cf. ponto 3.3 p. 211 ss.), da determinação do nível dominante no processo de construção europeia (Areizla, 2009: 5), etc.

²⁵⁵ A relação de causa-efeito é inquestionável, uma vez que as ideias influenciam os processos, pelo menos em termos de orientação da acção e racionalização (justificação) das estratégias, as quais são, por vezes, adoptadas por motivos de outra natureza (Parsons, 2002: 49).

processo de integração e na intervenção dos próprios actores está ainda por estudar (Bellamy, Castiglione, 2000: 1).

[138]

A nossa análise procurará enquadrar os diferentes contributos doutriniais a partir da forma como estes tratam a questão da tensão entre a unidade e a diversidade no processo de construção europeia.

Assim, vamos encontrar um importante grupo que não tenta definir uma resposta criteriada para essa tensão, minimizando-a (3.2, p. 130 ss.).

O caminho – de minimização da tensão – será, pois, o de identificar as virtudes (e indirectamente também, os riscos) do processo de construção europeia, caminho esse que com uma excepção²⁵⁶ apenas, se faz identificando interesses comuns e mecanismos que potenciem as vantagens directas obtidas no processo.

A minimização da tensão assenta primariamente na orientação da atenção para aqueles aspectos em que tal tensão não existe, valorizando-os. É o olhar para a garrafa sublinhando o facto de ela estar meia cheia (ou seja, insistindo sempre no que ela ainda tem, desvalorizando o quanto lhe falta).

A comunidade resultante do processo será portanto, neste primeiro grupo, tendencialmente uma comunidade de interesses, sendo estes que justificam o processo, alimentando-o – ou, tão só, retirando preponderância à percepção da tensão –, e facilitando o seu desenvolvimento.

Naturalmente que, não procurando desenhar respostas dirigidas à tensão central, estes contributos doutriniais, por aprofundados que sejam (ou quando o sejam), sempre padecem da fraqueza própria da sua falha. E assim se tornam presas das suas limitações²⁵⁷ (porque frequentemente o debate político retorna à questão central),

²⁵⁶ Cf. infra, ponto 3.2.2.1 p. 161 ss.

²⁵⁷ A primeira e mais evidente limitação de todas as respostas que contornam a questão central da tensão existente entre unidade e diversidade, é a questão do défice democrático. Ela funciona, aliás, como uma verdadeira armadilha, no quadro da construção europeia. Assim, face à constatação de que algumas decisões políticas relevantes são tomadas em instâncias demasiado longínquas dos cidadãos e principalmente sem que estes tenham mecanismos de controlo eficientes (face às limitações próprias dos PE), as soluções imediatas afiguram-se necessariamente insatisfatórias: ou se preconiza a elevação do nível político, o que parece implicar a criação de um super-Estado europeu (que ninguém defende),

podendo mesmo vir a contribuir para o Estado de progressiva opacidade do debate (se, para ele, trazem novos – e desenvolvidos – elementos que, todavia, não logram organizar de forma criteriosa, gerando por isso análises com a aparência de *brain storming*).

O conjunto das abordagens que evitam a criteriação tendem, de facto, a procurar definir apenas diferentes graus de integração, o que tem como resultado tornar o fenómeno ainda mais complexo. É afinal o risco de todo o gradualismo (*degreeism*) – que ocorre quando as diferenças de género são substituídas por diferenças de grau – o qual não explica, confunde²⁵⁸.

[139]

O segundo conjunto de contributos (3.3, p. 211 ss.), pelo contrário, agrega todos os que enfrentam a tensão entre unidade e diversidade, procurando definir critérios genéricos que permitam regular essa tensão. E, tal como veremos em termos mais desenvolvidos, estes critérios poderão ter carácter quantitativo (se visam determinar, em caso de conflito, qual a tendência – agregadora ou desagregadora – que deve prevalecer – 3.3.1, p. 214 ss.) ou carácter qualitativo (se definem princípios ou valores que deverão informar a solução de cada conflito – 3.3.2, p. 269 ss.).

ou se advoga o reforço dos poderes de controlo das instituições políticas dos Estados-membros (as quais sempre darão preferência ao acompanhamento das questões nacionais, das quais dependem os resultados eleitorais).

Não obstante, a verdade é que o défice democrático traduz a ausência de controlo e/ou de legitimação política das decisões e esse controlo é necessário, porque as pessoas que são afectadas por decisões públicas, (principalmente de carácter normativo) devem ter algum tipo de influência na sua determinação (Stephan, 1999: 8). Alguma doutrina resigna-se, todavia, em aceitar que a democratização da UE não possa sequer pretender-se no presente, por não haver meios de o conseguir e por não ser manifesta a vontade dos europeus em consegui-la, defendendo por isso um processo incremental que aumente os níveis de cidadania e de representatividade (Schmitter, 2000: 115).

Subsiste alguma convergência em atribuir o défice democrático à ausência de partidos políticos à escala continental, à fragilidade do sistema de representação e controlo (*maxime* parlamentar) e à ausência de uma verdadeira esfera política europeia (Eriksen, Fossum, 2004: 444). A tendência tradicional (dominante), de reduzir a questão ao maior ou menor nível de poderes do PE, parece-nos incorrecta, uma vez que esta instituição tendo surgido dotada de insuficientes poderes de controlo e quase nenhuma participação no processo de decisão, evoluiu para uma instituição que ocupa um lugar primordial no sistema político da União (Soares, 2004: 35). Mas nem por isso o problema do défice pode considerar-se ultrapassado, embora tenha deixado de ser referido como uma problema central (Martins, 2010: 9).

²⁵⁸ Já anteriormente referimos este problema (cf. nota 221) que se torna bem evidente na metáfora de Sartori, então enunciada.

Sendo mais complexas, as soluções deste segundo grupo de contributos, são paradoxalmente mais claras, porque assentam em opções prévias que as justificam e que permitem reconduzir o debate aos fundamentos das respostas. A sua complexidade é também a sua limitação maior, uma vez que tornam a participação no debate muito restrita, deixando de fora a generalidade dos interessados (essa imensa massa de cidadãos europeus que prefere oscilar sucessivamente entre o apelo da unidade e o da preservação da diversidade).

3.2 Minimização da tensão

Attempts at fostering a unified European nation-type identity based on a common European cultural tradition are bound to encounter fierce national opposition – driven by the need to ensure continued preservation of nationally based difference. Opposition to integration will then be as driven by the need for recognition of nationally based difference as will be the integration process itself (Fossum, 2001: 2)

[140]

A progressiva internacionalização da vida política e a consciencialização da interdependência a esse nível tornou patente, em praticamente todas as experiências, a tensão entre tendências agregadoras (de valorização da unidade) e desagregadoras (de preservação – ou quiçá de fortalecimento – da capacidade auto determinativa das componentes).

É verdade que, ao longo da História Europa, as sucessivas concepções e modelos (culturais, sociais, políticos e económicos) se afirmaram, desenvolveram e desapareceram quase sempre à escala continental. Todavia, até ao século XIX, a separação geográfica era evidente, impedindo que as influências mútuas se produzissem de forma imediata e descontrolada. Isso fez com que o sentimento de unidade se confundisse, durante muito tempo, com a identidade religiosa e a

convergência cultural dela decorrente (Cartou, 1986: 18)²⁵⁹. Por outro lado, a preservação dos Estados europeus via-se razoavelmente garantida pelas defesas naturais, pela vontade de preservação dos interesses internos e pelo jogo político de alianças (mais ou menos mediado pela Igreja, conforme o tempo ou a região específica). Isso permitiu não apenas a formação dos Estados mas ainda a progressiva comunitarização das diferentes populações.

Curiosamente, foi no século XIX – época em que o modelo do Estado-nação ficou definitivamente assimilado na realidade e cultura políticas – que o esforço de articular a evidente identidade civilizacional europeia com a preservação dos Estados-nação se tornou pujante e a incapacidade de o conseguir particularmente frustrante.

Esta tensão entre unidade e diversidade tornou-se de tal maneira significativa que alguns autores vão mesmo considerar que, desde então, ela representa uma autêntica demência sociopolítica que evidencia sintomas de perturbação de múltipla personalidade (Backer, 1998: 1332).

Na verdade, na Europa moderna, as tendências agregadoras e desagregadoras não se sucedem, nem traduzem perspectivas sociais distintas. Pelo contrário, são permanentes e simultâneas, não obstante contraditórias.

Os europeus sabem bem da sua identidade civilizacional, mas nem por isso deixam de constituir um conjunto babélico de povos pouco inclinados a assimilarem-se. Trata-se de um excesso que Denis de Rougemont designava como *o vício europeu de transformar a diversidade em divisões rígidas e mórbidas* (Rougemont, 1962: 45).

[141]

Os esforços de minimização da tensão – que decorrem da estratégia política tradicional de evitar a criteriação ou fundamentação jurídica²⁶⁰ (Bellamy, Castiglione,

²⁵⁹ A explicação e/ou enquadramento de noções políticas básicas continua a fazer-se por referência a valores religiosos e culturais comuns (Schuman, 1963: 35). Isto porque o exercício do poder supõe laços estáveis, os quais decorrem da partilha continuada de experiências históricas, políticas, linguísticas e culturais (Soares, 2002: 11), tal como referiremos adiante (nota 448 *in fine*).

²⁶⁰ Na literatura em língua inglesa é frequentemente usada a expressão *normative justification* (Eriksen, Fossum, 2004: 436) ou simplesmente a *normative perspective/theory*, para referir o esforço em reconhecer, aos critérios jurídicos, a sua relevância enquanto fundamentos políticos – ao contrário

2000: 1) – são sempre, diríamos, manifestações dessa obsessão, cujas contradições internas fazem surgir os referidos sintomas de demência.

O principal problema que enfrentam todos estes esforços é, naturalmente, o da legitimidade ou legitimação do poder ao nível europeu.

Ao evitarem o discurso político no processo de integração, as abordagens que se limitam a minimizar a tensão entre as tendências de agregação e desagregação, tendem a assumir um carácter puramente instrumental nesse processo. De alguma forma, pretendem encarar o processo de integração apenas como um meio ou instrumento de maximização dos objectivos fixados ao nível nacional.

Esta perspectiva não é nova. Pelo contrário, constitui a abordagem mais comum das relações internacionais entre Estados soberanos, que surge como apenas mais um nível de intervenção dos órgãos políticos internos, no sentido de prosseguirem a defesa dos interesses nacionais. Se esse objectivo passa pelo estabelecimento de mecanismos de cooperação permanente à escala internacional, caberá às autoridades nacionais competentes avaliarem da conveniência ou interesse da participação em tais mecanismos.

Esta lógica instrumental informa, segundo diferentes matizes, todas as perspectivas doutrinárias que procuram minimizar a tensão entre as tendências agregadoras e desagregadoras, exactamente porque se trata da justificação básica para essa minimização. Se o processo de integração é apenas outro nível de acção das autoridades nacionais, verdadeiramente não existem tendências agregadoras. Existe apenas uma convergência ocasional (ainda que continuada) na acção das autoridades nacionais, a qual se justifica em termos de análise custo-benefício.

Neste quadro, a justificação para as diferentes opções que o processo envolva (mesmo que se trate da contemporização com procedimentos relativamente autónomos ou que escapem ao controlo das autoridades nacionais) será sempre a das vantagens que o processo objectivamente permita obter. Assim sendo, a legitimação do processo

do que acontece com as tendências realistas, intergovernamentalistas ou funcionalistas, que ignoram ou minimizam essa relevância (Bellamy, Castiglione, 2000: 1).

faz-se apenas em termos de eficiência²⁶¹. É aquilo que a doutrina veio a consagrar como *output legitimacy* (Jiménez, 2010: 2) – e que anteriormente referimos [127], a propósito do quadro de Eriksen e Fossum. Não se procura uma legitimidade autónoma, pois ela é sempre derivada: a democraticidade das decisões resulta do assentimento (directo ou indirecto) dado pelos representantes nacionais.

Por isso mesmo, ainda, a comunidade resultante do processo de integração nunca será mais do que uma comunidade de interesses: o ponto de encontro de interesses nacionais, que poderá justificar os graus de institucionalização que a eficiência do processo recomende. Difícil será todavia que, nesta perspectiva, se conceba algum grau de autonomia às instituições criadas, cuja acção terá de se reconduzir à prossecução dos interesses nacionais envolvidos.

[142]

Neste quadro, as diferentes abordagens tendem a permanecer no nível das relações internacionais (na mera observação, ou quando muito, na classificação desses fenómenos), incapazes de evoluir para um tratamento jurídico (por não se imporem as exigências de criteriação que daí decorreriam). Esta deficiência²⁶² apenas será ultrapassada pelos modelos que se propõem a regular a tensão entre unidade e diversidade (infra, 3.3, p. 211 ss.).

²⁶¹ A lógica da legitimação em razão da eficiência do processo, pode pressupor o domínio estadual do processo – como é particularmente evidente no modelo clássico da cooperação que vemos a seguir (cf. ponto 3.2.1, p. 135 ss.) – ou, no pólo inverso dessa mesma lógica, pode ignorar total ou parcialmente o papel do Estado no processo – como veremos no modelo do *management* (cf. ponto 3.2.2.3.2 p. 204 ss.). Não será de estranhar a convivência entre perspectivas tão distintas num mesmo quadro de análise, uma vez que se trata, em ambos os casos, de modelos que se caracterizam por ignorarem (minimizarem) a tensão entre as tendências agregadoras e desagregadoras. No primeiro, essa minimização ocorre por se presumir a manutenção da lógica estadual (ignorando portanto, qualquer tendência agregadora); no último caso, por se observar o processo à margem das estruturas políticas, numa lógica de pura eficiência de mercado.

²⁶² Também a abordagem jurídica padece, com frequência, de algumas deficiências e exageros. Martin Schapiro refere-se ao *legalismo* – muito comum na doutrina europeia – segundo o qual *a Comunidade é apresentada como uma ideia de Justiça, a constituição encarada como um texto sagrado, os comentários doutrinários como verdades jurídicas, a jurisprudência como resultados inevitáveis da aplicação das fontes e o tribunal como uma expressão cristalina da razão e da teologia constitucional* (Burley, Mattli, 1993: 45).

[143]

Este é o enquadramento genérico do conjunto dos contributos ou perspectivas doutrinárias que procuram minimizar a tensão entre as tendências de agregação e desagregação.

Já de seguida, procuraremos distinguir diferentes perspectivas que cabem dentro desta posição de princípio. Importa apenas sublinhar uma última característica comum a todas elas: é que os esforços de minimização da tensão impõem, só por si, voluntária ou involuntariamente, limites ao processo de integração.

Ao recusarem qualquer justificação autónoma do processo (por o considerarem mero instrumento das políticas nacionais), estas perspectivas trazem consigo a necessidade recorrente de controlar, ou mesmo minorar, as ambições que o animam (Eriksen, Fossum, 2004: 435). E, neste ponto, estas estratégias contradizem-se: o processo desenvolve-se porque há muito em comum – sejam os valores civilizacionais, as vivências históricas ou os interesses (económicos, políticos ou outros) – mas, porque se recusa ponderar isso em termos da criação de um novo enquadramento político²⁶³, as ambições estão limitadas àquelas que seja possível manter dentro do quadro tradicional²⁶⁴.

²⁶³ As deficiências ou limitações europeias em matéria de legitimidade (que se reconduzem à questão do chamado *défice démocratique*) prendem-se essencialmente com a estrutura político-institucional europeia e com a sua fundamentação jurídico-constitucional – ou *normative justification* (Eriksen, Fossum, 2004: 436).

²⁶⁴ Curiosamente, subsiste alguma doutrina que, constatando as dificuldades genéricas dos modelos minimizadores da tensão em acolherem a diferença, nem por isso apontam no sentido da criteriação, mas, inversamente, defendem o reforço das garantias nacionais, no quadro da legitimidade derivada (Harlow, 2000: 24).

3.2.1 Cooperação/coordenação

Le lendemain, nouveau message de Londres plus précis: «Nous avons reçu votre mémorandum. Il faut bien comprendre que si le gouvernement français a l'intention d'insister sur un engagement de mettre en commun les ressources et d'instituer une Haute Autorité ayant des pouvoirs souverains, cela comme condition préalable à une participation aux conversations, le gouvernement britannique ne pourrait à son grand regret accepter pareille condition» (Monnet, 1976: 451/2)

[144]

As posições doutrinárias que analisam o processo de integração num quadro de cooperação ou coordenação são as mais radicais – dentro daquelas que minimizam a tensão entre as tendências de agregação e de desagregação –, na medida em que recusam a própria tensão. Segundo estas, não há tendências agregadoras mas tão só o desenvolvimento de redes mais ou menos complexas de obrigações (Backer, 1998: 1335), ou seja, mecanismos de cooperação, no quadro tradicional das relações entre Estados soberanos.

Vimos anteriormente que, em nosso entender, toda a integração se deve distinguir da (mera) cooperação [67]. Essa distinção é comum na doutrina europeia e menos clara na doutrina americana. De qualquer forma, subsiste um conjunto relevante de autores que, recusando-a, continua a enquadrar o processo de integração dentro das tradicionais relações de cooperação entre Estados soberanos.

[145]

Em alguns casos, trata-se de pura inércia teórica e conceptual, revelando um esforço em manter a análise do processo de integração (e do direito europeu propriamente dito, que dele resulta) no quadro do direito internacional, preservando o paradigma clássico²⁶⁵ (Maduro, 2006: 8).

²⁶⁵ O paradigma consiste basicamente no seguinte: as constituições são leis fundamentais de Estados, enquanto as organizações internacionais e as confederações são criadas e reguladas por tratados. A revisão das constituições pode ser efectuada por decisão maioritária o que implica arrogar-se à competência das competências (*kompetenz-kompetenz*): soberania, estadualidade, legitimidade originária e aceitação da comunidade (ou da *Grundnorm*) como fonte última de autoridade. Inversamente, os tratados apenas podem ser alterados por unanimidade, o que significa que a *kompetenz-kompetenz* permanece nos Estados-membros, que se mantêm soberanos face aos tratados

Noutros casos é a recusa liminar da novidade (Avbelj, 2007: 4) propriamente dita que justifica a não-aceitação da diferença entre integração e cooperação.

De qualquer forma, nestas perspectivas, a construção europeia – bem como qualquer outra organização internacional –, fundar-se-á e funcionará no quadro de convenções internacionais (Wyatt, 1982: 147) que constituem acordos de vontade entre Estados soberanos²⁶⁶. Essa será a sua característica fundamental e, por isso, tem de ser nesse enquadramento genérico do modelo confederal²⁶⁷ que se efectua qualquer análise (Hartley, 2002: 1, 35).

Se o processo não decorre nem revela mais do que um conjunto de vontades soberanas, a cooperação não pode senão fundar-se numa legitimidade instrumental e derivada (Eriksen, Fossum, 2004: 436), pois trata-se apenas de mecanismos de prossecução dos interesses estaduais.

[146]

No mesmo sentido – se apenas há vontades e interesses estaduais –, toda a cooperação supõe que a gestão dos processos seja feita por instituições intergovernamentais, nas quais os Estados-membros têm direito a veto (ou em alternativa, não se vinculam às decisões a que não dêem expressamente o seu assentimento).

Estas instituições mostram-se pouco produtivas, já que apenas obtêm resultados quando nenhum dos participantes pressinta qualquer prejuízo (Eriksen, Fossum, 2004: 440), real ou potencial.

(Cottier, Hertig, 2003: 284). Esta separação, em termos estanques, dos níveis interno e internacional parece estar em via de superação num movimento de crescente aproximação entre o direito constitucional e o direito internacional (ibidem: 264).

²⁶⁶ O conceito de direito internacional é frequentemente usado no sentido de realçar o facto de os Estados-nação reclamarem para si, em exclusivo, o poder de criar e impor normas no seu território. Assim, qualquer acordo internacional (ou órgão dele decorrente) constituiria uma subespécie jurídica (estabelecida entre nações) que nunca poderia arvorar-se à dignidade governamental (Backer, 1998: 1333/4). Ele impõe, portanto, diferentes níveis, nos quais se replicam as lógicas: o Estado-nação é, no nível internacional, aquilo que o indivíduo é no nível nacional (Weiler, 1995: V).

²⁶⁷ Numa posição intermédia – e ainda mais original – Craig Parsons defende que o processo de construção europeia podia ter-se desenvolvido através de estruturas institucionais tradicionais, sem que o modelo comunitário deva considerar-se essencial para os resultados conseguidos (Parsons, 2002: 48).

A exigência do consenso torna a cooperação tanto mais difícil quanto mais alargada seja a participação, como bem se compreende. E demonstra como todo o processo de cooperação tem tendência a retornar à fórmula diplomática (bilateral) tradicional.

[147]

No quadro da cooperação, a diversidade é a regra, enquanto a unidade é um esforço ou um acidente. Assim sendo, o reconhecimento da diferença resulta da obediência ao princípio soberano, por força do qual ^(a) essa diferença tem de respeitar-se em termos de igualdade (Fossum, 2001: 9), e ^(b) só é relevante a diferença entre Estados-nação (a gestão das comunidades subnacionais é uma questão interna e, no plano internacional, não há, como vimos, senão agregações acidentais de Estados²⁶⁸ animadas pelos respectivos interesses²⁶⁹).

[148]

Dentro das perspectivas que insistem na análise no quadro dos mecanismos de cooperação – e particularmente no quadro do funcionamento de convenções internacionais – devem ser identificadas duas tendências, distintas e opostas (Berman, 2007: 1179):

– o universalismo, que acredita ser possível que a via convencional constitua o caminho do entendimento universal, segundo desenhos que progressivamente apaguem as diferenças;

– o soberanismo territorialista [154], que rejeita a legitimidade de quaisquer outras comunidades, além do Estado-nação.

²⁶⁸ No quadro da cooperação, toda a supranacionalidade suscita resistência, já que ou assenta numa autonomia que não faz sentido, ou decorre da incapacidade das partes defenderem convenientemente os seus interesses (como acontece no caso da UPU, referido supra, na nota 235). Essa foi a posição do general De Gaulle nos anos 60, e dos conservadores britânicos liderados por Margaret Thatcher nos anos 80.

²⁶⁹ A preservação das diferenças pode, aliás, constituir uma das principais motivações para a participação em organizações internacionais e no próprio processo de construção europeia (Fossum, 2001: 11). Fragilizados com a globalização, os Estados podem procurar conjugar esforços para melhor resistirem ao ímpeto harmonizador que o processo desencadeia.

O universalismo remonta ao *Tratado de Paz Perpétua* de E. Kant²⁷⁰ (com eco relevante em alguma doutrina recente), consubstanciando a confiança no entendimento planetário, por via convencional²⁷¹. As diferenças²⁷² serão ultrapassáveis no caminho de edificação de um regime comum, ou seja, de uma progressiva uniformização²⁷³. O objectivo último da modernidade será o da definição de um direito cosmopolita (Bogdandy, Dellavalle, 2008: 22; Kant, 1988: 40): a unidade faz-se, portanto, num caminho de uniformidade²⁷⁴.

O movimento de internacionalização do pós-guerra desenvolveu-se essencialmente por essa via²⁷⁵, dando origem a uma ampla²⁷⁶ e efectiva uniformização normativa²⁷⁷, a muitos níveis.

²⁷⁰ A origem pode ser recuada à ideia de comunidade humana introduzida pelo Cristianismo (Schuman, 1963: 44; Huntzinger, 1987: 24), e entronca com o sentido solidário que Grotius já expressava (Alderson, Hurrel, 2000: 98).

²⁷¹ A ideia de um direito das gentes contém em si uma outra ideia: a de uma vontade universal, atribuindo a cada um aquilo que é seu (Kant, 1988: 70).

²⁷² *Esta diversidade contém, é bem verdade, o germe dos ódios recíprocos e oferece um pretexto para a guerra; mas, por força dos progressos da civilização e à medida que os homens se aproximam cada vez mais dos seus princípios, ela faz com que se entendam no seio de uma paz [...] produzida e garantida pelo equilíbrio conseguido no âmbito das mais vivas diferenças* (Kant, 1988: 52).

²⁷³ Usamos aqui o termo uniformização em alternativa ao termo mais geral de harmonização, mais comum na doutrina, a fim de distinguir o objecto da análise neste ponto – a construção por via convencional de regimes comuns – dos casos em que esses regimes comuns resultam de medidas impostas (Backer, 1998: 1331). Assim, reservamos para estes últimos casos o termo harmonização.

²⁷⁴ É nesta uniformidade que a perspectiva da cooperação – ainda que animada pelo universalismo, e eventualmente sob as vestes constitucionais (Machado, 2010: 56) choca com a essência do processo de construção europeia, que se visa *a unidade sem uniformidade e a diversidade sem fragmentação* (Hendry, 2009: 5).

²⁷⁵ Aquilo que aqui definimos por universalismo – numa terminologia corrente na doutrina – surge também sob a designação de legalismo ou institucionalismo internacional, quando estes termos reportam à convicção de que a situação de relativa anarquia internacional pode ser ultrapassada por via do estabelecimento de organizações internacionais e do desenvolvimento do direito internacional (Gehring, 1993: 227).

²⁷⁶ Em termos gerais, o exemplo mais relevante é naturalmente o das Nações Unidas. No quadro da Carta das Nações Unidas, não foi reconhecido competência para ditar normas, à escala universal, a nenhum dos órgãos, por razões que dispensam explicação. Esta limitação não impediu, todavia, que à Assembleia-geral fosse acometida a tarefa de promover estudos e fazer recomendações tendo em vista fomentar e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação (alínea a) do nº 1 do art. 13.º). Nesse âmbito, foi criada a Comissão de Direito Internacional que vem desenvolvendo esse esforço através da elaboração de um importante volume de convenções, as quais constituem as estruturas fundamentais da ordem internacional actual.

A sua característica essencial vem expressa no n.º 1 do art. 2.º da CNU, quando refere que o primeiro princípio da acção da ONU e dos seus membros, para a realização dos seus objectivos, é o respeito pelo princípio da igualdade soberana. Por sua vez, o art. 1.º, ao fixar os objectivos, começa pela preservação da paz e segurança internacionais (n.º 1), para se referir depois à criação de relações de amizade entre as nações (n.º 2), à realização da cooperação internacional (n.º 3) e finalmente – que, para a nossa análise, é o mais relevante – à harmonização da acção das Nações (n.º 4).

[150]

É bem verdade que no universalismo são menos evidentes algumas características gerais apontadas anteriormente a todos os modelos que minimizam a tensão entre a agregação e a desagregação. Em especial, parece poder-se questionar se a lógica instrumental se manterá. Afinal, o empenho da paz universal e a fé na harmonização não revelarão antes uma lógica contextual, apontando no sentido da formação de uma comunidade (humana) de valores, dotada de uma legitimação própria?

Julgamos que a tentação de resposta positiva não resiste a uma análise mais cuidada.

De facto, o modelo das Nações Unidas não visa a criação de uma organização internacional universal com legitimidade própria (resultante de uma suposta representatividade da comunidade humana no seu todo), capaz de construir um pólo de atracção das lealdades cívicas.

Para além do quadro da ONU, devem ainda ter-se presentes outros níveis, igualmente relevantes. Em especial o económico, no âmbito do qual são de realçar as regras de funcionamento do FMI (que estabelece um sistema universal de pagamentos) e do GATT – que no final do século evoluiu para a OMC (e que permitiu uma diminuição progressiva das barreiras comerciais). Estes quadros gerais foram complementados por outros mecanismos, cuja importância não deve esquecer-se. Citem-se apenas como exemplos, a Convenção de Washington de 1965 (que protege os investimentos estrangeiros) ou as convenções da UNCITRAL em matéria de comercial (que em diferentes planos, facilitaram a circulação, o comércio e a resolução de conflitos à escala internacional).

²⁷⁷ A doutrina, por vezes, identifica este processo de uniformização normativa com o advento de um direito de integração global que corresponderia ao processo de uniformização ou aproximação das regras internas através de tratados internacionais, particularmente no âmbito económico (Cottier, Hertig, 2003: 267).

Essa ideia, de humanidade e de preservação de valores universais, apenas é discernível no quadro da protecção dos direitos do homem. Importa, todavia, ter presente que essa preocupação – que não é herdada do quadro da Sociedade das Nações – surge por se entender que a atitude de desrespeito pelos direitos fundamentais (chocantemente evidenciada no holocausto) terá contribuído decisivamente para a II Guerra Mundial. E, nesse sentido, a protecção dos direitos do homem assume um carácter instrumental em relação à preocupação primeira (a preservação da paz e da segurança ²⁷⁸internacionais).

Repare-se a propósito que, afirmada logo no segundo parágrafo do preâmbulo da Carta, a *fé nos direitos fundamentais do homem* é referida nos objectivos (art. 2.º), mas no quadro da cooperação internacional, aparecendo – sob a designação de princípio da igualdade de direitos – no art. 55.º como condição de estabilidade e bem-estar, necessária às relações pacíficas e amistosas entre as nações.

Verificamos, assim, que o modelo universal de regulação, instituído com as Nações Unidas, é um modelo assente na cooperação entre Estados soberanos, votado primariamente para a preservação da paz e da segurança internacionais (objectivo esse que enquadra outros, nomeadamente o da protecção dos direitos fundamentais).

Nestes termos, mantém-se a lógica instrumental, orientada para a formação de uma comunidade de interesses (a paz, a segurança e o bem-estar constituem interesses primordiais de cada um dos Estados-membros), assente numa legitimidade indirecta – advinda dos seus membros (Lindberg, 1963: 109²⁷⁹).

[151]

O universalismo, tal como a doutrina vem salientando (Berman, 2007: 1190), apresenta importantes limitações.

²⁷⁸ A verdade é que o propósito iluminista de um progresso unificador é sempre limitado pela capacidade humana em perceber e controlar (March, Olsen, 2005: 19). Estas exigências tendem, assim, a sobrepor-se, tal como aconteceu com a CNU.

²⁷⁹ É neste ponto que o neofuncionalismo (de segunda geração – chamemos-lhe assim, já que contraria a perspectiva inicialmente avançada por E. Haas – cf. nota 378) mais se aproxima da cooperação (por via do intergovernamentalismo). Esta circunstância (que não deixa de ser algo confusa) apenas se tornou possível porque, como vimos, em boa parte da doutrina americana não se insistiu na distinção entre cooperação e integração (cf. [67]).

A primeira dessas limitações reside na própria pressuposição da bondade da uniformização, que deve questionar-se²⁸⁰. Assim, o apagamento da diversidade faz-se quase sempre à custa das vozes mais fracas – o que levanta, só por si, questões básicas de justiça. Além disso, a diversidade parece dever assumir-se como um valor. Mesmo em termos gerais, diferentes regimes são diferentes soluções, de cuja experiência resulta aprendizagem, não apenas para as comunidades que as implementaram (até porque a diversidade é condição de inovação). Por outro lado, a capacidade de uma ordem jurídica (universal ou não) conviver com outras sem as absorver ou eliminar é, em si mesma, enriquecedora para a vida social. É que o valor da liberdade só é preservado no respeito pela diferença (mesmo das situações desconfortáveis ou até chocantes). Esse respeito constitui, portanto, uma demonstração de tolerância que o universalismo tende a ignorar.

A segunda limitação do universalismo é a inverosimilhança da possibilidade de que todas as diferenças²⁸¹ possam ser ultrapassadas (Danchin, 2009: 31). E mesmo que pudessem, a busca de uma harmonia universal dificilmente chegaria para convencer as pessoas ou os povos a cederem nas suas convicções diferenciadoras. Nesta perspectiva, caberia colocar a questão última: e se fosse possível convencer as pessoas, seria desejável fazê-lo? A realidade recente parece demonstrar o inverso: a globalização, muito embora tenha imposto alguma tendência harmonizadora, trouxe consigo um fenómeno de fragmentação que se manifesta também no plano normativo (Maher, 1998: 238).

A terceira limitação do universalismo reside nos custos e produtividade do processo de uniformização. Este, quando é possível, é necessariamente lento e trabalhoso. Por isso, centra-se tendencialmente mais na codificação de convergências

²⁸⁰ A mera existência de uma ordem universal tornaria, só por si, mais difícil – senão mesmo impossível – às comunidades nacionais invocarem limites a essa ordem, em defesa das suas especificidades (Danchin, 2009: 29).

²⁸¹ Nem mesmo dentro dos Estados-nação se mostrou possível o apagamento das diferenças. E ainda assim, dentro destes, uma ampla maioria da população acredita que partilham os mais profundos sentimentos comunitários, assentes na língua, costumes, história etc. É aliás essa crença que permite aos Estados-nação chamarem para si o poder final de ditar normas e implementá-las nos seus territórios. É também ela que fundamenta a presunção de que não poderá haver autoridade superior ao Estado-nação (Backer, 1998: 1333), a qual contraria a possibilidade de uniformização ao nível universal.

pré-existentes do que na construção de novos consensos²⁸². Nessa medida, trata-se de um processo que, num mundo em rápida mudança, estará permanentemente aquém da realidade tecnológica, social ou económica.

Para além destas limitações genéricas, a doutrina vem ainda questionando também a sua eficácia, em diversos níveis.

Assim, deve, desde logo, ter-se presente que o processo de uniformização (por via convencional) tende a beneficiar os grupos de pressão com efectiva capacidade de nele intervirem²⁸³, eventualmente à custa do interesse geral (Stephan, 1999: 7). Por outro lado, o processo de elaboração de regras por via convencional não contempla qualquer confirmação de que a regulação, por essa via, seja mais eficiente do que ao nível nacional (Stephan, 1999: 5) e, por isso, na falta de critério de determinação dos âmbitos e de mecanismos de controlo permanentes²⁸⁴, o resultado poderá ser o inverso do pretendido.

[152]

Esta visão universalista não se restringe às análises dirigidas apenas ao funcionamento da sociedade internacional no seu conjunto (o que parece poder retirar-se da própria designação). Assim, na história da Europa, perdura, desde há mil e quinhentos anos, o sonho da reconstrução do *Imperium Romanum*.

²⁸² Subsiste a possibilidade de o universalismo evoluir através de mecanismos mais leves. O *management* a que adiante nos referiremos (ponto 3.2.2.3.2, p. 204 ss.), surge também como uma alternativa universalista ao modelo tradicional do Estado (Areizla, 1995: 11).

²⁸³ Esta intervenção, vista como um risco na perspectiva tradicional da cooperação, é encarada como natural e eficiente na perspectiva do *management*. Aqui se percebe, portanto, o ponto de encontro das perspectivas e bem assim a sua divergência de base (cf. nota anterior). Um exemplo concreto pode ajudar a perceber a situação: o Estatuto do Banco Central Europeu – que tecnicamente consiste num protocolo anexo ao TUE – foi preparado por um comité de representantes dos bancos centrais e aprovado praticamente sem qualquer emenda pela CIG (Lord, Magonette, 2004: 192).

²⁸⁴ O mais importante critério de verificação que tem dado origem, no âmbito europeu, a diversos mecanismos de controlo é o princípio da subsidiariedade que adiante trataremos (ponto 3.3.2.3, p. 297 ss.). Repare-se todavia que, ao contrário do que acontece no processo decisório europeu – ou seja no quadro deliberativo interno da UE –, a elaboração de convenções não pressupõe outra verificação que não seja a pressuposta no assentimento dos Estados parte. Ora, conforme vem sendo salientado a doutrina, os principais objectivos atingíveis num processo de harmonização são a realização de reformas nos regimes, a diminuição dos riscos jurídicos e a valorização do papel dos intermediários – em sede de negociação e de consultoria (Stephan, 1999: 4). Esta valorização pode, em alguns, casos conduzir a uma sobrevalorização do processo pelos próprios intermediários, em prejuízo do interesse geral.

A uniformidade jurídica do direito romano, ou a uniformidade cultural e religiosa da Igreja, constituem imagens poderosas de uma comunidade civilizacional, a qual anima um esforço de aproximação que, por sua vez, tem sido desenvolvido através de um sem número de convenções, votadas expressamente para a uniformização continental – sendo especialmente evidenciadoras desse esforço as convenções celebradas sob a égide do Conselho da Europa (em especial a Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Este objectivo quase obsessivo de uniformização é, aliás, caracterizado como um dos sintomas da perturbação da múltipla personalidade europeia – exactamente porque convive com outros sintomas inconciliáveis, como é o caso da simultânea resistência dos europeus em admitirem a assimilação mútua (Backer, 1998: 1332). É, afinal, outra forma de se referir a tensão entre a diversidade e a unidade.

[153]

A legitimidade dos regimes e das instâncias internacionais criadas nesta perspectiva universalista (kantiana) é claramente indirecta. Trata-se naturalmente da perspectiva de esforços de entendimento universal cujo carácter contratual é a fonte de legitimidade. No âmbito material, todavia, essa legitimidade indirecta resulta da capacidade de condicionar os Estados-membros em termos tais que eles próprios reconhecem a valorização²⁸⁵ do seu enquadramento jurídico (Lord, Magette, 2004: 189).

[154]

Vejamos agora a tendência oposta, no quadro da cooperação: o soberanismo territorialista, ou particularismo.

Ao invés da fé na uniformização dos regimes por via convencional, insiste-se, tanto quanto possível, na protecção da prerrogativa soberana nacional²⁸⁶, em especial

²⁸⁵ A valorização pode resultar, p. ex. da diminuição do arbítrio no exercício do poder (em razão, digamos, dos controlos efectuados ao nível internacional). Casos há em que o nível internacional é usado também para garantir uma fundamentação técnica acrescida em apoio de posições políticas (Davies, 2009: 25).

²⁸⁶ As relações inter-estaduais são, assim, vistas como ameaças à própria existência do Estado-nação. Nesse sentido, a constituição suíça de 1848 estabelecia, como tarefa fundamental da

no tocante à determinação das regras jurídicas²⁸⁷. Essa é a primeira preocupação e também a primeira justificação que decorre do pressuposto básico de que apenas existe ordem dentro das comunidades políticas específicas (cuja coesão interna depende da distinção para com as demais), não sendo essa ordem, portanto, alargável à humanidade²⁸⁸ como um todo (Bogdandy, Dellavalle, 2008: 28).

No plano jurídico-internacional a posição é frequentemente defendida, surgindo na doutrina sob a designação do monismo²⁸⁹ com primado do direito interno (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 93; Pereira, Quadros, 1993: 85).

O juiz Antonin Scalia, do Supremo Tribunal Federal americano (em voto de vencido na decisão relativa ao caso *Roper v. Simmons*), foi lapidar na exposição dessa posição, ao afirmar que *a premissa básica do argumento do tribunal – de que as leis americanas se devem conformar com as leis do resto do mundo – deve ser pura e simplesmente rejeitada*²⁹⁰. De facto, nesta perspectiva, os diferentes Estados são entes que competem e conflituam no plano internacional, pelo que este nível surge apenas como terreno de confronto e nunca de legitimação²⁹¹.

confederação, a salvaguarda da segurança e independência do país contra o estrangeiro (Cottier, Hertig, 2003: 265).

²⁸⁷ Neste sentido o realismo é uma corrente doutrinária que se situa nos antípodas do legalismo (Burley, Mattli, 1993: 48) – cf. nota 262.

²⁸⁸ Genericamente esta posição corresponde à da escola realista ou da *realpolitik* – a que voltaremos adiante – cf. [242] e nota 497. Nesta altura importa apenas perceber que para esta corrente doutrinária, a relativa anarquia internacional conduz quase automaticamente a um sistema em que a sobrevivência das suas unidades depende do respectivo comportamento (e da acumulação de meios que os protejam dos restantes). Assim, não existindo mecanismos internacionais que garantam a protecção dos mais fracos, não deverá exagerar-se a importância das instituições internacionais – ou da ordenação que estas aparentam – pois estas tenderão a gerar expectativas irrealistas que podem agravar os riscos de conflito (Gehring, 1993: 228).

²⁸⁹ A querela tradicional entre monismo e dualismo parece todavia ultrapassada, em especial por força da progressiva aceitação do pluralismo (Halberstam, 2008: 2). De qualquer forma, essa aceitação foi lenta (Michaels, 2009: 10).

A doutrina distingue, pelo menos, três variantes possíveis dentro do soberanismo territorialista ou particularismo (Bogdandy, Dellavalle, 2008: 29).

²⁹⁰ Scalia, J., dissenting in *Roper v. Simmons* (03-633) 543 U.S. 551 (2005).

²⁹¹ São bom exemplo dessa abordagem os autores americanos actualmente designados como *Neocons*, entre os quais avulta Jeremy Rabkin. Para este o direito internacional é um mero instrumento limitativo de limitação dos interesses nacionais, fundados e legítimos (Bogdandy, Dellavalle, 2008: 32). Nele não haveria, portanto, uma ordenação constitucional, nem uma base moral (Allott, 1999: 35).

As doutrinas particularistas ou soberanistas-territorialistas insistem frequentemente na distinção tradicional entre tratados (ou convenções) – que constituem acordos entre Estados soberanos, no âmbito do direito internacional – e constituições – leis fundamentais de Estados-nação, no âmbito do direito interno (Aroney, 2005: 1), para recordar, de seguida, que toda a regulação convencional é objecto de actos de introdução na ordem interna (que permitem a esta controlar os efeitos daqueles²⁹²). Desta forma se mantém a marca territorial²⁹³ como critério da exclusividade soberana – que, pela sua natureza, rejeita, portanto, a legitimidade normativa de quaisquer comunidades além do Estado-nação²⁹⁴ (Berman, 2007: 1180).

Nesta perspectiva, o cumprimento das obrigações convencionais funda-se na decisão soberana interna de vinculação ao regime internacional – que envolve algum nível de delegação de poderes (Areizla, 1995: 3; Lord, Magnette, 2004: 189), e tenderá a resultar de uma escolha racional (Guzman, 2007: 121). Os Estados são, portanto, entendidos como entes racionais, capazes de identificar e perseguir os seus interesses na esfera internacional, os quais consistem na maximização das vantagens e resultados obtidos, alheios a qualquer noção de bem-estar internacional. Não há, assim, qualquer sentido de vinculação ao cumprimento das obrigações convencionais, sendo as noções

²⁹² Assim, se os Estados são confrontados com a existência de regimes exteriores com apetência para regularem situações internas, podem adoptar políticas isolacionistas (recusando a vinculação aos mecanismos convencionais que definam tais regimes) e/ou introduzir mecanismos de protecção. Essa será a primeira reacção, visando a defesa da soberania territorial. Quando a existência de regimes comuns corresponda a um interesse próprio, os Estados podem, então, participar na formação de uma vontade colectiva capaz de laborar no sentido da harmonização universal. Estas posições têm-se mostrado todavia pouco eficientes (Berman, 2007: 1163/4). Na verdade, elas ignoram que – tal como referimos anteriormente (cf. nota 204) – o pluralismo jurídico resulta simultaneamente de um processo de fragmentação jurídica e do surgimento embrionário de um direito global não estadual (Maher, 1998: 241). Dito de outra forma, o pluralismo traduz a superação da ideia tradicional do monopólio estadual da produção normativa.

²⁹³ A doutrina vem todavia salientando o facto de a pluralidade de ordens jurídicas resultantes dos processos de globalização e de fragmentação tenderem a sobrepor-se territorialmente ou a constituírem formas específicas de direito não territorial (Maher, 1998: 238).

²⁹⁴ Na doutrina conservadora – que insiste portanto na preservação da centralidade estadual enquanto autoridade legislativa – encontramos, quer a recusa pura e simples do pluralismo jurídico (nomeadamente na declaração do juiz Scalia, referida supra), quer uma abordagem do pluralismo na perspectiva monista tradicional: a autoridade final (em caso de conflito) tem sempre de pertencer aos Estados, na medida em que o fundamento (primeiro ou) último reside nos tratados, que expressam a vontade daqueles (Avbelj, 2006: 395). São, portanto, meras manifestações do pluralismo fraco a que anteriormente já nos referimos (cf. nota 64), mas agora identificadas no plano interno.

de legitimidade ou de legalidade pouco relevantes (Guzman, 2007: 17): é a perspectiva do meio internacional como anárquico (ou como um estado de natureza)²⁹⁵.

[155]

Na perspectiva do soberanismo territorialista subsiste apenas um enquadramento susceptível de admitir a alteração da natureza convencional: um processo de união, fusão ou incorporação de Estados capaz de dar origem a um novo Estado (Areizla, 1995: 2). Esta é, aliás, uma figura conhecida no direito internacional clássico (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 530; Pereira, Quadros, 1993: 337) que permite manter inalterados os conceitos desta perspectiva clássica.

[156]

A UE foi criada por tratados internacionais (aquilo que, no estrito âmbito do direito europeu, se apelida de direito originário). Essa circunstância tem sido bastante para que uma parte da doutrina mantenha a sua análise no quadro da cooperação a que nos vimos referindo (Hartley, 2002).

Em todo o caso, a doutrina mais conservadora – mesmo quando não defende a novidade europeia – pode admitir que, nas fases iniciais, a UE fosse caracterizada nesses termos, mas tende a reconhecer que essa situação foi, todavia, objecto de profundas alterações, as quais tornam esse enquadramento desadequado (Eriksen, Fossum, 2004: 444), pelo menos a partir do TUE (Fossum, 2001: 10).

Na verdade, é cada vez mais extenso e patente o conjunto de elementos que tornam desajustado²⁹⁶ o modelo da cooperação²⁹⁷ para a caracterização do processo de

²⁹⁵ Esta perspectiva – que foi dominante na teoria internacional do pós-guerra – assume assim duas características que são cada vez menos comprováveis pela observação dos factos: a ausência de institucionalização das relações interestaduais (que está implícita na ideia de anarquia internacional) e a irrelevância dos actores não estaduais (Gehring, 1996: 235).

²⁹⁶ O modelo de análise alternativo que mais tem revelado essa desadequação será sem dúvida o pluralismo jurídico que (como o nome indica) perspectiva as relações entre as ordens jurídicas nacionais e europeia, apenas como mais um fenómeno de pluralidade de ordens jurídicas (situação cada vez mais comum como consequência da globalização e fragmentação, tal como veremos adiante – cf. ponto 3.2.2, p. 149). O processo de construção europeia denotará, isso sim, uma riqueza particular na medida em que o fenómeno da pluralidade de ordens jurídicas pode explicar-se não apenas no quadro dos fenómenos globais, mas ainda através de conexões especiais, como sejam os tratados, as constituições dos Estados-membros, e outros actos como sejam as directivas (Maher, 1998: 238).

integração europeu. Os mais importantes destes serão, provavelmente, o carácter supranacional atribuído *ab initio* a algumas das mais importantes instituições europeias (nomeadamente a Comissão Europeia, o PE e o Tribunal de Justiça), e a progressiva autonomia do direito europeu²⁹⁸. O facto de os sujeitos deste novo ordenamento serem, não apenas os Estados-membros, mas também os cidadãos destes (Maher, 1998: 242; Craig, 2001: 129) afasta-o irremediavelmente da matriz tradicional do direito internacional (Fossum, 2001: 10).

[157]

Subsiste, todavia, no âmbito do TUE, a PESC, cujo quadro mantém características do modelo de cooperação tradicional, *maxime* ao estabelecer a unanimidade para as deliberações (art. 31.º/1) e excluir a adopção de actos legislativos (art. 24.º/1 §2).

Esse quadro tem sido, no entanto, objecto de desenvolvimentos e articulações que tendem a complexificá-lo em termos tais, que se torna difícil a aplicação pura e simples dessa lógica²⁹⁹.

Tenhamos presente, como exemplo, o funcionamento das instituições cujos poderes variam conforme o quadro em que actuem. Assim, sempre que as instituições supranacionais (a Comissão, o PE ou o tribunal) intervêm, tenderão a replicar métodos de trabalho e culturas que muito dificilmente deixarão de contaminar esse carácter

²⁹⁷ Não obstante, alguma doutrina insiste no carácter internacional dos tratados, não lhes reconhecendo elementos inovadores que imponham uma distinção substancial (Wyatt, 1982; Hartley, 1999). A fragilidade dessa posição tem, todavia, sido objecto de importantes críticas (Craig, 2001: 131).

²⁹⁸ Na doutrina, os esforços de adequar o direito europeu aos conceitos básicos tradicionais deram origem a explicações mais ou menos inovadoras. Assim, por exemplo MacCormick, não querendo afastar a centralidade estadual, mas pretendendo, todavia, admitir a autonomia do direito europeu, defende a existência de um reconhecimento mútuo (de validade), o qual permitiria a articulação de ambas. Os tribunais nacionais aplicariam o direito europeu, não como direito estrangeiro, mas por reconhecerem a sua validade. Por sua vez, os órgãos europeus, incapazes de impor por si sós, as suas decisões, estariam forçados a reconhecer a validade das ordens nacionais (MacCormick, 1995: 262; Maher, 1998: 239).

²⁹⁹ Tenham-se presentes nomeadamente as intervenções, cada vez mais importantes, de instâncias supranacionais, no quadro dos mecanismos de cooperação. Assim, por exemplo, o direito de iniciativa reconhecido à Comissão no quadro da PESC, ou o papel do Alto Representante para a Política Externa, denotam algum apagamento da disciplina da cooperação, impondo, por essa via, o recurso a lógicas de legitimação complementares (Lord, Magnette, 2004: 190).

meramente cooperativo (se a intervenção surge em mecanismos que situemos nesse quadro).

De qualquer forma, no âmbito destas matérias, o modelo da cooperação permanece a referência essencial e com ele a lógica tendencialmente instrumental – uma vez que o processo se desenvolve estritamente dentro dos interesses comuns aos Estados-membros –, assente numa *output legitimacy* (Jiménez, 2010: 2) ou legitimidade formal, indirecta e material, decorrentes da eficiência da sua acção.

[158]

As posturas soberanistas-territorialistas são o enquadramento mais tradicional do chamado eurocepticismo³⁰⁰, ou seja, da resistência, mais ou menos declarada, ao processo de integração.

Muito embora com uma expressão pouco influente (à excepção talvez do caso britânico), não deixam de ter uma presença permanente na doutrina, sendo característica genérica, a permanente insistência nas debilidades ou declínio do processo, posição que constitui uma das interpretações históricas recorrentes (Crespy, 2008: 11).

[159]

O soberanismo territorialista insiste no carácter necessariamente derivado da legitimidade dos processos de cooperação: toda a ordenação internacional é construída por Estados, visando a preservação dos seus interesses³⁰¹. Os níveis de colaboração dependem directamente da análise custo-benefício, justificando-se apenas como uma forma de aumentar a eficiência nos mecanismos decisórios (Eriksen, Fossum, 2004: 440).

Na prática, a cooperação torna difícil a formação de uma vontade colectiva, tendendo o conjunto dos Estados a favorecer a participação dos membros mais

³⁰⁰ O eurocepticismo comporta diferentes graus e posturas. A diferenciação destas fez surgir uma série de neologismos, como sejam a *eurofobia*, a *euroindiferença*, o *eurorealismo* ou a *eurocrítica* (Crespy, 2008: 16).

³⁰¹ Esta perspectiva tradicional, assente no paradigma realista (ou da *realpolitik*) que recusa qualquer eficiência aos órgãos supranacionais, fez com que, durante décadas, a doutrina internacional e da ciência política (onde prevalece o paradigma) ignorassem, por exemplo, a intervenção relevante dos tribunais internacionais e em especial do TJCE (Mattli, Slaughter, 1998: 179).

importantes e mais empenhados (mais relevantes), dados os elevados riscos que o abandono destes pode gerar³⁰². Essa situação pode sempre ocorrer como consequência da mera existência de alternativas mais vantajosas (Eriksen, Fossum, 2004: 439/40).

O carácter assumidamente instrumental (utilitário) destes processos traz consigo uma facilidade, ao dispensar ou tornar desnecessárias quer a sua fundamentação, quer ainda a afirmação de preocupações comuns. Visto de outra perspectiva, dir-se-ia que a recusa da unidade (que nunca será mais do que uma convergência eventual) implica que esta, não existindo, não possa criar tensão com as partes.

A realidade mostra, no entanto, que, nos processos de cooperação internacional, a valia dos resultados (que, nesta perspectiva, deve constituir a única justificação do processo) pode não assegurar a perenidade dos mecanismos. A mera gestão de interesses gera equilíbrios instáveis, pelo que a subsistência dos mecanismos dependerá sempre da afirmação de valores e regras comuns e de instituições fortes (Eriksen, Fossum, 2004: 440).

³⁰² Esta dificuldade, conjugada com aquela que anteriormente referimos – do aumento da dificuldade em obter o consenso quanto maior for o número de participantes [146] –, reforça a tendência dos processos de cooperação (que consistem em mecanismos multilaterais) em retornarem aos mecanismos bilaterais tradicionais da diplomacia. Essa tendência é ainda reforçada pelo facto de as potências darem naturalmente preferência aos mecanismos bilaterais, uma vez que, nesse plano, a materialização das vantagens relativas é muito mais evidente, tornando os processos mais previsíveis e controláveis.

3.2.2 Aproximação

The European Union must respect the drive of member states to retain their national identities, while at the same time an increasing proportion of member state legislation is either borrowed directly from community law or is shaped substantially by community legislation (Rubio-Llorente, 1998: 3)

[160]

As diferentes correntes doutrinárias que agregamos no âmbito da aproximação³⁰³ caracterizam-se, todas elas, pelo facto de não enfrentarem o pluralismo (ou, o que no caso é o mesmo, a tensão entre a vontade das partes em preservarem a diversidade e o ímpeto agregador no sentido da unidade). E fazem-no valorizando, conforme os casos, as condições do seu surgimento, a dinâmica ou as vantagens do seu funcionamento.

[161]

A dinâmica de aproximação vai manifestar-se primária e essencialmente na construção de regimes comuns, por via da adopção de actos com natureza legislativa (ou seja, actos normativos que constituem manifestações de vontade da autoridade competente).

Não devemos, todavia, encarar o processo nesse enquadramento apenas. Assim, deixando de fora outras fontes que, no âmbito europeu, são pouco relevantes (como seja o costume), é importante realçar o papel que a jurisprudência do tribunal teve, em sede de harmonização.

Na verdade, apoiado na afirmação do efeito directo, o tribunal desenvolveu os conteúdos das diferentes disposições convencionais, criando verdadeiros regimes jurídicos comuns. Este processo, que adiante veremos (cf. infra, ponto 3.3.1.2, p. 255), releva, não apenas em sede de harmonização – na medida em que se edificaram regimes jurídicos perfeitamente unificados –, mas também em sede de meta-harmonização – por assentar naquilo que, na doutrina americana, se designa por

³⁰³ O termo aproximação é aqui usado num sentido de harmonização voluntária ou consentida, por oposição àquela harmonização que resulta de actos normativos impostos (Backer, 1998: 1331). Assim, aquilo que vamos encontrar ao longo deste ponto, são posições que se esforçam por definir pontos de convergência (que podem ser pré-existentes – 3.2.2.1 –, ou podem ocorrer num dado enquadramento – 3.2.2.2 – ou, ainda, de uma dinâmica específica – 3.2.2.3).

V. tb. nota, 273, na qual se explica o uso dos termos uniformização e harmonização.

princípio interpretativo e, no direito europeu, se chamam princípios gerais de direito comunitário (Backer, 1998: 1346).

[162]

Em todo o caso, deve reconhecer-se que a relevância da jurisprudência no processo de construção europeia só muito recentemente vem sendo analisada, tendo sido ignorada durante décadas pela maioria das perspectivas doutrinárias.

De facto, o quadro genérico daquilo que designamos por aproximação integra um conjunto de abordagens doutrinárias que, no essencial, constituem evoluções da perspectiva clássica da cooperação, que vimos anteriormente. E, tal como então referimos, as duas vertentes que a perspectiva da cooperação apresenta vão inspirar, de formas diferentes, as perspectivas que postulam uma aproximação progressiva.

[163]

A vertente da cooperação que anteriormente definimos como o universalismo (cf. supra [149], p. 138) vai constituir a primeira inspiração originária da perspectiva do processo de construção europeia assente na ilusão de que a tensão entre unidade e diversidade pode ser superada num esforço de aproximação ou harmonização.

Assim, uma parte significativa das perspectivas que defendem formas de aproximação decorre do mesmo pressuposto essencial, de que a diversidade é contornável através da edificação de regimes comuns³⁰⁴. A diferença essencial está no facto de que, enquanto os mecanismos tradicionais de cooperação se desenvolvem por via da negociação (política) de convenções internacionais (mecanismos pontuais muito complexos, até por ocorrerem no quadro de sujeitos soberanos), na aproximação ou harmonização, deparamos com mecanismos mais flexíveis (beneficiando de estruturas institucionais muito mais avançadas, que regulam processos negociais permanentes),

³⁰⁴ Até ao AUE a construção europeia – e especificamente o Mercado Comum – tinha sido conduzida no pressuposto de que seria possível a progressiva adopção de normas comuns, num claro percurso de harmonização. A partir do AUE a posição será, todavia, alterada, passando a presumir-se que as regras nacionais são garantia suficiente para todos. Terá sido a doutrina do *Cassis de Dijon* (ac. 20.2.79, proc.º 120/78) que terá imposto a aceitação dos *standards* nacionais (Sandholtz, Zysman, 1989: 116).

que enquadram relações de proximidade historicamente sedimentadas em leques alargados de interesses comuns.

No âmbito europeu, essa diferença (face aos mecanismos tradicionais da cooperação) é bem evidente. Basta recordar o funcionamento das instituições, as quais adequam e equilibram diferentes interesses, segundo procedimentos de decisão relativamente céleres, e que geram grandes quantidades de actos – inclusive normativos – capazes de ordenar, de forma coerente, os diferentes níveis de actividade.

A UE decorre – é bem verdade – de um quadro convencional muito desenvolvido, mas que é apenas o ponto de partida, a origem, de uma ordem jurídica complexa e muito ampla, edificada através de milhares de actos jurídicos que são, no essencial, resultado de um esforço de harmonização.

As diferentes abordagens doutrinárias que adiante analisaremos no quadro da aproximação distinguem-se segundo as diferentes perspectivas que têm da dinâmica do processo de integração. Mas, em boa parte, reflectem essa postura universalista derivada³⁰⁵, que encara a construção europeia primariamente como um fenómeno de agregação em volta de regimes comuns. E será nesse sentido que ignoram ou minimizam a tensão entre unidade e diversidade.

[164]

A segunda origem inspiradora da aproximação reporta às posições doutrinárias realistas³⁰⁶ – que se tornaram dominantes na doutrina internacional, sendo muito influenciadas pela obra de Carl Schmidt – que vieram a ser completadas (e de alguma

³⁰⁵ *O universalismo que inspirou o esforço de harmonização na Europa, volta de novo à esfera internacional, animado pela experiência europeia, na defesa de uma partilha (global) de soberanias* (Corner, 2008).

³⁰⁶ As posições doutrinárias realistas (ou da *realpolitik*) correspondem ao soberanismo territorialista que referimos anteriormente [148], [154]. A diferença da designação justifica-se pela necessidade de respeitar os termos utilizados pelos autores citados em cada passagem. Assim, a designação do soberanismo territorialista é de Berman enquanto a da escola realista é de Bellamy.

forma atenuadas) pelos estudos que revelaram a influência da economia nas relações inter-estaduais³⁰⁷.

No entanto, embora sem o assumirem, estas abordagens tendem a revelar posições de natureza utilitária (Bellamy, 2000: 1). O que significa, portanto, que a perspectiva realista se manifesta essencialmente na tendência para abordar e valorizar o processo segundo critérios de natureza económica.

O carácter fundamentalmente económico do processo de integração³⁰⁸ – vocacionado primariamente, com o Tratado de Roma, em 1957, para a construção de um mercado (Gomes, 2009: 153) – convergiu nesse sentido. E simultaneamente contribuiu para que o quadro institucional fosse encarado em termos politicamente difusos, desenvolvendo-se através de burocracias cuja função europeia e nacional se confundem e agentes económicos desligados de simples referências nacionais (Areizla, 1995: 2).

Neste sentido, Ernst Haas salientava, ainda nos anos 50: *os funcionários da CECA, agindo em representação dos governos nacionais, sempre entenderam ser necessário harmonizar as respectivas políticas de forma a tornar possível que os sectores funcionassem de forma integrada, sem que no entanto, nessas afirmações estivesse implícito qualquer compromisso ideológico com a ideia europeia* (Haas, 1968: 297). O enquadramento económico do processo facilitou a sua perspectivização em termos das vantagens mútuas que a aproximação gerava. Essa aproximação surge,

³⁰⁷ A teoria dos jogos constitui um dos terrenos de explicação mais importante para o esforço de harmonização das regras, distinguindo-se dois tipos de jogos: os jogos fáceis (em que a participação no jogo é imediatamente vantajosa, pois permite a necessária coordenação da acção dos Estados – p. ex. quando definem um regime de utilização das rotas aéreas, garantindo a segurança do tráfego) e jogos difíceis (em situações em que a coordenação não é necessária, mas que, conseguindo-se, permite maximizar os ganhos). O esforço de harmonização incidirá essencialmente em situação de jogos difíceis (Guzman, 2007: 121).

³⁰⁸ É inegável que o processo de integração teve uma motivação inicial mais forte: a paz (Soares, 1999: 2). Ela é evidente na Declaração Schuman de 9 de Maio de 1950 que deu origem à CECA e alimentou as iniciativas seguintes (Comunidade Europeia de Defesa e Comunidade Política). A preservação da paz na Europa viria, no entanto, a assentar noutra estrutura, a NATO, melhor equipada para dar resposta às principais necessidades básicas. Neste enquadramento, o processo de integração pode concentrar-se nas (restantes) necessidades básicas das populações, que no período do pós-guerra eram fundamentalmente de natureza económica.

portanto, como a dinâmica central do processo de integração (dentro da qual, não obstante, se desenvolverão diferentes matizes interpretativas, como veremos adiante).

[165]

Tratando-se de abordagens doutrinárias que, como vimos, constituem evoluções da perspectiva clássica da cooperação, os diferentes matizes da aproximação resultam, desde logo, da relativa estadualidade de cada um dos modelos.

Assim, na valorização da unidade (3.2.2.1) e na *Cross fertilization* (3.2.2.2) ou fertilização cruzada, verificamos que o processo de construção europeia é ainda perspectivado a partir da figura do Estado (tal como no modelo de cooperação, aliás) – porque os Estados-membros reclamam para si a capacidade decisória última e, bem assim, porque a figura do Estado permanece como realidade política que, em última instância, inspira e explica o processo. Contrariamente, nos modelos de convergência (3.2.2.3), em especial o *management* (3.2.2.3.2) ou modelo tecnocrático (Areizla, 1995: 2), a perspectiva do processo faz-se já sublinhando a autonomia de outros níveis decisórios que nele participam.

[166]

Constituindo a estadualidade³⁰⁹ uma referência importante em alguns dos modelos que perspectivam o processo de integração numa dinâmica da aproximação, importará referir um elemento que muito contribui para a tendência de minimização da tensão. Referimo-nos ao facto de, inicialmente, se ter entendido no âmbito europeu que as pessoas não estavam preparadas para aceitar a integração, e, por isso, se considerou preferível que o processo de construção europeia pudesse avançar sem que fossem dadas muitas explicações (Fossum, 2001: 11), assumindo-se, assim, um consenso permissivo³¹⁰.

³⁰⁹ A estadualidade, e bem assim uma concepção simplificadora e monolítica do Estado, vão subsistir mesmo nas correntes dominantes iniciais – neofuncionalismo e intergovernamentalismo (Mattli, Slaughter, 1998: 184).

³¹⁰ Será todavia de realçar que o conceito de integração praticamente nunca teve uma oposição real na doutrina ou nos *media* (Lindberg, 1963: 108).

Pretendia-se, no essencial, evitar que a defesa da diversidade (*maxime* estadual-nacional) pudesse afectar a estrutura institucional europeia, ainda muito frágil.

Também por isso, o processo de construção europeia é marcado, desde o início, por uma insistência quase exclusiva na eficiência económica dele decorrente, desvalorizando-se o seu âmbito político.

Os modelos que postulam a aproximação ou harmonização³¹¹ resultam, em boa parte, deste enquadramento histórico. O processo é visto como uma construção de carácter marcadamente técnico. Isso mesmo serve como primeiro argumento no sentido da minimização da tensão, na medida em que ela permite presumir que a agregação não crie atritos com o fenómeno nacional, por não o disputar. Por outro lado, nessas circunstâncias, ele vai justificar-se justifica e alimentar-se das vantagens económicas que permite atingir (Lindberg, 1963: 109).

[167]

Esta perspectiva vai revelar-se, todavia, como uma fragilidade do próprio processo, sendo posta em causa a partir da aprovação do TUE (1991).

A criação de uma União Europeia fez surgir definitivamente a questão da legitimação³¹² (Føllesdal, 2004: 3; Müller, 2007: 14). É curioso que assim tenha sido, uma vez que este tratado surgia, ainda, no quadro do processo de integração económica: concluído o Mercado Comum (na formulação mais avançada de Mercado

³¹¹ A doutrina prefere, por vezes, outros conceitos, como o de europeização, de cujo processo a harmonização e a convergência seriam eventuais resultados (Radaelli, 2000: 6). A distinção não é relevante no quadro da nossa análise, uma vez que, embora referindo-nos ao processo, identificamos este com o resultado pretendido (já que é este que determina os termos em que se procura resolver a tensão entre unidade e diversidade).

³¹² A questão da legitimidade mantém-se no centro da investigação académica sobre a UE (Lord, Magnette, 2004: 183). Para alguma doutrina, todavia – em especial A. Moravcsik – tratar-se-á de um falso problema, criado por académicos e políticos com aspirações madisonianas (por referência a James Madison, um dos *founding fathers* e autor da constituição americana), já que o peso burocrático e financeiro da UE é pouco significativo, o funcionamento institucional é suficientemente controlado e a legitimação indirecta pode bem considerar-se suficiente (Müller, 2007: 22). De qualquer forma, parece evidente que a realização da UEM esgotou a lógica instrumental (e a mera comunidade de interesses que dela decorria), impondo a definição de uma legitimação assente em mais do que a mera eficiência. O facto de se ter percebido a necessidade de aumentar consideravelmente a intervenção dos mecanismos de redistribuição (com a Coesão Económica e Social) mostra o esgotamento da *output legitimacy*.

Interno³¹³, introduzida pelo AUE), foi necessário regular a passagem à fase seguinte, da União Económica e Monetária³¹⁴. Para além disso, o TUE esforçava-se por dar coerência aos diferentes mecanismos que vinham sendo desenvolvidos à margem do regime fixado inicialmente no TCE, articulando-os no âmbito de uma estrutura institucional única. E era esta articulação que fazia surgir a UE.

Não obstante, o TUE sofreu importantes resistências³¹⁵. Essas dificuldades foram relativamente pouco antecipadas pela maioria dos actores, pois o processo de construção do Mercado Interno havia criado, pela primeira vez, um clima de entusiasmo generalizado em volta do processo. Além da percepção das vantagens obtidas com a integração económica, pouco depois, a Europa viveu a euforia resultante da destruição da cortina de ferro, que dividira o continente durante quase meio século e o mantivera refém da ameaça de uma nova guerra mundial.

As elites políticas europeias respiravam confiança e talvez por isso tenham presumido que os novos avanços no processo de integração não ofereceriam dificuldades assinaláveis. E estas surgiram de onde menos se esperava.

³¹³ O Mercado Interno corresponde ao Mercado Comum (que estabelece a livre circulação dos diferentes factores de produção: matérias primas, trabalho e capital) com um acréscimo fundamental: a eliminação das fronteiras físicas técnicas e fiscais. Essa eliminação – conseguida através da implementação das medidas elencadas no Livro Branco sobre o Mercado Interno – trouxe consigo importantes ganhos de eficiência e, além disso, uma percepção muito mais clara da existência do espaço europeu.

³¹⁴ A doutrina económica – que desenvolveu inicialmente o conceito de integração – adiantava quatro níveis de integração: a Zona de Comércio Livre (que estabelece a livre circulação das mercadorias originárias dentro do espaço que a forma), a União Aduaneira (que acrescenta uma pauta aduaneira comum permitindo alargar a livre circulação de mercadorias àquelas que são originárias de fora do espaço económico), o Mercado Comum (que alarga a liberdade de circulação aos outros factores de produção: trabalho e capital) e a União Económica e Monetária (que introduz regras de convergência nos principais mecanismos de regulação macroeconómica: as políticas monetária, orçamental e fiscal). Na UE foram experimentadas as três fases mais importantes, sendo que a passagem nem sempre foi evidente em termos cronológicos (Höpner, Schäfer. 2007: 7). O processo de integração, definido em volta dos modelos económicos, manifesta-se em termos essencialmente negativos (Lindberg, 1963: 109), ou seja, através da destruição dos obstáculos à livre circulação dos factores de produção.

³¹⁵ É frequente, na doutrina, a referência ao TUE como marcando o fim do consenso permissivo (Crespy, 2008: 2), no qual a integração se fez disfarçadamente – *integration by stealth* (Bellamy, Warleigh, 1998: 453). Ele marca também o fim daquilo que alguma doutrina designa como a fase das Comunidades e o início da fase da transformação que deu lugar à fase da União com o Tratado de Libsboa (Gorjão-Henriques, 2010: 49).

A nota mais importante terá sido o não dinamarquês no referendo ao TUE, o qual resultou dos receios da agressão à identidade nacional.

Subitamente, a questão da preservação da diversidade – que nunca antes tinha surgido – ameaçou o processo. No mesmo sentido, surgiram (nessa e em posteriores ocasiões) dificuldades com britânicos, franceses, irlandeses, holandeses e suecos.

Muitos foram os que interpretaram essas reacções como evidentes sinais da fragilidade da ideia europeia. Importará, todavia, constatar que essa fragilidade era (e é ainda hoje), bem menor do que parecia poder retirar-se dessas reacções. A questão era outra³¹⁶ e prendia-se, como referimos, com a necessidade de protecção das identidades nacionais³¹⁷.

Repare-se que, fora do estrito quadro destes episódios, não parece que existam oposições nacionais permanentes e organizadas, capazes de reagir, sempre que o processo evolui. Assim, por exemplo, o leque das matérias sujeitas ao voto por maioria vem sendo sucessivamente alargado em todas as revisões dos tratados sem que o assunto mereça sequer debates relevantes. No mesmo sentido, o progressivo alargamento das áreas de competência, embora justifique alguma oposição pontual, nunca logrou pontuar no debate político.

Aliás, as dificuldades sentidas nunca lograram parar ou impedir o processo (Laursen, 2007: 2), constituindo turbulências que revelam apenas³¹⁸ aquilo que vimos

³¹⁶ A doutrina vem, aliás, insistindo que, apesar das flutuações (e do desinteresse que é sempre assinalável), a opinião pública europeia se mantém favorável à integração europeia (Føllesdal, 2004: 5).

³¹⁷ Numa perspectiva constitucional (que é aplicável neste âmbito, face à constitucionalização dos tratados a que adiante [239] nos referiremos), tratou-se do divórcio entre a constituição formal (no caso, o TUE) e a constituição real (os acordos informais que determinam o funcionamento quotidiano dos sistemas). Assim, a não percepção da importância que os cidadãos europeus dão à preservação das diversidades (que integra um desses arranjos ou acordos informais essenciais ao funcionamento comunitário) gerou um divórcio que não se previa.

Este tipo de situações não é exclusivo do processo de construção europeia. A doutrina constitucional vem chamando a atenção para situações semelhantes no Canadá e na Bélgica, por exemplo (Erk, 2007: 634).

³¹⁸ Será porventura mais abrangente atribuir as dificuldades ciclicamente sentidas no processo de integração à ausência ou fragilidade dos mecanismos democráticos que permitam (e obriguem) os cidadãos europeus exercerem um efectivo controlo das decisões políticas (Amtenbrink, 2008: 8), sendo que só esse controlo lhes pode garantir o permanente respeito pelas suas diferenças.

salientando: a vontade de preservação da diversidade que se manifesta sempre que é dada às populações a oportunidade de se pronunciarem (Fossum, 2001: 12/13).

O processo de integração europeia evidencia, assim, essa circunstância curiosa que raramente é referida: é que as tendências de agregação (que se revelaram pujantes ao longo das décadas, conseguindo ultrapassar paulatinamente todas as dificuldades que foram surgindo), não apagaram a vontade de preservação das identidades nacionais que parece animar a tendência oposta.

A situação não é, no entanto, única: a doutrina vem assinalando como também a globalização não produz necessariamente aproximação ou convergência; pelo contrário ela gera novas diferenciações (Teubner, 1998: 13).

[168]

A tensão entre unidade e diversidade que inicialmente se julgou possível minimizar, veio, assim, a ressurgir, em razão da incapacidade de redefinir a fonte de legitimação e de garantir mecanismos de reconhecimento que acautelassem as preocupações nacionais e subnacionais.

[169]

Convirá, ainda antes de identificarmos os diferentes modelos que se enquadram na dinâmica da aproximação, identificar as outras críticas genéricas que a esta se vêm dirigindo.

A primeira crítica que pode ser avançada é a de que tendem a ignorar ou a menosprezar as dificuldades inerentes a todo o processo. Mesmo quando seja possível estabelecer regimes comuns (por via de consensos, da determinação voluntário ou de qualquer outro meio), esses regimes terão de ser aplicados em sistemas jurídicos que se edificaram sobre hábitos, costumes e práticas por vezes muito distintas. E, por isso, tenderão a inspirar as regras e a determinar os termos em que estas devem ser interpretadas de forma, também ela, diversa (Harlow, 2000: 7).

Na verdade, a transposição ou transferência³¹⁹ dos conceitos entre ordens jurídicas enfrenta sempre resistências – mais ou menos acentuadas –, que se manifestam essencialmente através de exigências metodológicas ou procedimentais³²⁰. Isso faz com que a harmonização dificilmente ultrapasse a mera aproximação das ordens jurídicas³²¹ (Harlow, 2000: 8, 18).

Parece, pois, claro que nem mesmo fenómenos genéricos e incontornáveis, como a globalização (ou a europeização), lograram impor a convergência das ordens jurídicas (Teubner, 1998: 13), ao contrário do que inicialmente se pensava³²².

Podemos, naturalmente, minimizar esta crítica, aceitando a impossibilidade da harmonização absoluta, mas observando que, não obstante, o conjunto dos regimes jurídicos europeus desenhados segundo processos de harmonização, tem conseguido ultrapassar razoavelmente³²³ as dificuldades que têm surgido na sua aplicação.

³¹⁹ Alguma doutrina defende explicitamente o uso da designação de transplante – ao invés da transposição ou transferência –, assim sublinhando que os institutos jurídicos não podem ser transferidos de uma ordem para outra, como se de mecanismos se tratasse. Pelo contrário, exigem um esforço e atenção particular na sua introdução e cultivo num ambiente diferente, sendo que os efeitos prováveis serão os de uma irritação, na medida em que tendem a despoletar reacções novas e imprevisíveis (Teubner, 1998: 12).

³²⁰ Neste âmbito, a doutrina vem assinalando diferentes exemplos. Harlow refere o conceito de ilicitude, que, estando presente nas diferentes ordens jurídicas, apresenta todavia um grau de flexibilidade que permite a estas limitarem ou adequarem os efeitos da sua aplicação, por via de regimes derivados, como seja o da culpa presumida ou das exigências probatórias (Harlow, 2000: 8). Situação idêntica foi assinalada com a transposição do conceito de boa fé (Teubner, 1998: 11).

³²¹ A distinção entre aproximação e harmonização surge aqui evidenciada nos próprios limites do processo: as perspectivas mais exigentes ou conservadoras considerarão a aproximação como o resultado máximo que pode ser ambicionado, e as perspectivas mais generosas acreditarão na possibilidade da efectiva harmonização, enquanto criação de regimes comuns.

³²² A defesa da convergência enquanto consequência da industrialização surge logo nos anos sessenta (Kerr, 1960: 236), com um impacto assinalável na doutrina, que parcialmente insiste nessa posição (Helmholz, 1990: 1207).

³²³ Estudos recentes revelam que a transposição de normas do nível europeu para o nível nacional depende da adequação destas normas aos processos sociais – sendo que estes processos tendem a ser marcados pelos próprios regimes jurídicos nacionais que são objecto de harmonização (Maher, 1998: 238). O que significa que, além das resistências naturais à mudança, toda a transposição enfrenta dificuldades acrescidas se supuser alterações socioculturais significativas.

Exactamente por isso, é nos âmbitos estritamente económicos que menores dificuldades têm surgido. Nesse sentido, aquando da construção do Mercado Interno, a harmonização das exigências técnicas terá sido um dos casos em que menos dificuldades se fizeram sentir (Joerges, Schepel, Vos, 1999: 5).

Esta posição leva-nos, todavia, à segunda crítica, que deve dirigir-se ao conjunto das perspectivas que vêm na aproximação a dinâmica central do processo de construção europeia.

É que a bondade e a qualidade da harmonização decorrem de exigências que ultrapassam, em muito, a sua perspectiva minimizadora (e bem assim a sua lógica instrumental e mera legitimidade derivada).

Assim, não sendo devidamente acauteladas algumas exigências básicas, todo o processo de aproximação tende a padecer das limitações que anteriormente referimos ao processo de unificação [151].

As mais importantes dessas exigências serão, porventura, as duas verificações prévias (que normalmente não preocupam a doutrina neo-universalista, que postula esta via no âmbito europeu) seguintes:

(1) a aferição das vantagens efectivas do processo (ponderando os diferentes custos, incluindo o resultante do próprio apagamento da diversidade³²⁴) e

(2) a garantia de que a regulação ao nível superior seja mais eficiente.

A estas duas exigências acresce outra: (3) toda a harmonização pressupõe ainda que seja assegurada a participação dos interessados, garantindo a devida ponderação dos interesses de todos e, bem assim, a existência de mecanismos de controlo político que legitimem os resultados obtidos.

Ora a aferição das vantagens do processo e da eficiência³²⁵ da regulação ao nível superior só pode fazer-se através da introdução de critérios que naturalmente se

³²⁴ De facto, a harmonização integra aquilo que alguma doutrina chama integracionismo (Harlow, 2000: 24): a abordagem que vê no apagamento das diferenças um resultado, não apenas possível, como desejável. Há portanto (ainda) uma perspectiva unívoca do exercício do poder e do funcionamento das comunidades, marcada pela tradição estadualista-soberanista, de feição hierárquica, de recusa da diferenciação. Noutra perspectiva, mas no mesmo sentido, pode constatar-se que se a harmonização pressupõe a possibilidade da fixação das normas a um nível supranacional, significa que necessariamente impede que elas possam ser adoptadas ao nível nacional ou subnacional. Nesse sentido, a harmonização impõe a dinâmica inversa da subsidiariedade (Backer, 1998: 1338).

³²⁵ No âmbito europeu, estas exigências foram asseguradas pela introdução do princípio da subsidiariedade (que adiante desenvolveremos – cf. ponto 3.3.2.3, p. 295 ss.). Reparar-se-á, todavia, que este princípio constitui um mecanismo básico de regulação qualitativa da tensão entre unidade e diversidade (que simultaneamente envolve uma valorização do pluralismo, no acolhimento da diferenciação), o que implica um afastamento das lógicas de minimização da tensão.

não enquadram a mera gestão de interesses. E a aplicação desses critérios implica a existência dos mecanismos de controlo político, os quais supõem outros níveis de legitimidade³²⁶. Por isso, estas exigências básicas do processo tendem a ser esquecidas, fragilizando-o.

Na verdade, os processos de aproximação dos regimes tendem a desenvolver-se através de mecanismos relativamente automáticos que presumem – muitas das vezes, erradamente – a desnecessidade de decisões colectivas (de interacção institucional). O funcionamento da economia de mercado (que constituiu o vector central do processo de integração) é disso um bom exemplo: não havendo determinações públicas que estabelecessem exigências mínimas, a concorrência, por vezes, dirigiu-se para áreas como a protecção social ou ambiental, a carga fiscal ou a qualidade dos processos produtivos. E quando isso acontece, tende a afectar a própria legitimidade do processo de integração (Scharpf, 2000: 12).

3.2.2.1 Valorização da unidade

In connection with the Book of Daniel, the Roman Empire – renewed and transformed by the Christian faith – was considered to be the final and permanent kingdom in the history of the world in general, and therefore the association of people and states that was taking shape was defined as the permanent Sacrum Imperium Romanum (Ratzinger, 2007: 13).

[170]

A valorização da unidade, enquanto justificação do processo de integração, não constitui propriamente uma corrente doutrinal. A sua importância não pode, todavia, deixar de ser realçada, porquanto se trata de um *motto* em praticamente todas as abordagens.

³²⁶ Mesmo no âmbito estrito do funcionamento das economias, o nível de integração é tal que a legitimação já não se pode fazer em termos de mera eficiência. As opções são tão estruturais que impõem o recurso a uma legitimação política (Höpner, Schäfer. 2007: 22).

Mais do que uma opção, a identidade europeia é uma constante, em qualquer abordagem do processo. Mesmo quando os autores pretendem colocar este processo em causa, o sonho milenar da reconstrução do *imperium romanum* (Backer, 1998: 1332) permanece no discurso³²⁷.

De facto, os impulsos a favor de unificação emergem constantemente da história europeia (apesar da profunda diversidade e dos localismos fortemente enraizados). Eles podem justificar-se em circunstâncias de diferentes naturezas (sendo comuns as meras ambições de poder dos governantes). De qualquer forma, resultam também das raízes comuns e das influências recíprocas na ciência, na cultura e nos hábitos sociais, a par do apagamento das distinções étnicas, pelas migrações e invasões (Campos, Campos, 2004: 22). Pode, aliás, considerar-se que, nesta perspectiva, as lutas seculares, tendo em vista o alargamento do domínio no continente por um ou outro Estado, podem constituir tentativas de unificação. Durante séculos, estas tentativas faziam-se pela força, através do modelo centralizador. Só nos últimos cinquenta anos, estas tentativas passaram a desenvolver-se através de instrumentos jurídicos democráticos (Padoa-Schioppa, 2003: 15).

[171]

Constatada a constância histórica e doutrinal da valorização da unidade europeia, parece ser possível concluir que a distinção das múltiplas referências à unidade europeia se faz apenas em termos de grau de importância que lhe é atribuída, uma vez que a própria aceitação da ideia não conhece oposição digna de registo.

A sua relevância – ou grau de importância – varia, no entanto, consideravelmente.

[172]

Para caracterizar o nível mínimo basta referir-se que a coesão, implícita na Europa, está suposta no processo de construção europeia (Schoudeete, 2000: 61).

A identidade comum europeia é sempre um pressuposto do processo.

³²⁷ Por isso, Backer o identifica como um sinal da demência sociopolítica europeia – a que anteriormente nos referimos (cf. ponto 3.2.1., [152] p. 140) –, o qual se manifesta através de pulsões inconciliáveis (verdadeiros sintomas de múltipla personalidade).

Se esse processo se faz por via de ajustamentos mútuos³²⁸ (sem mediação ou intervenção de órgãos europeus), a justificação dessa aproximação será sempre a valorização da unidade: os Estados ajustam entre si os seus procedimentos e acções, porque essa articulação estratégica é sentida como resultando de uma imposição identitária.

Quando o processo é conduzido através de mecanismos institucionais, haverá sempre quem afirme que a existência e o funcionamento destes se justificam pelas vantagens que os mesmos trazem aos Estados-membros. Mas, mesmo nestas circunstâncias, ninguém pretenderá que a agregação tenha sido accidental no tocante à escolha e à participação dos envolvidos. De facto, embora surgindo, afirmando-se e desenvolvendo-se num âmbito geográfico específico (o continente europeu), o processo de construção europeia não encontra nunca, nessa circunstância, a justificação para a *viagem para um destino desconhecido* (Weiler, 1993: 417).

O argumento geográfico é, enquanto tal, tão frágil quanto a própria definição geográfica do continente (que constitui mero apêndice ocidental da Ásia).

[173]

A valorização da unidade europeia no processo assenta sempre na constatação de uma circunstância frequentemente invocada: é que é muito mais o que nos une, do que aquilo que nos separa.

E, exactamente por isso, a História regista sucessivos projectos de unidade europeia: Dante, Pierre Dubois, Georges Podiebrad, Pio II, Emeric Crucé, Sully, Comenius, William Penn, o abade de St. Pierre, os jacobinos, Saint-Simon, Vítor Hugo, Proudhon, Nietzsche, o movimento pan-europeu, a Resistência, o Congresso da Haia (Rougemont, 1962: 49; Smith, 2007: 127).

Talvez por isso – porque os apelos à unidade são uma constante ao longo da História –, a Europa (ou a UE) não pode referir-se a um acto fundador com carácter mítico, do tipo de Declaração de Independência, da Revolução gloriosa com a sua

³²⁸ A doutrina, ao estudar o processo de europeização (ou seja a influência do nível europeu no exercício de poder nos níveis nacional a subnacional), distingue duas formas: a europeização por ajustamento mútuo e por interacção institucional (Scharpf, 2000: 11).

origem da soberania parlamentar, ou da Tomada da Bastilha (Mayer, Palmowski, 2004: 580). A Declaração de Robert Schuman em 9 de Maio de 1950 corresponde certamente ao momento em que o processo foi desencadeado. Essa qualidade é, aliás, assinalada na escolha do dia da Europa. Mas, a ausência de uma ruptura histórica definitiva (ou se preferirmos, na perspectiva inversa, o carácter assumidamente incremental da proposta), parece demonstrar um tal respeito pelo *status quo*, que não chega a constituir uma afirmação identitária.

[174]

Sendo inegável a existência de uma identidade europeia, importa agora aferir-lhe o conteúdo.

A tarefa não será fácil, pois aqui vamos encontrar, na doutrina, posições muito distintas. Em todo o caso, antes mesmo de as tentarmos sumariar e organizar, convirá introduzir uma distinção: é que, como vimos, a unidade europeia é sempre um pressuposto do processo. Mas, algumas abordagens doutrinárias, para além dessa qualidade, integram-na também na dinâmica do processo, animando-o e orientando-o.

Porque são diferentes os conteúdos identitários em sede de pressuposto ou de objectivo, procuraremos tratá-los separadamente.

[175]

A importância da identidade europeia enquanto pressuposto essencial do processo de integração pode ser sublinhada na expressão alemã da *Gedächtnispolitik*, ou política da memória.

Aqui sublinha-se fundamentalmente o percurso histórico comum, como origem dessa identidade. A definição do que seja esse percurso é menos clara: no plano histórico, a Europa está marcada por uma constância de rupturas (insistentemente evidentes nas guerras que assolaram o continente) e pela progressiva afirmação de comunidades nacionais.

Por isso, a doutrina refere, por vezes, que a identidade europeia se revela maior nos níveis jurídico e institucional do que no plano estritamente histórico, onde será pouco significativa (Mayer, Palmowski, 2004: 575).

Alguns autores – de ente os quais é de salientar o actual papa Bento XVI –, insistem, todavia, numa identidade europeia de base histórico-cultural cristã, assente em valores (Jiménez, 2010: 7).

Outros, ainda matizam estas realidades, articulando-as: a civilização comum europeia será, então, marcada pela conjugação de uma herança pagã (clássica) e uma herança cristã (Cartou, 1986: 7). A comunidade de civilização decorreria do direito comum de base romana (desenvolvido em princípios morais comuns), na valorização da família, em estruturas de transmissão de conhecimento, também elas comuns (as universidades), em liberdades comuns e em empresas comuns – as ordens monásticas e de cavalaria). Reconhecem, no entanto, como essa civilização comum se desenvolveu a par da divisão política – assente na afirmação do princípio da soberania, nas divisões religiosas e no nacionalismo económico pontual (Cartou, 1986: 12, 19, 25).

Dentro desta perspectiva mais eclética, mas numa análise mais institucional, Ifversen afirma uma Europa definível intelectualmente pelo humanismo, politicamente pela rivalidade entre o papado e o império romano e culturalmente pelos tribunais e pela aristocracia (Mayer, Palmowski, 2004: 574).

[176]

Parece poder retirar-se de todas as análises que os europeus têm um passado e uma civilização comum, sendo certo que pode olhar-se mais para estes factores de aproximação, ou para as diferenças. E, conforme aquilo para que se olhe, tender-se-á a construir cenários prospectivos distintos.

Para concluir essa ideia, vejamos dois exemplos demonstrativos.

O historiador Konrad H. Jarausch reconhece que, até 1914, os europeus terão partilhado um vago sentido de comunidade, graças às línguas dominantes, que permitiam a comunicação e a criação de laços familiares nas elites. O desenvolvimento das trocas e a constatação de outras raças terão, também, convergido nesse sentido. No entanto, o advento dos nacionalismos, as guerras, a destruição dos impérios e o proteccionismo quase terão feito desaparecer esse sentido de coesão (Joerges, 2006: 341).

Se deixarmoa por aqui a descrição histórica, parece que temos de concluir que o passado comum é apenas passado.

No mesmo sentido, Monnet cita um documento da direcção do partido trabalhista britânico, de 13 de Junho de 1950, onde podia ler-se: *estamos mais próximos da Austrália e da Nova Zelândia do que da Europa, pela língua, as origens, os hábitos, as instituições, as concepções políticas e os interesses* (Monnet, 1976:

455). O Império era ainda uma realidade e os elementos de afinidade podem sempre ser escolhidos no sentido de justificarem as opções pretendidas.

[177]

Vejamos agora as perspectivas que referem a identidade europeia num sentido dinâmico, orientador do próprio projecto europeu.

Denis de Rougemont identifica quatro razões para a união dos europeus: a comunidade espiritual e jurídica, a paz, a prosperidade³²⁹ e a ameaça estrangeira (Rougemont, 1962: 47).

Pode questionar-se se a comunidade espiritual e jurídica surge aqui como pressuposto ou como objectivo. Os termos da afirmação parecem conduzir-nos à segunda alternativa, já que se trata de razões e não de condições de união.

Os restantes elementos são manifestamente motivações permanentes e dinâmicas. Não haverá sequer quaisquer dúvidas de que a busca da paz ou a resistência à ameaça estrangeira³³⁰ constituíram um poderoso incentivo à construção europeia, bem como a própria criação de condições de prosperidade. Não é, todavia, seguro que essas circunstâncias possam, com segurança, ser consideradas identitárias.

³²⁹ A busca da prosperidade, no pós-guerra, corresponde ao impulso conservador, a que já anteriormente fizemos referência (nota, 163, p. 68): inovar para recuperar a situação que existira anteriormente e que tinha sido perdida com a guerra (Haas, 1968: xviii). Não será, todavia, uma marca identitária propriamente dita, mas talvez apenas uma situação típica daquele tipo de enquadramentos históricos (no final de períodos de crise, as comunidades aspiram primariamente a recuperar dos efeitos dessa mesma crise).

³³⁰ A vontade da criação de condições de pacificação interna e a defesa face ao expansionismo soviético, estavam bem expressas no objectivo genérico já anteriormente referido (nota 160, p. 66): *keeping the Russians out and the Germans down*. A preservação da paz na Europa não foi, todavia, garantida no quadro do processo de integração, mas antes de outra estrutura, a NATO, melhor equipada para o efeito, graças à participação americana. Não obstante, a preservação da paz é uma preocupação central da Declaração Schuman, que deu origem à CECA e alimentou as iniciativas seguintes (Comunidade Europeia de Defesa e Comunidade Política).

Estas preocupações eram muito claramente identificadas por Schuman, quando afirmava que *a Europa contemporânea e cada um dos países europeus devem possuir, de alguma forma, o instinto da interdependência, viver e trabalhar neste clima novo de confiança e de vontade, onde cada um contribui com tudo quanto pode, conforme ao seu génio próprio. É assim que a Europa e o Ocidente poderão salvar-se face às coligações hostis que ameaçam a sua civilização* (Schuman, 1963: 143).

A tendência a olhar a Europa mais como um dever do que como uma realidade histórica é, no entanto, uma circunstância facilmente identificável nos registos de Monnet e na perspectiva doutrinal que tentou enquadrar teoricamente essa abordagem – o neofuncionalismo (Moravcsik, 2005: 350). Trata-se de uma tendência permanente no centro do debate doutrinal europeu.

Também Ratzinger se refere á identidade europeia em termos inspiradores da dinâmica, ao referir elementos morais fundacionais que, na sua opinião, não deviam deixar de estar presentes no processo de integração (Jiménez, 2010: 9). O primeiro será o carácter incondicional da dignidade humana e dos direitos humanos, valores que são anteriores a qualquer poder político: não são criados pelo legislador, mas existem por si e têm de ser respeitados por este, enquanto valores de uma ordem mais elevada. A sua origem será divina (porque decorrem da fé em que Deus fez o homem à sua imagem e semelhança) e daí decorre a sua inviolabilidade.

O facto de esses valores fundacionais terem origem divina será uma vantagem, pois, dessa forma, não poderem ser manipulados, o que, segundo Ratzinger, constitui uma garantia de liberdade e grandeza humana. Este autor defende, assim, que a dignidade humana, a igualdade, a solidariedade, a democracia e o Estado de direito que estão presentes nos tratados têm implícita uma imagem humana, uma opção moral e um conceito de direito que, não sendo óbvios, constituem valores fundamentais da identidade europeia. E, por isso, defendia a sua inclusão no texto constitucional: *estes elementos constitutivos, conjugados com as suas decorrências, deviam ser garantidos na futura constituição europeia; certamente que apenas podem ser defendidos se a correspondente consciencialização é continuamente reformulada* (Ratzinger, 2007:30-31).

A identidade europeia surge, assim, mais do que uma lembrança histórica, como uma garantia de futuro (Jiménez, 2010: 7).

Outros autores preferem definir essa identidade no direito comum ou a na herança cultural comum que, no passado, terá constituído a base de um *ius commune europaeum* – e que, aliás, agora se procura revitalizar, na procura de uma unidade jurídica³³¹ (Joerges, 2006: 339).

A diferença não será tão significativa quanto possa aparentar³³², porquanto há um laço entre história, história do direito e direito: tanto os historiadores como os juristas não conseguem deixar de ponderar a justiça ou injustiça das situações, das mudanças ou das catástrofes (Joerges, 2006: 342). E, por isso, do que se trata, no essencial, será de uma perspectiva diferente da mesma ideia.

Em todo o caso, nesta perspectiva, a identidade europeia refere-se já a outro tipo de realidades, nomeadamente a regimes democráticos liberais, a tradições marcantes em matéria de Estado de direito, a valores comuns em matéria social, política e jurídica (Helfer, Slaughter, 1997: 276). E tende a envolver também âmbitos e mecanismos de natureza diversa. Assim, por exemplo a protecção de um espaço de liberdade e segurança (fronteiras e defesa) é susceptível de gerar algum tipo de identificação – com tendência a evoluir para a comunidade assente em direitos (Eriksen, Fossum, 2004: 442).

³³¹ Os esforços de aproximação do direito civil na Europa têm sofrido resistências de vária ordem que parecem justificar-se (1) pelo facto de a harmonização via actos avulsos – regulamentos e directivas – ser sentida (pela doutrina) como perturbador da coerência interna dos códigos e do seu carácter identificador, e (2) por a coerência do direito privado europeu se dever parcialmente ao facto de as preocupações sociais serem suportadas por decisões de natureza pública (o que faz com que a sua harmonização passe por imposições indirectas aos poderes públicos, processo esse que não será pacífico), porque as imposições de harmonização impõem reponderações que nem sempre são fáceis e, por isso, são sentidas como desconfortáveis pelos poderes nacionais (Caruso, 1996).

³³² Não obstante, a coerência do direito romano que permitiu a unificação das regras comerciais – e que constitui uma das glórias do império romano (Stephan, 1999: 2) – apresenta um carácter mais organizatório do que axiológico.

Convirá, aliás, notar que a perspectiva identitária sublinha o reencontro de culturas com valores comuns (e, nesse sentido, parece que supõe uma reafirmação da coerência interna das diferentes ordens jurídicas). Diversamente, o processo de integração jurídica tem revelado uma pressão racionalizadora exercida sobre as diferentes ordenações nacionais tradicionais que gerou uma considerável desordem e impôs importantes exigências de adequação nos diferentes sectores sociais (Bogdandy, 1992: 28). As questões que se levantam são, portanto, mais complexas do que o plano puramente identitário. Não obstante, no plano jurídico é mais fácil a mobilização, por se fazer relativamente a valores e referências éticas num plano mais objectivo.

[180]

A identificação dos principais valores da cultura europeia com uma identidade europeia levanta sempre a questão do carácter universal desses mesmos valores (Habermas, Derrida, 2003: 294).

Assim, tal como refere alguma doutrina, o capitalismo, o cristianismo ou o humanismo, foram seguidos fora da Europa – e, por vezes, com maior vigor ainda (Mayer. Palmowski, 2004: 579).

Por isso mesmo, alguma doutrina afirma o carácter identitário europeu na capacidade de equilibrar as tensões agregadoras – da memória imperial e religiosa – com as tensões desagregadoras (nacionais e subnacionais). Assim, segundo Rokkan, a diversidade europeia foi mantida (impedindo todas as tentativas de agregação até ao século XIX) graças a quatro características comuns (que resistiram durante séculos aos diferentes acidentes históricos): ⁽¹⁾ uma economia desenvolvida, baseada na agricultura ⁽²⁾ uma notável rede de cidades autónomas, cujo funcionamento era distinto das áreas agrícolas que as rodeavam, ⁽³⁾ o laço religioso e linguístico comum e ⁽⁴⁾ existência de um corpo normativo estável (romano) regulador de todas as transacções (Flora, Kuhnle, Urwin, 1999: 153).

[181]

Vimos como a identidade europeia – quer seja considerada apenas enquanto identidade histórica ou civilizacional, quer surja, além disso, como dinamizadora do próprio processo –, não tem contornos definíveis unanimemente (Eriksen, Fossum, 2004: 442).

A Europa apenas é definível numa perspectiva pluralista e não unitária (esta foi uma pretensão das grandes civilizações tradicionais da Ásia e da América pré-Colombo, e bem assim, dos regimes totalitários do nosso tempo (Rougemont, 1962: 34).

Em qualquer caso, como elemento identitário, a pertença a uma Nação organizada segundo moldes estaduais continua a ocupar o papel primordial. Ao nível comunitário, a identificação enquanto europeu apenas pode considerar-se complementar (Bogdandy, 1992: 25). Por isso, a valorização da unidade não deixa de constituir uma abordagem com limitações importantes.

É claro que ainda pode ser desenvolvida. Ela pode permitir uma evolução que teria certamente uma componente civilizacional: a redução da exaltação patriótica a

uma pura expressão cívica (Schuman, 1963: 29). De facto, o bem comum, que existe acima da pátria (Schuman, 1963: 38) e a experiência europeia, podem bem ser re-identitários, na superação do modelo do Estado-nação (também ele, uma criação europeia): *não temos a intenção de corrigir a História, nem de inventar uma outra geografia racionalizada e dirigida. Aquilo que pretendemos é retirar às fronteiras a sua rigidez, diria a sua hostilidade intransigente* (Schuman, 1963: 33).

O conceito de direito constitucional comum europeu – introduzido no debate em 1991 – parece, aliás, ir nesse sentido. Ele alimenta-se do pensamento jurídico e dos princípios comuns, sem querer suprimir a diversidade das culturas jurídicas nacionais (Häberle, 2000: 99).

Ora, este tipo de conceitos jurídicos identitários influencia as próprias ordens internas, já que a valorização da unidade não deixa de produzir efeitos, sempre que subsista na percepção cultural dominante. Isto porque os Estados reagem à cultura global, tal como quaisquer outras organizações complexas reagem a pressões culturais surgidas no âmbito dos seus ambientes institucionais alargados (Goodman, Jinks, 2005: 991).

[182]

Para terminar a análise da perspectiva doutrinal assente na valorização da unidade, vejamos agora, sumariamente a sua lógica integrativa.

A legitimação do processo de integração pela via do aprofundamento dos valores comuns (da identidade comum) depende da participação cívica no processo (Eriksen, Fossum, 2004: 438). Só essa participação trará consigo a legitimidade comunitária (Eriksen, Fossum, 2004: 443) invocada.

Melhor ainda: a valorização da unidade no processo de construção europeia pode – tal como vimos anteriormente – fazer-se apenas como pressuposto desse mesmo processo, ou ainda como seu objectivo dinamizador. A lógica do processo de integração alterar-se-á conforme o caso.

Assim, no primeiro caso (das perspectivas que valorizam a unidade como pressuposto apenas), não se pretende que o processo de integração crie uma comunidade de valores. A invocação da pré-existência desses valores é ponto de partida ou condição básica do processo. E, nestas circunstâncias, o processo permanece (ou pode permanecer) orientado primariamente para a prossecução de interesses numa lógica ainda instrumental.

Apenas quando (excepcionalmente) as abordagens doutrinárias valorizem a unidade, também como objectivo dinamizador do processo, se estará a impor a mudança da lógica instrumental, conforme o caso, para a lógica contextual ou comunicativa, visando a criação de uma comunidade de valores³³³, ou de direitos³³⁴, que encontra a sua legitimação na consciencialização colectiva (da própria comunidade, ou do conjunto de direitos por ela garantidos).

Ora, parece-nos que, nos casos em que deparamos com esta última hipótese, a valorização da unidade surge integrada num enquadramento político mais complexo – nomeadamente dentro de algumas das soluções constitucionais federais que referiremos adiante (3.3.1.1, p. 218). Julgamos, por isso, que apenas num quadro dessa natureza surgirá uma alteração da lógica do processo de integração. Até aí, o apelo ou invocação da unidade europeia não deixará de consubstanciar um pressuposto do processo. Para valer também como objectivo dinamizador desse processo, implicará outro tipo de exigências ou opções³³⁵, mais complexas nos planos jurídico e político.

[183]

Verificamos, assim, que as perspectivas doutrinárias que valorizam a unidade assumem a existência dessa unidade em termos tendencialmente tão vagos que não chegam a definir os termos em que ela deverá ser articulada com a diversidade, até por não indiciarem os termos da legitimação da comunidade (que a corporiza).

A situação não será, todavia, de estranhar, na medida em que toda essa indefinição resulta necessariamente da pretensão em minimizar a tensão entre a

³³³ Pelo seu lado, a definição de valores comuns tornará mais fácil o aprofundamento dos mecanismos democráticos que tragam os europeus à discussão sobre os seus objectivos comuns (Eriksen, Fossum, 2004: 443).

³³⁴ Nesta perspectiva, a democracia seria vista como um espaço de deliberação sobre o bem comum e a solidariedade, resultando a identidade de um processo contínuo de auto-clarificação, no qual os membros se vão apercebendo do que são e para onde vão (Eriksen, Fossum, 2004: 443). Neste processo de auto-clarificação, ganha relevo a distinção entre direitos reconhecidos e direitos criados (Raz, 2009: 3).

³³⁵ Isto porque (aplicando o esquema de Eriksen e Fossum da p. 120) a identidade europeia tanto pode alimentar uma lógica contextual, que aponta no sentido de uma comunidade de valores, como uma lógica comunicativa, no sentido de uma comunidade de direitos.

unidade e a diversidade: não a enfrentando, não define, sequer de forma indiciária, os termos da sua articulação³³⁶.

3.2.2.2 *Cross fertilization*

The EU is just a mirror, and a conversation partner, to mix metaphors horribly (Davies, 2008: 2)

[184]

As perspectivas doutrinárias que integram este grupo, que designamos como de fertilização cruzada, correspondem a evoluções das perspectivas anteriores.

Na sua origem, têm uma visão estadualizada do processo de integração, admitindo, todavia, a necessidade de ajustamento da análise para lá da visão tradicional.

Nesse sentido, o ponto de partida é marcadamente utilitarista, insistindo numa legitimidade resultante da eficiência (*output legitimacy*), ou dos ganhos que decorram do processo para os Estados participantes. A abordagem é, todavia, mais elaborada, admitindo que o próprio processo condicione a gestão que dele fazem os Estados-membros, o que supõe também algum tipo de contemporização com os fenómenos que mais reflectem a inovação do processo: o pluralismo jurídico e o exercício plurinivelado do poder (*multilevel governance*).

Por isso, tanto o intergovernamentalismo liberal (3.2.2.2.1) como o institucionalismo (3.2.2.2.2) orientam a sua análise para a caracterização da negociação (*bargaining*), uma vez que, nestas perspectivas, a harmonização – enquanto processo consciente e negociado que culmina na produção de normas jurídicas (Harlow, 2000: 3) – constitui a essência do processo de integração.

³³⁶ Ernst Haas explicava serem três as principais estratégias negociais: o mínimo denominador comum, a divisão da diferença e a valorização do interesse comum (Farrel, Héritier, 2005: 276). Toda a valorização da unidade apontará no sentido da terceira estratégia. Mas isso apenas é relevante se permanecermos na perspectiva intergovernamental; num plano supranacional esse enquadramento negocial desaparece. A valorização da unidade, só por si, nunca indicia, portanto, em que termos se postula a articulação da tensão.

Será exactamente esse ajustamento (regateio) de interesses que assegura a maximização dos interesses dos Estados envolvidos e que, por outro lado, ao justificar o processo, valoriza simultaneamente o funcionamento dos *fora* ou instituições supranacionais. E é esta dinâmica de valorização recíproca que justifica o uso da designação da *cross fertilization* (a qual reflecte, portanto, as sinergias do processo e, bem assim, a dinâmica de ajustamento dos actores ao mesmo processo e entre si, no sentido da maximização dessas mesmas sinergias).

3.2.2.2.1 Intergovernamentalismo liberal

Liberal intergovernamentalismo simply acknowledges a blunt empirical fact about contemporary institutions like the EU: member states are 'masters of the treaty' and continue to enjoy pre-eminent decision-making power and political legitimacy (Pollack, 2010: 16)

[185]

O intergovernamentalismo parte dos modelos tradicionais da cooperação, mas aparece tardiamente, como reacção ao neofuncionalismo.

Aquilo que anteriormente referimos como a novidade expressamente assumida no lançamento do processo de construção europeia veio a ser estudado e enquadrado teoricamente por Ernst Haas, na sua obra *The Uniting of Europe* (1958-68), dando origem ao neofuncionalismo. Esta perspectiva doutrinal marca uma ruptura com a cooperação, ao assinalar importantes graus de autonomia ao processo de integração (relativamente à intervenção dos Estados-membros), graças ao funcionamento das instituições supranacionais e à intervenção de outros actores.

Por outro lado, no sentido do que havia sido afirmado expressamente por Monnet e Schuman, a doutrina neofuncionalista assumia implicitamente que o processo de construção europeia conduziria à criação de um super-Estado europeu.

A insistência na autonomia do processo (e na sua tendência inata para prosseguir no sentido da edificação de um Estado federal) mostrou-se demasiado optimista, verificando-se, nos anos sessenta e setenta, que o processo permanecia dependente do assentimento dos Estados, cuja intervenção se mostraria, aliás, imprescindível para o relançar em situações de crise, reintroduzindo, sempre que necessário, mecanismos capazes de acolher a sua influência. É no âmbito desta

constatação que surge, como reacção, o intergovernamentalismo: o desencanto em relação ao neofuncionalismo valorizou o intergovernamentalismo enquanto abordagem de referência (Smith, 2000: 45), elevando-o à qualidade de perspectiva progressivamente consensual a partir dos anos 90³³⁷ (Allerkamp, 2009: 2) – apesar de não ter, de *per se* qualquer significado (Areizla, 1995: 2).

[186]

Não se trata, todavia, de uma vertente da *realpolitik*, disfarçada ou atenuada, já que subsistem diferenças importantes entre ambas as abordagens, apesar do estadualismo que é característico de ambos. Assim, para os realistas a interacção internacional (interestadual) é sempre vista como um jogo, no qual as vantagens obtidas por uns implicam desvantagens suportadas por outros. Diferentemente, os autores intergovernamentalistas, e em especial Moravcsik, admitem que a cooperação possa gerar vantagens mútuas (Gehring, 1996: 234). Isso permitiu-lhes justificar o grau de institucionalização (e os elementos de estadualidade que, com ele, surgiram) com os interesses e preferências dos Estados-membros³³⁸ (Shaw, Wiener, 1999: 2).

Por outro lado, os intergovernamentalistas liberais, ao contrário dos realistas, não assumem que os Estados se caracterizem por preferências semelhantes (reconduzíveis aos instintos de segurança e poder³³⁹), nem assumem que o sistema internacional seja, por natureza, anárquico e insusceptível de gerar níveis estáveis de cooperação entre os Estados (Pollack, 2010: 15).

³³⁷ Será interessante sublinhar, a propósito, a contradição doutrinária dos anos oitenta e noventa: por um lado, o desencanto com o neofuncionalismo valoriza, na doutrina, a abordagem intergovernamentalista; por outro, evidencia circunstâncias que, o mesmo intergovernamentalismo, pretende contrariar, nomeadamente o exercício de poder em diferentes níveis e a relevância da intervenção dos cidadãos e dos grupos de pressão (Steenbergen, Marks, 2004: 1).

³³⁸ Moravcsik leva o seu esforço mais longe, ao tentar combinar a abordagem liberal das preferências nacionais com o modelo intergovernamental europeu e ainda com o modelo das escolhas institucionais (Pollack, 2010: 14).

³³⁹ A realidade tornou evidente, aliás, como os governos europeus, menos preocupados com a sua soberania e mais interessados em obter benefícios do processo de integração, se mostram esmagadoramente favoráveis a este (Puchala, 1999: 323).

Os intergovernamentalistas³⁴⁰ partilham genericamente a perspectiva de que os governos dos Estados-membros, cientes da sua soberania, permanecem determinados em manter o controlo dentro da UE. Isso faz do intergovernamentalismo, na prática, uma teoria de resistência ao processo de integração (Pollack, 2010: 13).

Nessa perspectiva, a UE não pode senão surgir como um tipo de organização internacional, com um elevado grau de institucionalização: as organizações internacionais são criadas para servirem os objectivos dos seus Estados-membros e, na medida em que o façam, a sua actividade é legitimada pelo consenso dos governos³⁴¹. É neste plano que os intergovernamentalistas resistem à supranacionalidade, insistindo que *as instituições internacionais – tanto as organizações como os regimes – são relevantes, não porque exerçam controlo sobre os Estados (só excepcionalmente o fazem), mas porque são úteis*³⁴² *para os Estados* (Keohane, Hoffmann, 1993: 383). Nesse sentido, a UE é vista como mero resultado incremental de cálculos *ad hoc* sobre as vantagens nacionais (Bellamy, Castiglione, 2003: 8).

Paralelamente, a actividade dessas instituições³⁴³ é explicável pelos interesses, estratégias e capacidades negociais dos governos que nelas participam (tal como defendem Hoffmann, Garreth ou Moravcsik), num esforço de enquadrar os diferentes níveis de exercício do poder europeus num modelo simples de interacções intergovernamentais (Scharpf, 2000: 5).

³⁴⁰ Aqui, integramos as outras variantes doutrinárias intergovernamentais, como o intergovernamentalismo intensivo, de Helen e William Wallace (Allerkamp, 2009: 13).

³⁴¹ Miguel Poiães Maduro acrescenta, ainda, um outro elemento de caracterização do intergovernamentalismo, por oposição do constitucionalismo. Assim, na medida em que o intergovernamentalismo se refere à adequação dos interesses dos Estados na sua interacção mútua, as decisões resultantes dessa interacção nunca resultariam de regras ou critérios jurídicos. Nesta perspectiva, o intergovernamentalismo surge por oposição ao constitucionalismo, no qual a adequação dos interesses assenta em regras (Maduro, 2000: 3).

³⁴² Essa utilidade veio a potenciar uma evolução que tornou menos evidentes as distinções tradicionais. Assim, por exemplo no âmbito do Conselho – instituição intergovernamental por excelência –, verifica-se que as suas decisões deixam de reflectir meras preferências dos Estados-membros para, cada vez mais, dependerem da capacidade técnica e das intervenções do secretariado-geral do Conselho (Allerkamp, 2009: 2; Puchala, 1999: 319).

³⁴³ O reconhecimento da existência e relevância de instituições supranacionais constitui, só por si, uma diferença assinalável entre o intergovernamentalismo e as abordagens realistas tradicionais que ignoravam, pura e simplesmente, as instituições (Burley, Mattli, 1993: 45).

Apesar da sua substancial influência doutrinal, o intergovernamentalismo viu as suas premissas questionadas muito cedo, surgindo, além disso, críticas em diversos planos.

A primeira crítica tem a ver com as dificuldades em acolher o papel das instituições supranacionais na sua análise do processo de construção europeia (e dos processos de integração em geral). De facto, mesmo aceitando-se que o neofuncionalismo clássico tenha subestimado a importância da política doméstica, não é menos verdade que a perspectiva intergovernamental tende a subestimar o papel relevante das instituições supranacionais (Laursen, 2007: 15; Puchala, 1999: 319). Cedo³⁴⁴, aliás, foi questionado, pelos institucionalistas, o princípio intergovernamentalista de que as instituições exercem uma influência diminuta sobre o processo (Pollack, 2010: 16).

O intergovernamentalismo procura reduzir o funcionamento da UE (suas políticas e decisões) a um mero resultado de negociações com vista a ajustamentos de interesses³⁴⁵. Essa posição é dificilmente sustentável numa análise mais cuidada, já que, apesar da indiscutível influência dos Estados-membros no processo de decisão³⁴⁶, este vem sendo cada vez mais influenciado pelas instâncias europeias autónomas e pela sua considerável capacidade técnica (Areizla, 1995: 3)

Neste enquadramento, o intergovernamentalismo não consegue explicar o empenho e as preferências dos Estados-membros no processo de integração, que

³⁴⁴ A construção do mercado interno – ou mercado único, como alguns autores preferem – evidenciou, aliás, uma intervenção muitíssimo marcante das instituições supranacionais, em articulação com actores não estaduais. Respondendo a solicitações dos agentes sociais e económicos, a Comissão adoptou iniciativas que, por sua vez, facilitaram as decisões do tribunal, em matérias como o reconhecimento mútuo e os standards mínimos. Aqui reside a essência do regime do mercado interno (Puchala, 1999: 324).

³⁴⁵ Trata-se, na perspectiva intergovernamentalista, sempre de formas de cooperação próprias do artesanato estadual convencional, visando atingir conjuntamente resultados que não poderiam ser conseguidos individualmente (Jupille, Caporaso, 1999: 430).

³⁴⁶ Para além do processo de decisão, resta ainda a explicação da intervenção decisiva do tribunal, que o intergovernamentalismo faz com dificuldade, procurando reduzi-la, *ex ante*, a uma delegação racional de poder e, *ex post*, a uma subjugação da lógica racional pré determinada (Armstrong, 1998: 158).

tendem, em termos claramente dominantes, para o aprofundamento do mesmo³⁴⁷. E, assim, o princípio de que os Estados são actores racionais animados por opções domésticas, muito cedo foi questionado pelos autores construtivistas e pelos sociólogos (Pollack, 2010: 16). E, por isso, a prática cedo mostrou que a influência intergovernamentalista diminui em todos os momentos de relançamento do processo (AUE, TUE, etc.), reaparecendo, no panorama doutrinal, algum tipo de recuperação do neofuncionalismo (Gehring, 1996: 234).

Para além do menosprezo genérico das características particulares da UE (e bem assim a especificidade dos processos de integração), a doutrina intergovernamentalista tende ainda a ignorar o papel dos agentes não estaduais no processo (Allerkamp, 2009: 11; Gehring, 1996: 225), numa insistência que dificilmente resiste à observação atenta do funcionamento do meio internacional.

[188]

Se nos debruçarmos sobre a análise que o intergovernamentalismo faz do processo e da lógica de integração, reencontramos intactas as bases tradicionais da cooperação que o inspiram. Dizia Schmitter: *o processo reproduz as características dos membros que nele participam e do sistema interestadual em que eles se inserem* (Allerkamp, 2009: 9). É a redução à lógica instrumental, por não se contemplar senão a formação de uma comunidade de interesses, assente na *output legitimacy*.

[189]

Em todo o caso, a forma como o intergovernamentalismo liberal enfrenta a tensão entre unidade e diversidade é já diferente da perspectiva clássica da cooperação.

Muito embora insista na ideia de que os Estados-membros permanecem determinados (supostamente com sucesso) em manter o controlo dentro da UE, vai reconhecendo a complexidade das estruturas institucionais e dos processos decisórios, o que implica o reconhecimento de algum tipo de autonomia à comunidade. E, a partir do momento em que isso acontece (que se admite implicitamente essa circunstância),

³⁴⁷ Nos primeiros trabalhos intergovernamentalistas concluía-se aliás que a integração permaneceria a níveis mínimos (Allerkamp, 2009: 9).

parece que tem de considerar-se a existência da tensão entre unidade e diversidade. Mas, aí, os intergovernamentalistas retornam à postura tradicional, por via da insistência na lógica instrumental: a unidade não é mais do que um ponto de convergência dos interesses das partes (Puchala, 1999: 319), uma organização internacional como qualquer outra (Jupille, Caporaso, 1999: 430). A tensão apenas existe na medida em que reflecta dificuldades de ajustamento dos interesses dos Estados. Fora disso, não é concebível outro ímpeto agregador que possa conflitar com a preservação da plena autonomia das partes envolvidas no processo.

3.2.2.2 Institucionalismo

Like the British with their Empire, Western Europeans seemed to have acquired a Community in moments of absent-mindedness – they did not think much about it, and, when they did, they generally went along with it (Müller, 2007: 13).

[190]

O confronto entre o neofuncionalismo e o intergovernamentalismo evidenciou um conjunto importante de limitações em cada uma das doutrinas, conduzindo os autores a procurarem respostas intermédias ou alternativas.

Na tentativa de perceber os sucessivos relançamentos do processo de construção europeia, alguma doutrina vai invocar a existência de acordos entre as elites (nacionais e europeias), impulsionados pelas mudanças sentidas no sistema internacional – em áreas tão distintas como o comércio, a moeda ou a tecnologia –, com reflexos evidentes nas ordens internas (Sandholtz, Zysman, 1989: 100). Mas a resposta que maior convergência obteve foi o institucionalismo: o seu sucesso é tal que parece que todos os autores envolvidos na análise da integração europeia se revêm, de alguma forma, nessa perspectiva (Aspinwall, Schneider, 2000: 2).

[191]

O sucesso do institucionalismo reside, em parte, no facto de permanecer uma abordagem eclética, relativamente indefinida e assente em conceitos imprecisos.

Assim, os institucionalistas não convergem sequer no conceito base de instituição. Alguns autores (p. ex. Puchala) partem de um conceito mais formal (dirigido primordialmente às estruturas decisórias), outros (p. ex. Jupille e Caporaso)

preferem um conceito mais normativo (dirigido aos *princípios, regras e procedimentos mutuamente aceites*).

Esta última acepção parece recolher mais apoios³⁴⁸. E, por isso, em sentido próximo se definem instituições como *conjuntos sedimentados de normas e práticas que informam estruturas referenciais e recursos que são relativamente estáveis face aos diferentes grupos e relativamente resistentes às preferências específicas dos indivíduos e às mutações circunstanciais exteriores*³⁴⁹ (March, Olsen, 2005: 3).

A diferença não é, todavia, tão relevante quanto pode parecer, na medida em que as abordagens convergem num ponto focal essencial de todo o institucionalismo: os processos decisórios.

[192]

A premissa básica do institucionalismo é de que as instituições afectam os resultados, na medida em que estruturam a actividade política – e os próprios resultados (Aspinwall, Schneider, 2000: 3).

De qualquer forma, em vez de um esforço (necessariamente votado ao fracasso) para conseguir uma definição convergente de institucionalismo, talvez seja mais útil distingui-lo das correntes próximas: intergovernamentalismo e neofuncionalismo.

[193]

Alguns autores (Allerkamp, 2009: 10) defendem que, nos pressupostos teóricos e metodológicos essenciais, o institucionalismo e o intergovernamentalismo coincidem.

Na verdade, o institucionalismo é uma corrente doutrinal próxima do intergovernamentalismo liberal, na medida em que assenta num conjunto de premissas estadualistas e liberais. Procura, no entanto, analisar o funcionamento e a influência das instituições, tentando perceber em que medida estas pressionam os Estados e

³⁴⁸ Em qualquer caso, é pacífica na doutrina a imprecisão com que o conceito é utilizado (Aspinwall, Schneider, 2000: 4).

³⁴⁹ Trata-se não apenas de acordos equitativos entre os actores que os procuram nas arenas sociais próprias, mas também de conjuntos de estruturas, regras e procedimentos correntes que são parcialmente autónomos na vida política (March, Olsen, 2005: 3).

produzem, a longo prazo, *path dependence*³⁵⁰ ou condicionamentos de encaminhamento (Pollack, 2010: 16). Isto porque, constituindo as instituições elementos ordenadores e de previsão dos sistemas políticos, elas incorporam identidades e papéis, marcando o carácter, a visão e a história dos sistemas (March, Olsen, 2005: 5).

De qualquer forma, nessa perspectiva, o institucionalismo privilegia uma abordagem muito mais ampla do que intergovernamentalismo, até por tender a considerar formalista e ultrapassado o mero estudo das instituições governamentais, das questões constitucionais e do direito público (March, Olsen, 2005: 6). Importam especialmente as regras que são seguidas por serem sentidas como naturais, justas ponderadas e legítimas e, por isso, são ordenadoras das relações, reduzindo a flexibilidade e a variabilidade dos comportamentos (March, Olsen, 2005: 8).

[194]

Há, no institucionalismo, uma base comum com o neofuncionalismo: a ideia de que as instituições fazem a diferença (Puchala, 1999: 318). Perspectivam os Estados como actores principais, reconhecendo, no entanto, a relevância dos actores supranacionais³⁵¹ em favor dos quais aqueles transferiram competências, essencialmente para garantir o seu empenho credível no cumprimento de obrigações convencionalmente assumidas (Pollack, 2010: 17).

A explicação da permeabilidade das estruturas formais (estaduais) à intervenção de outros actores faz-se nos seguintes termos: os Estados não conseguem antecipar todas as situações; isso vai limitar a sua capacidade de reagir a acontecimentos inesperados, o que abre uma oportunidade de intervenção a outros actores que vão influenciar o funcionamento institucional. Os resultados são, assim,

³⁵⁰ A *path dependence* não deixa de constituir uma versão atenuada do conceito central do neofuncionalismo, o *spillover*. A diferença é de grau: o condicionamento de encaminhamento não supõe que o processo se auto-alimente, mas apenas que seja parcialmente determinado pelas opções – ou circunstâncias – anteriores.

³⁵¹ O institucionalismo interessa-se pela influência, quer das instituições internacionais, quer ainda, dos seus titulares (Puchala, 1999: 318).

apenas parcialmente, o reflexo de antecipações e escolhas (Farrell, Héritier, 2005: 278), estaduais ou não.

As mudanças institucionais ocorrerão tanto mais quanto as normas formais sejam ambíguas, impondo uma negociação de normas informais, com vista à sua realização (Farrell, Héritier, 2005: 286). Nestas circunstâncias, os actores envolvidos estarão tanto melhor posicionados para determinar regras informais quanto melhor (ou mais tempo) suportarem o desaire.

Para o institucionalismo, importa menos se o fenómeno político ocorre dentro ou entre Estados. O que interessa é que ocorre num quadro de princípios, regras e procedimentos mutuamente aceites, isto é, dentro de um contexto institucional (Jupille, Caporaso, 1999: 431).

A sua influência revelou-se principalmente no estudo do processo legislativo, tendo demonstrado a relevância das regras decisórias para a determinação da autonomia do nível supranacional (Pollack, 2010: 18) – a qual limita consideravelmente o controlo destes órgãos pelos Estados-membros. Isto porque, uma vez criadas, as instituições ganham vida própria, criando padrões de comportamento que condicionam os próprios Estados que lhes deram origem (Puchala, 1999: 318).

[195]

A análise institucional comporta muitas variantes – *surge com muitos sabores* (March, Olsen, 2005: 5) – que J. Jupille e J. Caporaso organizaram conforme o carácter exógeno ou endógeno das principais variáveis (as instituições e as preferências). Combinando os critérios, os autores chegaram ao quadro seguinte:

		<i>Instituições</i>	
		<i>Exógenas</i>	<i>Endógenas</i>
<i>Preferências</i>	<i>Exógenas</i>	Federalismo [tb. análise espacial e abordagens em rede]	Escolha institucional racional [próximo do inter-governamentalismo liberal]
	<i>Endógenas</i>	Novo institucionalismo (sociológico)	Estruturacionismo (histórico)

(Jupille, Caporaso, 1999: 433)

Figura 7 – Dimensões da análise institucional

O carácter exógeno das instituições ocorre nas análises doutrinárias em que as instituições explicam dinâmicas e resultados não institucionais (no sentido em que agregam motivações, potenciam normas, definem papéis ou comportamentos, etc.). Inversamente, se as instituições são variáveis dependentes³⁵² na análise – no sentido em que esta pretende explicar o funcionamento das instituições –, então assumem um carácter endógeno (Jupille, Caporaso, 1999: 432).

Quanto às preferências dos actores (os objectivos destes no processo de integração), estas podem igualmente assumir, na análise, um carácter endógeno ou exógeno – se respectivamente são, ou não, influenciáveis pelo funcionamento das instituições (ibidem).

A natureza dual destes critérios dá origem às quatro combinações possíveis que são indicadas no quadro.

A primeira delas, onde avulta o federalismo, supõe o carácter exógeno das instituições e das preferências: as instituições servem fundamentalmente para ordenar as preferências (sem se afectarem mutuamente). As instituições assumem, portanto, um carácter formal (essencialmente procedimental), sendo simultaneamente neutras (não influenciando, nem sendo influenciadas, pelos objectivos dos actores políticos).

Na escolha institucional racional os objectivos dos actores levam estes a escolherem diferentes instituições (estas são, portanto, reflexo das preferências – é esse o sentido da expressão).

Qualquer explicação sobre as escolhas no processo e a sua evolução deve concentrar-se nos actores – a liderança nas instituições europeias, em segmentos dos executivos nacionais, nos negócios (em especial nos dirigentes das grandes empresas) – e naquilo que eles conseguiram (Sandholtz, Zysman, 1989: 108).

³⁵² Para além da possibilidade de as instituições serem tratadas enquanto variáveis independentes (exógenas) ou dependentes (endógenas), alguma doutrina (Aspinwall, Schneider, 2000: 5) refere ainda a possibilidade de serem variáveis intervenientes, nomeadamente quando se trate de regras ou práticas muito claramente assumidas, capazes de determinar o comportamento social. Estas variáveis intervenientes parecem, no entanto, distinguir-se apenas em termos de grau das variáveis independentes.

No novo institucionalismo sociológico deparamos com a situação inversa: são as instituições (enquanto padrões sociais) que influenciam os actores e as suas preferências. Ou, visto de outra perspectiva, as escolhas dependem das instituições (Aspinwall, Schneider, 2000: 9).

Finalmente, no estruturacionismo assume-se que as instituições e as preferências se influenciam mutuamente através de processos de socialização e aprendizagem. Esta abordagem enfrenta uma dificuldade intrínseca na identificação de elementos causais e das relações entre preferências e regras.

[196]

O institucionalismo ganha com a capacidade de recorrer às contribuições de áreas científicas complementares, tornando a análise do processo de construção europeia mais rigoroso e abrangente (Jupille, Caporaso, 1999: 441), até porque o seu critério de avaliação do grau de integração é muito lato, prendendo-se com a valorização ou enfraquecimento das instituições formais ou informais (Farrell, Héritier, 2005: 277). Nesse sentido, a perspectiva institucionalista introduz um critério que corresponde a uma graduação do nível de formação da comunidade.

E, neste plano, verificamos que, na perspectiva institucionalista, a legitimação do processo de integração se situa entre a eficiência e a pertença: depende não apenas da capacidade de demonstrar a adequação das acções aos devidos objectivos, mas também de que os actores se comportem de acordo com procedimentos legitimadores numa cultura (March, Olsen, 2005: 12).

[197]

Esta relativa indefinição dos termos da legitimação revela, por outro lado, que, face aos problemas da tensão entre unidade e diversidade, o institucionalismo não oferece qualquer resposta, mantendo-se no âmbito do grupo de abordagens que minimizam essa tensão.

Compreende-se a situação face às suas origens doutrinárias: por um lado, o intergovernamentalismo, que recusa essa tensão e, por outro, o neofuncionalismo, que espera que a solução resulte da própria dinâmica do processo.

3.2.2.3 Convergência

An EU-style mechanism allows sufficient sharing of sovereignty to make sure that individual nations avoid conflict with one another, together with sufficient national autonomy to enable people to remain attached to particular nations. It represents a 'binding' rather than an 'obliterating' of nations (Corner, 2008: 10).

[198]

Convergência e harmonização são termos usados frequentemente com o mesmo significado. A distinção pode, todavia, fazer-se, sendo-nos particularmente útil, por pretendermos usar aquela enquanto elemento característico de um novo conjunto de modelos.

Assim, a harmonização refere-se a um processo consciente e negociado que culmina na produção de normas jurídicas – e que é particularmente característico dos modelos que analisamos anteriormente sob a designação de *cross fertilization* (tal como então referimos [184]).

Por sua vez, a convergência reporta à aproximação das ordens jurídicas em razão de um interesse ou desenvolvimento comum (como é o caso da globalização, ou, no âmbito europeu, da construção do mercado interno). Dentro da convergência pode ainda distinguir-se a convergência vertical – se a aproximação resulta de uma imposição judicial, como aconteceu com o acórdão *Francovich* (Harlow, 2000: 3 ss), da convergência horizontal – se a aproximação ocorre naturalmente, em paralelo, sem imposição.

Enquanto a harmonização corresponde a uma construção voluntária, a convergência é um resultado, o qual – embora antecipável ou antecipado – depende de automatismos ou de inércias. Trata-se, portanto, de modelos de integração em que a minimização da tensão entre unidade e diversidade se obtém essencialmente graças à desnecessidade de intervir nessa mesma tensão.

[199]

Na convergência vamos encontrar um conjunto de perspectivas doutrinárias que misturam diferentes quantidades de incrementalismo e de tecnocracia.

No seu núcleo central (a explicar a inércia ou automatismo que acabamos de referir) identificamos a ideia que inspira a máxima latina *non progredi est regredi*. No processo de construção europeia essa ideia surgiu e desenvolveu-se sob a designação

da teoria da bicicleta e do conceito de *spillover* (cuja origem será anterior ao processo – cf. nota 356, p. 186; tb. nota 358, p. 187).

Trata-se, em todos os casos, de abordagens explicativas da natureza incremental do processo de construção europeia – sendo que, como veremos (nota 356), o incrementalismo é também frequentemente explicado por referência a argumentos tecnocráticos. Por outro lado, a tecnocracia é um elemento presente em todas as perspectivas que se enquadram na convergência: funcionalismo, neofuncionalismo e *management*.

[200]

A teoria da bicicleta terá sido adiantada por Walter Hallstein (Bogdandy, 1992: 20; Amténbrink, 2008: 11), primeiro presidente da Comissão. Ela corresponde a essa convicção, corrente entre os europeus, de que, se não avançarmos no sentido da unificação, temos necessariamente que recuar. Tal como com um bicicleta que parando de pedalar, ela cai.

No entanto, toda a gente sabe que, para o evitar, basta pôr o pé no chão (Ash, 1998: 62). Mas isso nunca abalou a convicção e a adequação da metáfora. E, de facto, em diversas ocasiões, foi a ameaça de desequilíbrio que serviu de argumento para potenciar a convergência das elites políticas europeias no sentido do relançamento do processo³⁵³ (Amténbrink, 2008: 11).

[201]

A teoria da bicicleta é, no entanto, uma formulação simplificada de um conceito mais elaborado – o *spillover* – que pretende explicar porque é que, após um compromisso inicial³⁵⁴, a integração constituía um processo que se auto alimentava. A ideia (embora eventualmente ainda não a enunciação do conceito) deve-se à

³⁵³ De facto, a imagem da bicicleta que entra em crise quando a sua velocidade é demasiado baixa continua a constituir uma metáfora forte do processo de construção europeia. Isto porque são os sucessivos momentos de crise – aqueles que levaram Fritz Scharpf a caracterizar o processo como *uma frustração sem desintegração, uma persistência sem progresso* (O’Neil, 1996: 83) – que forçam o desencadear das diferentes soluções, numa procura constante de materialização de ganhos dos diferentes níveis.

³⁵⁴ O compromisso inicial sobre o qual Haas trabalhava era a criação da CECA, a partir da qual pretendia identificar a lógica da integração sectorial (Laursen, 2007: 13).

contribuição de Ernst Haas, na sua obra primeira (1958) *The Uniting of Europe* (Moravcsik, 2005: 350; Rosamond, 2005: 10; Laursen, 2007: 12), onde teoriza a dinâmica introduzida por Jean Monnet³⁵⁵.

Leon Lindberg definia *spillover*³⁵⁶ como *uma situação na qual uma dada acção, relacionada com um objectivo específico, cria uma situação na qual o objectivo original apenas pode ser assegurado através da adopção de iniciativas subsequentes, as quais, por sua vez, criam as condições necessárias e a necessidade de novas iniciativas e assim sucessivamente* (Lindberg, 1963: 10)³⁵⁷. O objectivo

³⁵⁵ A ideia de Monnet pode ser ilustrada através de duas passagens das suas Memórias. Assim, em primeiro lugar, na assumpção, no final guerra, de que, *para ultrapassar os 'obstáculos acumulados' em especial entre a França e a Alemanha, era necessário começar por estabelecer bases comuns de desenvolvimento económico: primeiro o carvão e o aço, depois noutros domínios* (Monnet, 1976: 428). Aqui encontramos claramente expresso o princípio – que lhe era muito caro – de iniciar os processos a partir de ideias simples que gerem, por sua vez, desenvolvimentos, dando origem a uma dinâmica crescente. O processo está assegurado quando não permite retrocessos. Essa ideia está patente nomeadamente no seguinte trecho: *esses jovens, explicava eu às minhas visitas, escolheram o seu caminho e depois partiram, sabendo que não poderiam dar meia-volta. Quaisquer que fossem as dificuldades, eles não tinham senão uma saída: continuar o caminho. Também nós* (Monnet, 1976: 787). De qualquer forma, é pacífico que o princípio incrementalista estava implícito na acção de Monnet e explícito na teoria de Haas (Hoffmann, 1982: 29).

³⁵⁶ Embora atribuído a Haas, o termo de *spillover* (enquanto conceito central do neofuncionalismo), não surge referenciada em *The Uniting of Europe* (Haas, 1968: 551; Rosamond, 2005: 21), o que obriga a questionar esse carácter central que a doutrina lhe atribui. No limite, a relevância do conceito pode detectar-se já nos primeiros trabalhos de Mitrany sobre o funcionalismo (Gehring, 1993: 229). Hoffmann defende que o conceito decorre das teorias relativas à sociedade industrial (pressupondo que o mercado funcionaria como motor de integração, alimentado pela tecnologia que serviria de combustível), correspondendo ao velho sonho de Saint Simon de um progresso despolitizado, através do despojamento gradual do Estado, em favor de um sistema quase-federal, com uma natureza essencialmente burocrática (Hoffmann, 1982: 29). De facto, o conceito de *spillover* remete – ainda que, por vezes, apenas implicitamente – para um plano essencialmente técnico (Farrell, Hérietier, 2005: 273) que, no entanto, há-de progressivamente forçar envolvimento políticos.

³⁵⁷ O *spillover* assenta na constatação de que a intensificação da actividade negocial no plano internacional faz surgir novos problemas que, por sua vez, criam a necessidade de novas soluções que têm de ser construídas através de mais negociações (Puchala, 1999: 322). *Ocorre [assim] quando um avanço no processo de integração torna evidente a necessidade de integrar áreas funcionalmente relacionadas. Assim, para cumprir os objectivos iniciais, os participantes apercebem-se da necessidade de prosseguir o processo* (Sandholtz, Zysman, 1989: 98). Nestas circunstâncias, é essencial ultrapassar as dificuldades, não apenas para poder explorar novas possibilidades de progredir no sentido de uma união federal, mas também porque o movimento contínuo é necessário para preservar os ganhos entretanto obtidos (Moravcsik, Nicolaidis, 1998: 31). Trata-se portanto da definição do elemento dinâmico essencial (Taylor, 1983: 9).

original³⁵⁸ era o de perceber como é que as expectativas dos actores se reorientavam no sentido de apoiarem maiores graus de integração (Rosamond, 2005: 10), ou apenas como o processo conseguia gerar reacções susceptíveis de impulsionarem progressivamente³⁵⁹ as dinâmicas, a partir de níveis iniciais modestos³⁶⁰, até à produção de efeitos de grande envergadura (Gehring, 1993: 229).

Mais tarde, os neofuncionalistas – nomeadamente Joseph Nye – ajustaram a perspectiva, reconhecendo, por um lado, que os laços funcionais podem também ter efeitos negativos no processo e, por outro lado, que o mesmo podia também ser prosseguido ou alimentado por laços criados através de acordos voluntários (Sandholtz, Zysman, 1989: 98), atenuando portanto seu carácter pretensamente automático.

Lindberg e Scheingold vieram ainda a reformular posteriormente a doutrina neo-funcionalista, perspectivando o funcionamento do processo em termos sistémicos: os estímulos (*inputs*) gerados pelas expectativas, apoios e liderança eram transformados em resultados (*outputs*), sob a forma de acções e de decisões que, por sua vez, afectavam posteriores expectativas, apoios e lideranças (Laursen, 2003: 3).

O conceito de *spillover* explica (assim) o processo de integração – e os resultados por ele obtidos – a título de encaminhamento condicionante (cf. supra, nota 350) ou *path dependence* (Parsons, 2002: 47). Ele preconiza, não apenas a auto-alimentação do processo de integração, como ainda, de alguma forma, que esse processo, inicialmente desenvolvido segundo variáveis socioeconómicas (*low-politics*)

³⁵⁸ A ideia de uma auto-sustentação automática pode, todavia, encontrar-se já nos primeiros trabalhos sobre integração económica de Bela Balassa (Rosamond, 2005: 11), pelo que, também por isso, é excessivo insistir na originalidade e centralidade do conceito em Haas.

³⁵⁹ Para Haas não há automatismo no processo. Este depende das alterações das preferências das elites (Farrell, Héritier, 2005: 275), o que justifica, aliás, as variações de ritmo que o próprio processo apresenta.

³⁶⁰ É curioso referir, todavia, que a modéstia de determinados resultados foi, por vezes, assumida como definitiva. Assim, p. ex. Hoffmann constatava, em 1982, a persistência da vida política própria dos Estados-membros (sublinhando, assim, a pequena influência daquilo que designa como a constelação europeia), a subsistência das especificidades administrativas nacionais e a manutenção das diferentes abordagens em matéria externa (Hoffmann, 1982: 29). Quase trinta anos depois é evidente que essas realidades se alteraram de forma acentuada (mesmo que se deva admitir que continuam a existir diferenças), assistindo-se a importantes graus de europeização da vida interna dos Estados.

produza efeitos ao nível político (*high politics*)³⁶¹ (Müller, 2007: 10; Farrell, Héritier, 2005: 274).

[202]

Vejamos agora o elemento tecnocrático, o qual decorre, em boa parte, do carácter económico do processo.

Talvez se deva, aliás, recuar ainda um pouco mais, para se enquadrar convenientemente o elemento tecnocrático. Não se tratou certamente de um intuito assumido pelos pais fundadores da construção europeia. É certo que dos escritos de Monnet se retira com alguma facilidade a confiança deste na possibilidade (e na importância) de encontrar soluções práticas (técnicas) para dificuldades políticas persistentes (Lindseth, 2003: 370; Soares, 2004: 20). Não obstante, é ainda mais evidente nas suas palavras a consciência da relevância das decisões políticas comuns e principalmente um apego inabalável a valores que sempre inspiraram directamente as suas acções. É naturalmente que o mesmo se poderia dizer de Robert Schuman ou de qualquer um dos políticos europeus³⁶² que estão na génese do processo (tanto mais que se trata de políticos de carreira, pelo que insuspeitos de perspectivas tecnocráticas).

Para se perceber o carácter tecnocrático residual do processo de construção europeia é necessário ter-se presente a relativa indefinição do modelo institucional, a qual conduziu a uma percepção empírica, mais orientada para a qualidade técnica dos

³⁶¹ Neste sentido, o processo de integração desenvolve-se exactamente ao contrário do que Aristide Briand havia pretendido, na primeira metade do século XX, quando defendera a necessidade de responder à crise económica através de mecanismos políticos, os quais deveriam estabelecer um regime permanente de solidariedade europeia (Müller, 2007: 6, 10). Tais laços viriam todavia a soçobrar no quadro lento e entropedor da SDN (Campos, Campos, 2004: 33).

Para Hoffmann, o *spillover* funcionava apenas em áreas de *low politics*, mas já não de *high politics*. Nesse sentido, a diversidade (nacional) constituiria um limite ao processo de construção europeia (Laursen, 2003: 3).

Os estudos recentes relativos ao volume de mudança induzido pela europeização (o que implica o grau de sensibilidade às políticas e orientações europeias), mostram que esta varia conforme o nível da análise: na perspectiva macro das estruturas políticas são detectáveis baixos níveis de europeização, enquanto os estudos ao nível decisório revelam um impacto mais consistente (Radaelli, 2000: 26).

³⁶² A ideia de o processo de construção europeia ter de assentar (também) em escolhas técnicas, competentes e independentes, pode encontrar-se nos relatos relativos aos primeiríssimos passos (Cohen, 1998: 647).

procedimentos e para os méritos substantivos das soluções deles resultantes (Areizla, 1995: 2). E é nesse sentido que ele surge na lógica central da convergência.

A falta de clareza das soluções supranacionais – que, afinal constituíam experiências novas e, por isso, necessariamente pouco precisas – alimentou perspectivas elitistas de governo³⁶³ europeu, que resultaram na doutrina do consentimento tácito e serviram de base aos argumentos a favor da convergência (Harlow, 2000: 6).

Essas perspectivas elitistas alimentaram todo o fenómeno de europeização – ou seja, da progressiva influência das instituições europeias no funcionamento das instituições nacionais, o qual se foi justificando exactamente na superior competência técnica europeia, tornando assim a convergência numa tendência natural. E a europeização surge, neste quadro, como um processo auto-reforçado, através do qual a UE cria e recria condições para a sua própria expansão (Amtenbrink, 2008: 11). Aqui reencontramos novamente a conjugação dos elementos incrementalista e tecnocrático, correntes na convergência.

[203]

O argumento tecnocrático³⁶⁴ foi também muito valorizado pela natureza fundamentalmente económica do processo de integração.

As próprias dificuldades políticas que o processo enfrentou de tempos a tempos foram parcialmente contornadas com justificações de carácter económico.

Assim, mesmo a decisão de avançar para a UEM (que implicava um grau de convergência das políticas macroeconómicas que só podia existir num enquadramento político de grande integração) foi apresentada em termos técnicos: o mercado único não podia ser preservado sem um elevado grau de estabilidade macroeconómica e, por

³⁶³ O elitismo está bem patente na constatação pacífica de que a história da construção europeia no último meio século é muito pouco resultante de decisões assentes em regras ou princípios claros e muito mais uma acumulação de compromissos *ad hoc* conseguidos à última da hora, em salas cheias de fumo (Dehousse, 2000: 3).

³⁶⁴ Importa, todavia, ter presentes as limitações intrínsecas da lógica técnica (ou tecnocrática), as quais resultam do facto de esta se referir, sempre e apenas, a meios, ao contrário da lógica política que se refere a fins (Cohen, 1998: 650).

outro lado, a estabilidade geral não podia conseguida de forma sustentada se cada Estado agisse independentemente (Padoa-Schioppa, 2003: 8).

[204]

As perspectivas do processo de construção europeia que se enquadram na convergência (caracteristicamente incrementalista e tecnocrática, como vimos) supõem uma legitimação induzida, pois reside na eficiência (*output legitimacy*). Ela não justifica o processo (no sentido de o autorizar, *a priori*) mas resulta (*a posteriori*) das vantagens que ele gera. Nesse sentido, pode também ser referida como legitimidade derivada (Eriksen, Fossum, 2004: 436), não tanto no sentido de ser transmitida pelos Estados-membros, mas antes por resultar das vantagens geradas pelo próprio processo (Soares, 2004: 20).

Este tipo de legitimação contrasta todavia com aquela que é comum nos sistemas democráticos: a *input legitimacy* ou legitimação assumida (Amténbrink, 2008: 12), que antecede os processos políticos, fundamentando-os e autorizando-os.

Esta discrepância não podia deixar de criar dificuldades, uma vez que a integração política e jurídica não operam num vazio, mas, pelo contrário, em conexão com fenómenos que se produzem noutros âmbitos sociais (Bogdandy, 1992: 23). E, assim sendo, a ausência – ou pelo menos a fragilidade – da *input legitimacy* no processo de construção europeia alimentou a desconfiança própria que merecem normalmente os processos assentes em lógicas diversas das que são prevalentes na comunidade.

Por isso mesmo, a doutrina cedo se apercebeu de que o processo de integração não dependia apenas da eficiência funcional, sendo sempre relevantes as percepções e os ideais que animam as comunidades (Bellamy, Castiglioni: 8). De facto, as expectativas de vantagens económicas constituem impulsos frágeis para o processo de integração (Farrell, Héritier, 2005: 275). Isto porque o critério de racionalidade económica – que não é outro senão a obtenção de benefícios –, não conduz a vínculos emocionais, nem tão pouco os pressupõe: até com Saddam Hussein foi possível manter bons e intensos vínculos comerciais (Bogdandy, 1992: 25).

Na verdade, a legitimidade democrática tem de resultar do sistema institucional como um todo (Craig, 1997: 4).

3.2.2.3.1 Desfocalização das lealdades

There are many countries in our blood, aren't there, but only one person. Would the world be in the mess it is if we were loyal to love and not to countries? (Greene, 2007: 197)

[205]

A ideia de desfocalização das lealdades surge com David Mitrany, no âmago daquilo que ficou conhecido como o funcionalismo. Veio posteriormente a ser adaptada pelo neofuncionalismo.

Escolhemos esta, de entre as características comuns a ambas as perspectivas doutrinárias, para as enquadrar, porque ela corresponde à forma como a tensão entre unidade e diversidade é minimizada (ela resultará da concentração das lealdades pelo que basta a sua desfocalização para atenuar o problema).

Iniciaremos, por isso, a referência ao funcionalismo com esta ideia, completando depois a análise deste e passando, de seguida, ao neofuncionalismo [212].

[206]

Para Mitrany a maior fonte de risco da sociedade internacional é a coesão interna dos Estados, a qual permite que os titulares dos respectivos órgãos de poder manipulem tendências agressivas. Essa situação deve ser contrabalançada por laços que criem um clima de compreensão mútua e gerem progressivamente interesses comuns, diminuindo progressivamente essas tendências.

A novidade está em que este autor, ao arrepio de uma tendência corrente do século XX, desvaloriza os laços políticos (os enquadramentos tradicionais nas áreas da defesa e dos negócios estrangeiros – a alta política, ou *high politics*) e advoga o desenvolvimento sistemático de laços nos âmbitos socioeconómico (*low politics*)³⁶⁵.

O desenvolvimento de laços ao nível particular – cidadãos e empresas – tornará estes cada vez mais cientes dos interesses que partilham com os membros de outras

³⁶⁵ A diferenciação entre as variáveis políticas (*high politics*) e socioeconómicas (*low politics*) do processo foi já anteriormente referida a propósito da contribuição de Charles Pentland. Cf. supra [102], p. 99 ss., em especial Figura 2, p. 101.

comunidades, afectando aquilo que referimos como a coesão interna dos Estados: na medida em que as pessoas deixem de se identificar apenas com o respectivo Estado, passarão a apreciar criticamente as decisões dos governantes, até por se aperceberem de que a ameaça a interesses estrangeiros os afecta directamente, na medida em que parte desses interesses serão comuns. E, nesse sentido, procurarão contrariar essas ameaças.

É nisto que consiste a desfocalização das lealdades: o desenvolvimento de interesses comuns numa escala transnacional atenua a lealdade absoluta³⁶⁶ que o princípio da soberania impôs³⁶⁷ (Taylor, 1983: 4). É essa lealdade absoluta que cria resistências aos processos de integração e torna muito difícil o seu desenvolvimento no âmbito estritamente político, por fazer equivaler qualquer esforço de aproximação (de valorização da unidade) a uma ameaça dos interesses e identidade própria de cada Estado (da preservação da diversidade).

Ora, na perspectiva funcionalista, qualquer esforço de aproximação ao nível dos poderes políticos instituídos (*high politics*) enfrentará sempre – por instinto ou por manipulação – a resistência da comunidade cuja coesão é tão forte (por beneficiarem de lealdades absolutas) que o anulará. Onde, o caminho tem de fazer-se ao nível dos interesses particulares (*low politics*), de forma que as lealdades progressivamente se distribuam pelos diversos níveis de agregação.

[207]

A desfocalização das lealdades ao nível dos particulares é, portanto, condição de desenvolvimento do processo de integração, o qual, por sua vez, é condição de pacificação internacional.

Vejamos agora com um pouco mais de detalhe o enquadramento e objectivos do funcionalismo.

³⁶⁶ Numa perspectiva alternativa, os autores pluralistas insistem que as pessoas se integram ou se identificam com múltiplos grupos, sentindo-se vinculadas por normas desses mesmos grupos distintos (Berman, 2009: 1155).

³⁶⁷ A lealdade individual distribui-se entre entes públicos e privados. A UE é um desses entes que competem pela lealdade individual, na medida em que a sua posição (e funcionamento) torna patente a concorrência entre os diferentes de níveis de poder nacional e regional e as respectivas capacidades reguladoras (Areizla, 1995: 11).

David Mitrany é um autor que, na primeira metade do século passado, assistiu impotente às duas guerras mundiais. Nestas circunstâncias, apresentou, em 1943, o seu trabalho *A Working Peace Study: An argument for the functional development of international organization*. Muito embora ligado ao mundo académico³⁶⁸, Mitrany esforçou-se por evitar a sofisticação teórica, sugerindo, por isso, um modelo simples que permitisse aos Estados lidarem com as questões que ultrapassam as respectivas fronteiras (Griffiths, 2009: 191) e, em especial, a guerra.

O modelo rompe com as perspectivas tradicionais que apontavam para soluções políticas (ou político-institucionais – que Mitrany designa por constitucionais), defendendo, em alternativa, como referimos, a criação de laços ao nível particular, cujo desenvolvimento constituiria um entrave aos riscos de agressão mútua dos Estados, na medida em que esses riscos constituíam ameaças aos interesses particulares que, por isso, os contrariariam eficazmente.

Encontramos aqui, portanto, duas marcas essenciais: o incrementalismo (a que já anteriormente fizemos referência) e o nível no qual o processo se desenvolve (que referimos ser o dos particulares e que na doutrina é frequentemente identificado como *low politics*).

[208]

A sua abordagem funcional-sociológica opunha-se, assim, à que estivera na base da criação da Sociedade das Nações e depois das Nações Unidas (que estabeleceram mecanismos de cooperação tradicionais, ao nível da *high politics* – nas áreas das defesa e dos negócios estrangeiros), postulando um processo que evitasse o controlo dos políticos e que partisse de colaborações específicas em diferentes áreas de actividade, as quais, uma vez bem sucedidas, tenderiam a ser replicadas noutras áreas. Essas colaborações dariam lugar a mecanismos internacionais, aos quais os Estados confiariam as responsabilidades necessárias (de regulação ou resolução de diferendos) e cujo intuito sectorial técnico as preservaria das tensões políticas. Por esta

³⁶⁸ Mitrany estudou sociologia na London School of Economics, no início do século XX, trabalhou para a Carnegie Foundation no anos 20 e esteve ligado a diversas universidades britânicas e americanas, antes e durante a II Guerra Mundial, tendo ajudado a criar o Instituto de Estudos Avançados da Universidade de Princeton (Griffiths, 2009: 191)

via criar-se-iam progressivamente relações que deveriam ser suficientes para garantir a paz.

Para Mitrany o processo surge, portanto, em laços transnacionais (entre agentes de natureza essencialmente técnica) que vão conduzir a um aumento da cooperação interestadual (Farrell, Héritier, 2005: 274): são as variáveis socioeconômicas que Pentland refere na matriz de análise que anteriormente referimos (cf. Figura 2, p. 102).

[209]

Por outro lado, como referimos, o funcionalismo assume expressamente uma lógica incremental – e nesse sentido, remete já para o conceito de *spillover* (Puchala, 1999: 322), ou para aquilo que Halstein chamou a teoria da bicicleta (cf. supra [199], p. 184 ss.). Esse incrementalismo em Mitrany vai ao ponto de considerar o processo de integração automático (Farrell, Héritier, 2005: 274), no que sugere, desde logo, o efeito de auto-alimentação que caracteriza o *spillover* (cf. supra [201] p. 185).

[210]

A dependência de variáveis socioeconômicas evidencia aquilo que anteriormente tínhamos indicado como sendo uma característica corrente nos modelos que se enquadram na convergência: a legitimidade decorrente da eficiência do processo (da capacidade de gerar bem-estar), numa lógica inteiramente instrumental (cf. supra [204] p. 190) ou orgânica (Mitrany, 1943: 10).

Subsiste ainda no funcionalismo, em termos residuais, uma lógica intergovernamental: apesar da desconfiança na condução das questões pelos titulares políticos (cuja ação deve, por isso, ser progressivamente enquadrada por estruturas técnicas), os Estados permanecem os actores centrais do sistema, que autorizam o surgimento dessas estruturas e transigem na transferência de competências (Mitrany, 1943: 20). Parece ser neste sentido que alguma doutrina considera o funcionalismo [ou a legitimidade funcionalista] como um constitucionalismo de baixa intensidade (Maduro, 2004: 3), consubstanciado na introdução de critérios de legitimação derivada e na limitação da autoridade (resultante do enquadramento a que anteriormente nos referimos).

Em termos de decisão política, o processo assume uma natureza negocial, não normativa.

[211]

É portanto um modelo ainda relativamente próximo dos mecanismos tradicionais de cooperação, na medida em que mantém, de alguma forma, a característica intergovernamental e não contende nem impõe alterações significativas nos mecanismos existentes. Para além disso, sugere uma abordagem alternativa que se mostra mais simples e, por isso, permite completar as existentes, sem as contrariar.

O modelo antecipa o processo de construção europeia que surge e se desenvolve no quadro dos fenómenos da globalização e fragmentação. Estes evidenciaram a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas (Maher, 1998: 238) e forçaram a necessidade de perspectivar a ordenação em níveis extra-estaduais³⁶⁹. Isso foi inicialmente feito pelas doutrinas funcionalistas (e, no âmbito estritamente europeu, neo-funcionalistas), as quais apresentavam a vantagem de desvalorizarem os interesses e estratégias políticas (cujo enquadramento se mostrava particularmente difícil) e orientarem a sua atenção para uma análise sistémica³⁷⁰ do processo de integração.

A libertação (abandono, ou pelo menos, a desatenção) das exigências axiológicas e normativas tradicionais constituiu, pelo menos inicialmente, uma vantagem deste tipo de análises, face às dificuldades sentidas pelas perspectivas marcadas pelo respeito da soberania (Bellamy, Castiglione, 2000: 2).

Mesmo com o processo de integração avançado, a lógica deste modelo não deixa de manter uma elevada atractividade. Assim, por exemplo, já neste milénio a Comissão Prodi reassumiu a lógica funcionalista, procurando a legitimação da sua acção em prestações concretas³⁷¹ fornecidas aos cidadãos e na intensificação da comunicação destes, segundo uma ideia de democracia participativa (Bazantay, 2009:

³⁶⁹ Twining considera mesmo que a primeira consequência da globalização é a de tornar impossível a análise das ordens jurídicas isoladamente, ou seja, abstraindo as influências externas (Twining, 2000: 51).

³⁷⁰ Tal como referimos anteriormente [201], foram Lindberg e Scheingold quem introduziu no funcionalismo a análise sistémica.

³⁷¹ Na lógica funcionalista, a eficiência é fundamentalmente tecnocrática: é a especial preparação e competência dos membros das instâncias internacionais que lhes permite resolverem, de forma eficaz, problemas concretos das populações. Nisto o funcionalismo difere do neofuncionalismo, onde, como veremos, a legitimidade tem natureza mais procedimental.

1). Visava-se então envolver estes no processo de construção europeia: *debater a Europa envolvendo os cidadãos* (Comissão Europeia, 2006: 1). Retomou-se, portanto, a eficácia como fonte de legitimação e o envolvimento dos cidadãos (com a consequente desfocalização das lealdades) como motor do processo: *as pessoas podem aplaudir declarações de direitos mas não reclamar a satisfação das suas necessidades* (Mitrany, 1943: 21).

[212]

Vejamos agora o neofuncionalismo que, como o nome indica, corresponde a uma evolução do funcionalismo.

Os intergovernamentalistas consideram-no muito mais um enquadramento³⁷² do que uma teoria propriamente dita (Moravcsik, 2005: 349, 350), por ser desenvolvido sobre a experiência da construção europeia³⁷³. Surge com a obra de Haas que marca também o início do estudo da integração (Moravcsik, 2005: 350; Rosamond, 2005: 3), teorizando o método comunitário – cuja singularidade procura explicar (Michelmann, Soldatos, 1994: 1) através de proposições gerais sobre a integração regional (Rosamond, 2005: 5) – numa dinâmica complexa, assente numa ética de integração (Bellamy, Warleigh, 1998: 447).

Tratou-se, de facto, de uma alternativa às doutrinas realistas do pós-guerra³⁷⁴, com uma evidente inspiração na perspectiva kantiana da possibilidade de construção

³⁷² Apesar da sua posição originária no estudo teórico do processo de construção europeia, o neofuncionalismo é, hoje em dia, apresentado como uma corrente ultrapassada (Rosamond, 2005: 3).

³⁷³ A posição de Moravcsik – um dos grandes vultos do intergovernamentalismo – não é unânime. Assim, o neofuncionalismo pode caracterizar-se como uma teoria dinâmica que atribui um ênfase especial ao papel dos actores supra-nacionais e não-estaduais. Isto por oposição ao intergovernamentalismo, que, no plano teórico, se caracteriza pela sua abordagem estática e centrada na figura estadual (Gehring, 1993: 226).

³⁷⁴ A perspectiva realista quando não inspira, pelo menos, informa aquilo que, no âmbito da integração, se designa por intergovernamentalismo: a insistência no papel central dos Estados no funcionamento do meio internacional (Gehring, 1993: 225), os quais, na sua acção, visam apenas a maximização dos seus interesses.

De qualquer forma, a doutrina não é unânime nas origens ou pressupostos do neofuncionalismo. Assim, se Rosamond remete para uma oposição ao realismo, Gehring defende que o neofuncionalismo se situará a meio caminho entre a quantificação fria dos meios e a ingenuidade da confiança nas frágeis estruturas internacionais (Gehring, 1993: 228). Menos do que a classificação, é relevante a caracterização de ambos.

de uma ordem internacional que transcenda a sua conflitualidade básica (Rosamond, 2005: 4) – cf. nota 275, p. 138.

O neofuncionalismo não esconde nem disfarça o contributo intelectual do funcionalismo de Mitrany, com o qual partilha a defesa da criação de instituições pós-nacionais que possibilitem o envolvimento e o comprometimento em volta das necessidades essenciais. Apresenta, todavia, algumas diferenças essenciais. A primeira delas surge na valorização da integração regional³⁷⁵ que era recusada no funcionalismo (Mitrany, 1943: 11; Rosamond, 2005 : 5), por entender que a construção destes agregados apenas agravaria o clima de tensão internacional³⁷⁶, criando super-Estados, ou seja, por permitir maiores acumulações de meios o que tornava as ameaças mais credíveis e os riscos mais importantes: *a paz romana em nada promete contribuir para a paz mundial* (Mitrany, 1943: 12).

[213]

Haas definia a integração política como *um processo segundo o qual os actores políticos oriundos de diferentes níveis³⁷⁷ são persuadidos a reorientarem as suas lealdades, expectativas e actividades políticas para um novo centro, cujas instituições*

³⁷⁵ Curiosamente, depois de algum desalento da abordagem neofuncionalista, nos anos setenta, a doutrina veio a ganhar nova importância quando, a partir do final dos anos oitenta, foi utilizada por Robert Keohane e Joseph Nye para analisar e explicar o fenómeno da interdependência (Gehring, 1996: 231) – o qual, pela sua natureza, é um fenómeno global.

³⁷⁶ O intuito de pacificação internacional é comum ao funcionalismo e ao neofuncionalismo. É certo que Mitrany buscava um sistema operacional de pacificação internacional (como refere o subtítulo da sua obra), ao passo que, na construção europeia, a vocação pacificadora é regional.

O intuito pacificador – inspirador do processo de construção europeia (Soares, 1999: 6) – foi expressamente assumido logo pelos ‘pais fundadores’. Monnet escreveu que a proposta [que viria a ser feita na Declaração Schuman de colocar a produção do carvão e do aço sob uma Alta Autoridade comum] *tinha um carácter político essencial: abrir nas muralhas das soberanias nacionais uma brecha suficientemente limitada que possibilitasse as convergências e suficientemente profunda que pudesse conduzir os Estados para a unidade necessária à construção da paz* (Monnet, 1976: 429). Também Schuman assume expressamente o carácter central da paz na construção europeia (Schuman, 1963: 26).

A diferença das abordagens funcionalista e neofuncionalista não é aqui muito relevante pois, até então, as guerras haviam surgido entre Estados europeus, pelo que permanecia a tendência de se considerar que pacificar a Europa seria pacificar o mundo.

³⁷⁷ Os neofuncionalistas – e especificamente Ernst Haas – defendem que quanto maior for pluralidade (ou complexidade plural) de uma sociedade, maior será a sua propensão para a integração (Rosamond, 2005: 7), numa dinâmica de competição dos grupos (Taylor, 1983: 6).

*assumem jurisdição sobre os Estados pré-existentes. O resultado final é o de uma nova comunidade política*³⁷⁸ *sobreposta às comunidades originais*³⁷⁹ (Haas, 1968: 16).

A segunda diferença essencial entre o funcionalismo e o neofuncionalismo resulta expressa na definição, prendendo-se com o nível no qual as lealdades se desfocalizam. Enquanto Mitrany afirmava que o processo de integração se desenvolvia como consequência de laços transnacionais criados ao nível técnico – que criariam uma desfocalização ao nível dos cidadãos –, Haas considerava que eram os interesses das elites políticas que alimentavam o processo (Farrell, Hérítier, 2005: 274) – sendo, portanto, neste nível que a desfocalização ocorria (arrastando a lealdade dos cidadãos como consequência).

As elites a que Haas se refere são, não apenas as elites nacionais (os actores políticos referidos na definição), mas também as elites supranacionais³⁸⁰. Assim, Haas explica que os grupos de pressão franceses (incluindo os partidos políticos) não se terão apercebido espontaneamente das vantagens de evoluir da CECA (dos meros sectores do carvão e do aço) para a CEE (para a integração das economias, portanto). Terão sido os agentes supranacionais (aí se incluindo o próprio Monnet) a persuadi-los (Parsons, 2002: 55). Os intergovernamentalistas viriam, todavia, a insistir em que as elites supranacionais raramente são decisivas (Moravcsik, 2005: 349), no sentido de gerarem *spillover*³⁸¹. No entanto, parece incontornável o seu papel³⁸² na determinação

³⁷⁸ Lindberg atenuaria posteriormente a ideia de Haas, afirmando ser possível que o desenvolvimento dos procedimentos de decisão colectiva na integração não envolva (necessariamente) a criação de uma comunidade política (Lindberg, 1963: 5). Esta posição foi interpretada, quer no sentido de uma aproximação do neofuncionalismo ao intergovernamentalismo (Gehring, 1996: 230), quer no sentido de forçar a perspectiva pluralista (Rosamond, 2005: 6).

³⁷⁹ Os termos dessa sobreposição foram explicitados por Schuman: *esta nova política constitui um acto de fé no bom senso dos povos finalmente convencidos de que a sua sorte reside num entendimento e numa cooperação tão solidamente organizados entre eles a que nenhum governo assim associado se poderá furtar* (Schuman, 1963: 46).

³⁸⁰ Ainda no final dos anos noventa, a doutrina convergia abertamente com esta posição, defendendo não ser possível perceber as variações no processo de integração sem uma análise cuidada das alianças entre os actores sub e supranacionais (Mattli, Slaughter, 1998: 179).

³⁸¹ Haas reconhecia que as aspirações ou pretensões das elites tanto podem ter efeitos positivos como negativos. Desenvolveu aliás a seguinte tipologia: ⁽¹⁾ aspirações positivas de longo prazo – resultantes de programas que exigem o aprofundamento do processo de integração ⁽²⁾ aspirações positivas de curto prazo – resultante do uso pelas elites de medidas de integração que fixem um objectivo ou meta precisa por si ambicionado ⁽³⁾ aspirações negativas de curto prazo – oposição a

das soluções que, sendo aceitáveis pelos Estados (por responderem a interesses dos próprios governos nacionais), atraíam – tanto quanto seja necessário – os diferentes actores sociais (e as opiniões públicas) para a mudança proposta³⁸³.

Na verdade, as instituições supranacionais criadas não agem apenas em relação aos Estados-membros, influenciando também, de forma decisiva, uma série de outros actores relevantes, cujo papel é fortalecido pela existência dessas mesmas instituições (Gehring, 1996: 252; Kohler-Koch, 2006: 102). É esse o sentido de desfocalização das lealdades, que se alimenta e alimenta, portanto, o próprio pluralismo social (Taylor, 1983: 11).

[214]

A terceira grande diferença entre funcionalismo e neofuncionalismo resulta também do quadro regional. É que aquele postulava a criação de laços cujo desenvolvimento incremental não punha em causa a persistência dos Estados existentes (apenas atenuava a capacidade de agressão mútua ao enquadrá-los numa rede de estruturas internacionais de natureza fundamentalmente técnica).

determinada medida que, todavia, não coloca em dúvida o processo de integração ⁽⁴⁾ aspirações negativas de longo prazo – oposição ao processo em termos de princípio (Lindberg, 1963: 108).

³⁸² É certo que, num trajecto de aproximação, a doutrina actual reconhece que, mesmo os processos intergovernamentais (e já não apenas aqueles que são conduzidos por instâncias supranacionais), podem ter efeitos quer de *policy-making*, quer de *polity-making* (Allerkamp, 2009: 3).

Em todo o caso, o grau de autonomia das instituições europeias – consubstanciado principalmente na exclusividade do direito de iniciativa e nos direitos de controlo da Comissão, assim como na possibilidade de adoptar decisões por maioria no Conselho (Bogdandy, 1992: 22) – e o seu âmbito de competências, tornam difícil a defesa da pretensão intergovernamentalista, uma vez que a maioria dos actores sociais relevantes estão hoje em dia presentes ou são representados em Bruxelas.

De facto, o novo sistema conquistou para si um amplo campo de actuação, de forma que adquiriu uma relevância social geral. A grande flexibilidade da estrutura de competências da Comunidade permitiu-lhe desenvolver actividades em numerosos e importantes âmbitos. Os impulsos centralizadores massivos ocorridos levaram, aliás, a que, no início dos anos oitenta, fossem poucas as matérias não afectadas pelo cada vez mais denso ordenamento jurídico comunitário. Foi esse quadro que, de forma algo vã, se tentou atalhar com a introdução do conceito de subsidiariedade. Simultaneamente, foi a amplitude dessas actividades, a sua relevância política geral, que justificou a introdução da designação de União, a qual evidencia o facto de a mera união económica ter sido ultrapassada (Bogdandy, 1992: 23).

³⁸³ A doutrina reconhece, todavia, com frequência, que, em determinados momentos históricos, as elites europeias assumiram um papel determinante na construção europeia. Assim, por exemplo o relançamento do processo com o objectivo do Mercado Interno, deveu-se fundamentalmente à liderança da Comissão – em especial de Jacques Delors, seu presidente – e à contribuição dos grandes grupos económicos (Zysman, Sandholtz, 1989: 96).

Diversamente, o neofuncionalismo assumia, de forma implícita – tal como os fundadores, aliás (Monnet, 1976: 392, 428) –, que o processo de construção europeia conduziria a uma federação³⁸⁴ ou super-Estado europeu (Shaw, Wiener, 1999: 2; Mutimer, 1994: 15). O incrementalismo ou gradualismo do processo levaria nesse sentido³⁸⁵ a *união cada vez mais estreita entre os povos europeus*.

Os autores intergovernamentalistas viram, também nesta faceta, uma fragilidade, por considerarem que ela impediu que se reconhecesse a estabilidade do equilíbrio constitucional obtido (Moravcsik, 2005: 349).

[215]

A relevância dos actores sociais e supranacionais (não estaduais, portanto) no processo de integração europeia e a tendência gradual deste para ser alimentado pela progressiva transferência das suas lealdades (como consequência da reorientação das suas pretensões e expectativas) do nível nacional para o supranacional foram, na verdade, as grandes novidades introduzidas pelo neofuncionalismo (Perry, 2010: 12). No entanto, viriam a ser parcialmente contraditadas pelas dificuldades que o processo sofreu nos anos sessenta (nas quais, relevam especialmente as resistências do general De Gaulle que tiveram o seu auge com a crise da cadeira vazia, em 1965).

³⁸⁴ Haas, aliás, viria, num trabalho de 1970 (The Study of Regional Integration: Reflections on the Joy and Anguish of Pretheorizing, *International Organization*, vol. 24, no. 4), a explicar ser preocupação central do neofuncionalismo *explicar como e porque é que os Estados-nação aceitam deixar de ser plenamente soberanos, como e porque é que eles se juntam, fundem e misturam com os seus vizinhos a ponto de perderem atributos reais de soberania enquanto desenvolvem novos mecanismos de resolução de conflitos entre si* (Burley, Mattli, 1993:53).

³⁸⁵ Assim, para a escola neofuncionalista, a lógica de expansão integrativa partiria dos domínios socioeconómicos, mas alargar-se-ia a um número crescente de competências, ocorrendo, em simultâneo, uma transferência de poderes em direcção ao novo centro supranacional. Esta dinâmica elevaria implicitamente o processo de integração das matérias ditas de *low politics* (relacionadas com o bem-estar, próprio do *welfare state*) até às matérias de *high politics* (política estrangeira e defesa). Os intergovernamentalistas e nomeadamente Stanley Hoffmann afirmariam a impossibilidade dessa evolução, insistindo que é a vontade dos Estados e o jogo interestadual que prevalecem sobre a lógica da *high politics* (Franck. 1996a. 885). Os dados empíricos recolhidos a partir dos anos 80 demonstram, todavia, que o processo de construção europeia é capaz de acomodar em simultâneo impulsos de diferentes naturezas, nenhum deles se mostrando adequado para explicar convenientemente a dinâmica complexa do processo (O'Neil, 1996: 82).

Tais insucessos (temporários³⁸⁶, reconheça-se) estão na origem do intergovernamentalismo, que veio a criticar abordagem genérica e incompleta³⁸⁷ do neofuncionalismo que tornava difícil a crítica ou falsificação³⁸⁸ (Moravcsik, 2005: 349).

[216]

Deve, além disso, registrar-se outra crítica relevante do neofuncionalismo. É que este desenvolveu uma sensibilidade permanente para os grupos de pressão³⁸⁹, mas, com isso, tendeu a ignorar as preocupações quotidianas das populações. De facto, é raro ver a UE realmente preocupada com aquilo por que as pessoas estão a passar, as suas preocupações e os seus pontos de vista. A tendência tecnocrática viril da sua acção, orientada para a eficiência, levou-a a preferir dados a preocupações e objectividade a subjectividade (Davies, 2008: 8).

[217]

Apesar de todas as críticas, a importância do neofuncionalismo e do legado de Ernst Haas (em especial a sua obra *The Uniting of Europe*) é inquestionável: ela torna-se evidente pelo facto de dificilmente deixar de ser referido em qualquer estudo ou

³⁸⁶ A construção europeia viveu épocas de relativa estagnação (entre as quais, a mais importante terá certamente sido o período inicial da CEE, nos anos sessenta e ainda no início dos anos setenta) e períodos de grande desenvolvimento (em especial após o AUE e o TUE). É certo que as crises mostraram que a intervenção dos Estados-membros permanecia essencial, para o avanço do processo, o que significa ter de se reconhecer mais importância aos mecanismos intergovernamentais do que eventualmente se previra (e o neofuncionalismo inicial tinha afirmado). É também certo que as soluções encontradas para o relançamento revelaram, por vezes, um cariz intergovernamental (como p. ex. com a criação do Conselho Europeu, em 1974). Não obstante, o fenómeno da europeização é, hoje em dia, de tal forma evidente, que será excessivo pretender que a análise do processo se possa fazer na perspectiva intergovernamental tradicional.

³⁸⁷ A incompletude invocada pelos intergovernamentalistas resulta da incapacidade de a doutrina neofuncionalista lidar com o pluralismo e com a relevância da organização de interesses (Rosamond, 2005: 6) que a globalização evidenciou.

Não deixa, todavia, de parecer curioso que uma doutrina que tradicionalmente insiste no carácter quase anárquico da sociedade internacional (e portanto pura e simplesmente não se obriga a oferecer qualquer explicação completa e coerente do funcionamento desta) critique outras perspectivas, por incompletas.

³⁸⁸ Numa crítica mais clara, Thomas Gehring refere que a concentração quase exclusiva da atenção no fenómeno europeu dificultou a construção teórica, uma vez que esta não pode nascer e ser testada apenas por referência a um único modelo (Gehring, 1996: 226).

³⁸⁹ De facto, o neofuncionalismo privilegia o funcionamento dos actores colectivos, em detrimento do funcionamento da massa (Rosamond, 2005: 7), por encarar a sociedade em termos mais plurais do que orgânicos.

ensaio sobre o processo de construção europeia (Rosamond, 2005 : 2; Puchala, 1999: 319). De facto, apesar das críticas (que foram parcialmente acolhidas pelo próprio Haas), a abordagem neofuncionalista continua a ser instintiva no estudo da integração (Puchala, 1999 : 319; Burley, Mattli, 1993: 43).

Também aqui, a convicção de Monnet parece ter sido correcta: *as raízes actuais da comunidade são fortes, penetrando fundo no solo da Europa. Elas sobreviveram a tempos difíceis e aguentarão aqueles que vierem a ocorrer* (Monnet, 1976: 785). Até porque o apoio público às instituições europeias tem-se mantido notavelmente alto. Em 2002 tinha recuperado do seu ponto mais baixo, aquando da resignação da Comissão Santer, em 1999, com 59% dos inquiridos pelo Eurobarómetro a declararem a sua confiança no PE, 54% no tribunal e 53% na Comissão. As pessoas identificam-se, portanto, mais com as instituições europeias do que com os seus representantes nacionais (Mayer, Palmowski, 2004: 585)³⁹⁰.

[218]

Como consequência das diferenças assinadas no neofuncionalismo em relação ao funcionalismo, a respectiva legitimação vai ser também diversa. Assim, vimos que o funcionalismo faz apelo essencialmente a um tipo de legitimação tecnocrática, ao passo que o neofuncionalismo assenta mais numa legitimação procedimental. Quer isto dizer, que é a observância de exigências de transparência, de respeito pelos direitos, de participação e concertação de interesses, de proporcionalidade e de segurança jurídica que tornam adequada a decisão (Lord, Magnette, 2004: 187), obtendo assim – graças à intervenção das instituições supranacionais (Laursen, 2007: 12) – o assentimento dos destinatários.

Por outro lado, a mera existência de instituições supranacionais (que naturalmente procuram fortalecer o seu papel e legitimá-lo) faz com que se tornem destinatárias de reconhecimento. Está implícito na noção de reconhecimento que

³⁹⁰ A situação mantém-se na actualidade. Face à crise recente, os europeus, preocupados com a situação económica (77%), continuam a considerar benéfica a integração (53%) e a depositar maior confiança nas instituições europeias (42%) do que nos parlamentos (31%), ou nos governos (29%) nacionais. Reconhecem ser o nível europeu o mais capacitado para reagir à crise (28%) e defendem a convergência das políticas dos Estados no combate a esta (86%) – Cf. Relatório Eurobarómetro da Primavera 2010.

aqueles que se dirigem a uma entidade política, a considerem relevante – pelo menos a ponto de esta responder a necessidades suas. Portanto, se um dado grupo³⁹¹ reorienta as suas pretensões do nível nacional para o europeu, isso evidencia, só por si, uma relevância acrescida deste último nível. E esse redireccionamento não deve ser visto apenas como sinal de insatisfação ou frustração para com o nível nacional, mas também como indício de reforço da legitimidade no novo³⁹² nível³⁹³ (Fossum, 2001:10).

Assim sendo, as instituições supranacionais, que são fulcrais na lógica neofuncionalista ao forçarem redireccionarem as lealdades, supõem um tipo de legitimação que já não há-de ser meramente resultante da eficiência. Ora, se na visão inicial parecia que o processo apontava para uma legitimação resultante da pertença (no objectivo, mais ou menos longínquo, da criação de um Estado federal), a verdade é que as dificuldades sentidas ao longo das décadas tornaram eventualmente mais plausível uma legitimação mais abstracta, de natureza jurídica. A indefinição revela, em todo o caso, uma limitação importante do neofuncionalismo: no seu equilíbrio entre inovação e sentido prático, a doutrina permaneceu num plano descritivo, incapaz de oferecer critérios de evolução. E assim, ainda que o método supranacional facilite a adequação das expectativas e das atitudes (activando processos socioeconómicos nunca desencadeados antes por organizações internacionais convencionais) e que, neste sentido, a visão de Monnet tenha sido confirmada pelos factos (Haas, 1968: 527³⁹⁴), o caminho do neofuncionalismo permanece sem direcção definida.

³⁹¹ A partir dos anos oitenta, a doutrina neofuncionalista vai dirigir parte da sua atenção para os actores subnacionais e para o papel destes no processo de integração (Gehring, 1996: 233). O forte desenvolvimento das políticas estruturais, nesta altura, serviu também para valorizar o papel político desses actores, despoletando-se, portanto, diversas sinergias.

³⁹² Importa, assim, ter presente que a lógica neofuncionalista contempla a possibilidade da não absorção das comunidades, analisando a realidade numa perspectiva pluralista (Rosamond, 2005: 6).

³⁹³ Para os intergovernamentalistas, pelo contrário, todo o sistema internacional deve a sua lógica e as suas limitações à diversidade das dominantes domésticas, situações geohistóricas e objectivos externos das suas unidades (Hoffmann, 1966: 864). Nesta perspectiva, a lógica da integração é oposta – ou opõe-se – à lógica da diversidade.

³⁹⁴ É nestes precisos termos que Haas conclui *The Uniting of Europe* (1958).

Esta indefinição doutrinal (do neofuncionalismo) é também constatável no processo de construção europeia³⁹⁵ (que pretendia explicar), obrigando a doutrina a procurar respostas fora desse contexto.

Curiosamente, essa importante indefinição não impediu o processo de evoluir (e fê-lo amplamente nas duas vertentes: aprofundamento e alargamento), nem diminuiu a pertinência da questão. De facto, *apesar das questiúnculas, dos desacordos e dos acidentes de percurso, nós continuamos a voltar a Bruxelas para resolver os nossos problemas. Deve existir um empenho estranhamente profundo num qualquer tipo de UE* (Davies, 2008: 3), mesmo se o não soubemos ainda definir.

3.2.2.3.2 *Management*

Making sense of complexity leads us to either oversimplify in terms of some inherited nostrum or to give up entirely and retreat into «case studies» (Agnew, 2009: 205)

[219]

O *management* corresponde a uma perspetivação essencialmente tecnocrática do processo de integração. Nesse sentido, defende que este assenta e é desenvolvido por órgãos, compostos por personalidades cuja independência se justifica pela sua capacidade técnica.

Apesar de o ideal tecnocrático nunca ter conseguido uma aceitação relevante no seio das perspetivas políticas genéricas, o facto é que, no quadro específico da construção europeia, foi, quase sempre, considerado como uma opção imperfeita, mas

³⁹⁵ Usando a distinção de Norbert Elias, diríamos que o processo de construção europeia partiu de um base claramente objectiva (estruturando a interdependência dos Estados europeus através de convenções internacionais) mas aspirando a um carácter subjectivo (a criação progressiva de um sentimento de pertença) – cf. supra, notas 147 e 149. O carácter incremental iludiu, todavia, a necessidade de, em algum ponto, marcar essa alteração de natureza.

pragmática, que poderia inclusivamente marcar o início da construção de uma Europa³⁹⁶ federal (Cohen, 1998: 649).

As dificuldades pressentidas na criação de um sentimento comunitário capaz de apoiar o processo justificaram que se considerasse necessário um período inicial, no qual as vantagens do processo se tornassem evidentes, sedimentando esse sentimento.

Por isso, a concepção do processo de construção europeia como um empreendimento de natureza puramente tecnocrática é uma das mais correntes interpretações históricas (Crespy, 2008: 11).

[220]

O termo *management* resulta do facto de, hoje em dia, uma parte importante do processo de integração³⁹⁷ ser gerida (*managed*) por agentes autónomos (unidades burocráticas e actores sociais³⁹⁸), concentrados na definição de soluções para problemas que exigem um tratamento ao nível europeu (Areizla, 1995: 2). Estes agentes gozam de um elevado grau de discricionariedade, escapando a sua acção, em boa parte, à supervisão dos órgãos políticos e às determinações ou orientações prévias, já que, no âmbito decisório europeu³⁹⁹, o controlo hierárquico (quer das instituições europeias, quer das nacionais) é muito menos intenso⁴⁰⁰ do que noutros níveis políticos (Areizla, 1995: 6) – e, é sabido, a ausência ou diminuição da intervenção política conduz a um reforço da intervenção técnica (Cohen, 1998: 650).

³⁹⁶ As vantagens da gestão tecnocrática supranacional são, hoje em dia, assinaladas no plano internacional também, nomeadamente no âmbito das Nações Unidas (Schermers, 1997: 117).

³⁹⁷ O ímpeto tecnocrático atingiu mesmo o nível nacional, na década de oitenta (Centeno, 1993: 308).

³⁹⁸ A doutrina tende a conjugar todos estes actores sob a designação genérica de *policy-makers*, nela englobando, portanto, todos os grupos relativamente autónomos que intervêm no processo de decisão (Areizla, 1995: 6).

³⁹⁹ A questão tem sido também estudada em termos internacionais, fundamentalmente à luz da análise do processo de aculturação e socialização dos Estados, enquanto factor de afectação do comportamento destes, facto esse exterior aos tradicionais fenómenos de coerção e persuasão (Goodman, Jinks, 2005: 987).

⁴⁰⁰ O Conselho não é, como nos governos nacionais, um gabinete coeso, no qual os ministros são colectivamente responsáveis pelas decisões. E também não reporta a numa estrutura política parlamentar de controlo, articulada entre o apoio e a oposição. Nestas circunstâncias, torna-se muito difícil identificar uma dinâmica política interna que permita aferir se uma determinada posição era, ou não, contrariável e qual o espaço negocial de que a mesma beneficiava (Davies, 2009: 23).

Esta situação deve-se a diversas circunstâncias.

Desde logo, decorre das exigências técnicas⁴⁰¹ da maioria das decisões, as quais conjugam a intervenção de agentes especialmente capacitados⁴⁰², os quais tendem a ser objecto de controlos vagos⁴⁰³ e cuja capacidade técnica surge, com frequência, como legitimadora das suas decisões (Areizla, 1995: 9). Esta é, aliás, uma situação muito comum nas organizações internacionais (Cohen, 1998: 651).

Por outro lado, as novas tendências reguladoras surgidas nos anos oitenta, enfraqueceram também a intervenção pública propriamente dita, multiplicando os órgãos autónomos não representativos⁴⁰⁴ (bancos centrais, órgãos reguladores independentes, agências autónomas, etc.), e os mecanismos de consulta – que institucionalizaram a participação de inúmeros grupos de pressão representados em Bruxelas (Areizla, 1995: 6; Joerges, Schepel, Vos, 1999: 25).

Deve ter-se ainda em conta o facto de a intervenção económica ser dominante no processo de construção europeia. Ora – para além do facto de haver uma afinidade natural entre o capitalismo de mercado e a tecnocracia (Centeno, 1993: 311) – a regulação económica tem frequentemente limitações orçamentais pouco significativas (ao contrário do que acontece noutros âmbitos sociais, como sejam a saúde ou a educação), uma vez que os custos são tendencialmente suportados pelos destinatários das decisões. Este facto contribuiu também para libertar o processo de decisão dos tradicionais controlos públicos (Areizla, 1995: 6).

⁴⁰¹ Importa, no entanto, ter presente que o papel de peritos apenas se torna tecnocrático quando surge nos mais altos níveis de responsabilidade das estruturas públicas ou privadas (Centeno, 1993: 310).

⁴⁰² A legitimidade democrática de órgãos desta natureza decorre da sua capacidade de criar e manter a convicção nas pessoas de que são os mais apropriados para o desempenho das respectivas funções (Amentbrink, 2008: 27).

⁴⁰³ A crise financeira sentida recentemente demonstrou, todavia, os riscos da confiança excessiva nas autoridades técnicas (Davies, 2009: 26).

⁴⁰⁴ A noção de tecnocracia tende a referir-se à administração técnica das coisas – por oposição à função política que supõe a representação de interesses (Centeno, 1993: 310) – sendo definível como *um domínio político e administrativo de uma sociedade por uma elite estadual e instituições que lhe são próximas, que procura impor um paradigma político exclusivamente baseado na aplicação de técnicas racionais* (ibidem: 314).

Finalmente, devem referir-se as dificuldades próprias da Comissão Europeia (com lideranças relativamente fracas e apoios políticos difusos) que impediram esta de impor uma racionalidade assente em opções políticas genéricas (controladas e legitimadas⁴⁰⁵ pelo PE), enquadradoras da acção dos seus membros e agentes.

O resultado de todo este circunstancialismo tem sido um exercício dos poderes supranacionais muito fragmentado por departamentos e serviços que só pontualmente se articulam em termos hierárquicos (Areizla, 1995: 7). Mesmo quando as decisões passam pela intervenção de representantes nacionais (p. ex. nos comités, no COREPER ou até mesmo no Conselho), os participantes tendem a assumir algum grau de pertença, o qual gera expectativas de obtenção de resultados e a obediência a determinadas práticas que minimizam ou esvaziam os conflitos (Areizla, 1995: 5, 8). E o principal peso negocial recai essencialmente nas dezenas de comités cujos representantes nacionais muito raramente são objecto de coordenação. Para além disso, estes frequentemente procuram alargar a sua influência interna através das medidas lançadas ao nível europeu, vindo este nível, por isso, a merecer destes uma atitude construtiva, quando não mesmo complacente (Areizla, 1995: 8).

Esta situação não foi, todavia, planeada, nem sequer antecipada. Trata-se de uma processo que genericamente resulta da internacionalização das questões (imposta pela globalização), processo esse que, no âmbito europeu, é muito mais evidente, porque o nível de abertura do processo decisório é também muito maior⁴⁰⁶.

Ao longo dos anos, os Estados-membros foram-se apercebendo progressivamente da relevância das decisões comunitárias, procurando reforçar a sua participação – o que se tornou evidente, em especial, aquando da negociação do TUE

⁴⁰⁵ A fragilidade deste controlo (e da conseqüente legitimação política) tornou a Comissão num sinónimo de governo tecnocrático (Amténbrink, 2008: 12), com um grau de independência manifestamente excessivo para um órgão político. O pendó tecnocrático era, todavia, uma característica defendida pelo próprio Monnet (Soares, 2004: 20).

⁴⁰⁶ Exactamente por isso, a experiência europeia (em especial no que toca ao estabelecimento das liberdades económicas fundamentais entre um grupo de Estados soberanos) é muito relevante em qualquer discussão sobre a globalização da economia e o seu governo (Padoa-Schioppa, 2003: 9).

(Keohane, Hoffmann, 1993: 387⁴⁰⁷). No entanto, tal como a doutrina vem salientando, a participação nos diferentes processos decisórios (internacionais) tem um impacto directo nas identidades, as quais vão influenciar a definição dos interesses e o comportamento subsequente dos seus membros (Shaw, 1999: 6). O que quer dizer que mesmo os representantes nacionais, agindo nessa qualidade, tenderão a deixar-se influenciar pelas lógicas de eficiência técnica, limitando consideravelmente os esforços desenvolvidos pelos Estados no sentido de atacar o fenómeno.

[221]

Neste enquadramento, o Estado deixa de ser a realidade política que inspira e explica o processo de construção europeia (Areizla, 1995: 2). Mesmo no âmbito universal, existem numerosos grupos técnicos que desenvolvem funções em organizações internacionais que, no geral, são escolhidos em razão da sua competência e que têm margens muito apreciáveis de manobra na sua acção, correspondendo, portanto, a processos decisórios tecnocráticos. A apreciação política das questões não desapareceu, mas verifica-se uma tentativa consciente de, tanto quanto possível, apresentar as políticas e as decisões em termos quantificados, científicos e objectivos⁴⁰⁸ (Davies, 2009: 26).

Até mesmo no âmbito de instâncias europeias puramente intergovernamentais se evoluiu de meras negociações (*bargaining*) para mecanismos mais elaborados (jogos complexos, muito distintos das tradicionais negociações internacionais), que se mostraram muito influenciados por órgãos especializados – como o Secretário-geral e o Secretariado-Geral (Allerkamp, 2009: 3).

Além disso, o grau de participação dos membros dos grupos de trabalho é muito variável, dependendo, não apenas de competências pessoais destes, mas também do acesso e da capacidade de tratamento da informação. Isso facilita a intervenção de

⁴⁰⁷ Tal como estes autores salientam, os conflitos intensos havidos, na altura, sobre o processo de decisão, não revelavam propriamente uma crise no processo de integração. Pelo contrário, porque as regras se mostravam importantes, a negociação tornou-se naturalmente mais intensa.

⁴⁰⁸ A questão foi bem enquadrada por Max Weber quando salientou que, embora a escolha dos meios possa justificar-se em termos racionais, a definição de valores, objectivos e necessidades envolve necessariamente critérios subjectivos (Centeno, 1993: 311).

instâncias moderadoras técnicas e valoriza os papéis de mediação, nomeadamente na preparação das propostas, na redacção dos relatórios, etc.

Assim, a integração europeia dependeu em grande parte de uma ascendência institucional tecnocrática cujas bases de legitimação foram uma combinação de capacidade técnica⁴⁰⁹ apolítica, o acompanhamento ministerial e o respeito (judicialmente assegurado) dos agentes administrativos (Lindset, 2003: 364).

[222]

Este quadro conduziu alguma doutrina a defender que a análise numa perspectiva de gestão seja aquela que melhor pode explicar o fenómeno da construção europeia. Essa análise evidencia uma racionalidade instrumental (na medida em que o processo de construção europeia surge como um instrumento⁴¹⁰, através do qual os diferentes actores sociais encontram⁴¹¹ soluções para os seus problemas, que não obtinham ao nível nacional), uma legitimação tecnocrática assente na eficiência⁴¹² (já que é a capacidade de construir soluções que maximizem o bem-estar que alimenta o processo e simultaneamente constitui medida do seu desenvolvimento – Areizla, 1999: 11; Lord, Magnette, 2004: 186) e a criação de uma comunidade de interesses (já que o processo se mantém num plano puramente utilitário, sem qualquer referência axiológica ou normativa).

⁴⁰⁹ As principais justificações para soluções tecnocráticas são a complexidade das tarefas, a aposta na eficiência, a independência e a estabilidade institucional (Centeno, 1993: 316).

⁴¹⁰ Tal como ensinava Paul Reuter, a lógica técnica – ou tecnocrática – distingue-se aliás da lógica política, na medida em que esta se refere aos fins enquanto aquela se refere aos meios (Cohen, 1998: 650).

⁴¹¹ Toda a legitimidade tecnocrática assenta em três pressupostos essenciais: a capacidade dos órgãos de poderem identificar correcta e atempadamente as necessidades das populações, a capacidade de resposta a essas necessidades e a sua competência técnica (Lord, Magnette, 2004: 186). É aqui que encontramos a principal diferença entre o *management* e o neofuncionalismo. Enquanto aquele assenta na capacidade de interpretação técnica das necessidades pelos corpos tecnocráticos, neste os actores buscam eles próprios a realização dos seus interesses – os quais se fundam em valores que, por sua vez incluem elementos não materiais (Rosamond, 2005: 7).

⁴¹² O capitalismo justifica-se ou legitima-se em boa parte por referência à eficiência dos seus mecanismos (Centeno, 1993: 311) e à implícita rejeição da política por ineficiente e tendencialmente corrupta (ibidem: 313).

[223]

Devem, no entanto, deixar-se expressas algumas referências críticas à análise tecnocrática.

A primeira delas será de que o carácter alegadamente técnico das questões serve apenas, em muitos casos, para mascarar ou justificar as preferências das elites dominantes. Nesse sentido, *a UE tem sido um lugar para onde fogem os ministros para escapar aos seus parlamentos ou exposição pública. No Conselho é-lhes possível construir acordos num ambiente confortavelmente privado, os quais serão depois transpostos para o direito interno através de actos que nunca poderiam ter adoptado sob o escrutínio nacional* (Davies, 2009: 23).

A construção europeia assente em modelos económicos liberais (vocacionados para a eficiência), veio, por isso, de certa forma, a autorizar (através de órgãos políticos democráticos) importantes limites ao controlo democrático da vida económica. E fez surgir o risco de a abordagem económica ser elevada a uma convicção política, sem controlo político (Harlow, 2000 : 16; Centeno, 1993: 308); ou, ou pior ainda : a uma convicção política da desnecessidade ou inconveniência mesmo do controlo político⁴¹³.

E, embora o quadro comunitário tenha evoluído consideravelmente em termos de legitimação democrática (fundamentalmente por força do alargamento de poderes do PE, mas não só), a verdade é que a lógica do *management* e da legitimação tecnocrática que o fundamentam permanece em importantes áreas da acção europeia, como sejam da política monetária e do funcionamento do BCE (Lord, Magnette, 2004: 190).

[224]

A perspectiva tecnocrática não deixa de ser uma variante contemporânea de princípios aristocráticos, introduzindo, assim, o risco próprio do *ancien regime*: as elites europeias facilmente criam expectativas que não conseguem (e eventualmente

⁴¹³ Uma das ambições típicas da tecnocracia é exactamente a de controlar a corrupção das hierarquias políticas dominantes, substituindo-as por modernas elites, animadas de uma lógica de eficiências administrativa (Centeno, 1993: 308).

nem querem) realizar (Müller, 2007: 21). As dificuldades sentidas nos processos de ratificação nacional dos tratados de revisão são disso bons e continuados exemplos.

3.3 Regulação da tensão

A civic conception of freedom does not render disagreement unnecessary. It offers a way of conducting political argument, not transcending it (Sandel, 1996: 320)

[225]

Os modelos que procuram regular a tensão entre unidade e diversidade reintroduzem um tratamento plenamente jurídico, na abordagem da questão. Essa regulação implica a introdução de critérios (quantitativos ou qualitativos) capazes de informar soluções segundo princípios imperativos de dever-ser social.

Ao retomarmos, assim, o plano propriamente jurídico, ultrapassamos as debilidades próprias das abordagens internacionais⁴¹⁴ e, em especial, o seu carácter tendencialmente descritivo.

Recuemos, por isso, à essência da questão.

Há tensão porque há diferentes grupos – e portanto, diferentes culturas – que pretendem conviver juntos, o que implica conciliar um sem número de pretensões identitárias diferenciadoras com um sentido colectivo de comunidade e de identidade (Fossum, 2001: 3). E os diferentes grupos manifestam-se tipicamente através de uma ordem jurídica própria, pelo que a tensão entre unidade e diversidade se manifesta em termos de pluralismo jurídico: diferentes ordens jurídicas coexistem⁴¹⁵ no mesmo espaço geográfico (Avbelj, 2006: 378; Berman, 2007: 1160; Michaels, 2009: 3).

⁴¹⁴ O estudo da integração regional, nos anos cinquenta e sessenta, não apenas foi conduzido essencialmente na perspectiva da ciência política, como surpreendentemente prestou muito pouca atenção às instituições supranacionais de natureza jurídica (Burley, Mattli, 1993: 42), com uma única excepção assinalável, num trabalho de Stuart Scheingold (*The Rule of Law in European Integration*, 1965, Yale Univ. Press).

⁴¹⁵ Noutra perspectiva, mas no mesmo sentido, Anne-Marie Burley e Walter Mattli falavam de integração jurídica, como sendo a penetração gradual do direito comunitário nas ordens jurídicas dos Estados-membros (Burley, Mattli, 1993: 43).

[226]

O pluralismo é uma circunstância detectável desde o âmbito universal (*maxime* por força da globalização) ao âmbito nacional (quando se detectam comunidades capazes que se auto-regulem ao arripio do poder legislativo estadual). No âmbito europeu, a situação é, todavia, consideravelmente mais complexa, já que, sem que se tenha evoluído para uma situação federal (que restabeleceria uma situação de relativa hierarquização das ordens jurídicas), uma ordem jurídica autónoma convive – em termos não completamente esclarecidos⁴¹⁶ – com as ordens jurídicas dos Estados-membros.

Na verdade, apesar de evidenciar algumas características estaduais, a UE nunca se assumiu ou aspirou a tornar-se um Estado⁴¹⁷. Simultaneamente, os seus Estados-membros nunca decidiram qual o sentido da evolução, mantendo uma indefinição híbrida (Bellamy, Warleigh, 1998: 449). Esta indefinição fez permanecer um quadro institucional que não reflecte as convicções e culturas democráticas que informam os órgãos de poder nacionais (Harlow, 2000: 14), o que agrava a angústia decorrente da indefinição sobre o futuro que queremos construir.

[227]

Não tendo sido possível ultrapassar a questão por referência a algum dos modelos clássicos do direito internacional, o caminho foi sendo seguido como se as questões não existissem: foi o quadro que tratamos anteriormente, da minimização da tensão. Tal como referimos nessa altura, a necessidade de perspectivar o poder político em níveis extra-estaduais (por força, i. a., do fenómeno da interdependência) abriu espaço às posições doutrinárias que desvalorizavam os interesses e as estratégias

⁴¹⁶ A especificidade europeia está bem clara no trecho seguinte: *a UE possui um tratado fundador e uma ordem jurídica autónoma, que tem primazia sobre a dos Estados-membros, mas não tem uma constituição. Adota diplomas que se impõem aos governos, mas depende destes (e das autoridades subnacionais) para a implementação das suas decisões. Ao subscreverem o Tratado de Roma, os Estados-membros alteram significativamente – através de um acto próprio – a sua capacidade decisória em matéria política, sem que todavia exista um governo europeu identificável como beneficiário dessas transferências de poder soberano* (Bellamy, Warleigh, 1998: 449).

⁴¹⁷ Não obstante, a ideia de evoluir para uma federação permaneceu como o objectivo central das posições mais favoráveis ao processo de construção europeia (Monnet, 1976: 396, 429; Bellamy, Warleigh, 1998: 447).

políticas e orientavam a sua atenção para uma análise sistémica do processo de integração (*maxime* o funcionalismo). Libertadas das exigências axiológicas e normativas tradicionais, estas doutrinas puderam avançar rapidamente com explicações capazes de reenquadrarem os fenómenos de policentrismo, fragmentação e multiplicação dos agentes que questionavam as concepções tradicionais.

No entanto, as questões de legitimidade do poder não se contentaram com a perspectiva instrumental e o critério de eficiência. E, por isso, não desapareceram, impondo, assim – mais cedo ou mais tarde –, análises que enquadrassem essa preocupação essencial (Bellamy, Castiglione, 2000: 2), em termos de dever-ser. Esse enquadramento faz-se por via da criteriação ou da regulação da tensão.

Assim, a eficiência funcional e os interesses (essencialmente económicos) foram sendo sentidos, cada vez mais, como elementos incapazes de inspirarem e adequarem o processo. Isso fez surgir o conceito de exigência de criteriação (*normative turn*): o processo de integração depende também de ideias e percepções gerais, o que implica retomar esforços de criteriação (Bellamy, Castiglione, 2000: 1) – ou (numa formulação mais elaborada), definir critérios substantivos de legitimação política (Føllesdal, 2004: 3), o que introduz o plano constitucional (Linseth, 2003: 367).

Numa concretização feliz Garreth Davies explica: *nós queremos crescimento, ambiente saudável, paz social e serviços públicos de qualidade e os técnicos arranjam maneira de se obter tudo isso. Mas os meios não são separáveis dos fins. Todas as opções têm custos e a ponderação entre os objectivos e os custos é uma decisão*⁴¹⁸ *que cabe às pessoas* (Davies, 2008: 5).

Está, portanto, levantada a questão da legitimidade política, que impõe uma fundamentação que ultrapasse os critérios utilitários. Ela exige argumentos e

⁴¹⁸ É certo que, embora a possibilidade de escolher seja enriquecedora, em muitas situações, decidir é um fardo, do qual as pessoas gostariam de se ver aliviadas (Davies, 2008: 11).

justificações⁴¹⁹ relativamente à orientação definida e aos métodos propostos (Bellamy, Castiglione, 2000: 2).

O controlo humano da vida social (ou, pelo menos, a sua intervenção) decorre da ruptura cultural original. A construção de comunidades supõe decisões que vão nesse sentido. O inverso (aceitar o funcionamento acrítico⁴²⁰ de qualquer modelo) seria um retorno a uma qualquer ordem pré determinada.

3.3.1 A regulação formal ou quantitativa: hierarquização

The European Union is simultaneously both 'near-state' and antithetical to stateness (Shaw, 1999: 1)

[228]

A forma mais simples de resolução das tensões sociais é a da determinação do ímpeto prevalente. A História mostrou todavia como, essa saída, só aparentemente constitui uma solução. Denis de Rougemont assinalava-o expressamente ao referir que *quando na Europa uma das realidades antagonistas – a liberdade ou a autoridade, a autonomia local ou a centralização, a inovação ou a tradição, o individualismo ou a disciplina social, etc. – se pretende impor sozinha, destruindo a outra, em nome de uma ordem simplificadora ou de uma doutrina pretensamente total e unitária, resultam guerras, revoluções, massacres, explosões de anarquia seguidas de ditaduras* (Rougemont, 1962: 34).

A abordagem maniqueísta das tensões tende, na verdade, a revelar-se problemática no seu excesso de simplificação.

⁴¹⁹ Alguma doutrina acrescenta a dúvida sobre a eventual exigência de uma identidade (Delmotte, 2005: 400; Huber, 2005: 287). A questão será tratada no quadro da constitucionalização (3.3.1.1, p. 215 ss.).

⁴²⁰ A tendência em aceitar o funcionamento acrítico da sociedade internacional (que se chega a manifestar através da negação da sua existência) decorre também de uma assumpção comum, no sentido de que tudo aquilo que ocorre nesse plano resulta de um jogo de forças impessoal, alheio – ou, pelo menos, distante – de preocupações de legitimidade e justiça (Philpott, 2001: 6).

Por outro lado, a ignorância ou minimização das tensões, podendo justificar-se em períodos iniciais dos processos (até porque força uma constante reponderação das questões que pode ajudar a melhor caracterizá-las), tenderá a mantê-las, impedindo-os de evoluir.

Daí que, qualquer esforço no sentido enquadrar as tensões, se tenha de fazer regulando os termos da adequação mútua dessas mesmas tensões. A mais simples das regras – e, nesse sentido, aquela para a qual se tende instintivamente – será a da mera determinação hierárquica, ou seja, a definição do ímpeto prevalente, em caso de conflito insanável.

Esta determinação hierárquica distingue-se da imposição unilateral referida por de Rougemont (porque não implica a destruição da posição inversa – mas apenas a determinação da prevalente, em caso de conflito – porque a determinação da posição prevalente se faz por referência a um critério de dever ser e ainda porque, esse critério, pode contemplar excepções, mais ou menos amplas). Em todo o caso, permanece não apenas a proximidade das posições, como ainda o risco de esta (da determinação hierárquica) evoluir num sentido de aproximação daquela.

[229]

Se orientarmos a nossa análise para a tensão específica entre unidade e diversidade, recordamos que, nela, o problema central é o pluralismo jurídico.

Na verdade, tal como referimos algumas páginas atrás [225], há tensão entre unidade e diversidade porque diferentes grupos pretendem conviver juntos, o que impõe a conciliação de pretensões identitárias diferenciadoras com um sentido colectivo de comunidade e de identidade (Fossum, 2001: 3). Por outro lado, esses diferentes grupos manifestam-se através de ordens jurídicas próprias, pelo que a tensão entre unidade e diversidade se manifesta em termos de pluralismo jurídico: diferentes ordens jurídicas coexistem no mesmo espaço geográfico (Avbelj, 2006: 378; Berman, 2007: 1160; Michaels, 2009: 3).

A abordagem tradicional do pluralismo evidencia um grau de abertura nulo, forçando – tal como tivemos oportunidade de ver anteriormente – a hierarquização total. A tendência é aliás normal: toda a análise padece de uma predisposição para a conceptualização hierárquica das relações entre diferentes ordens (Shaw, Wiener, 1999: 15; Avbelj, 2007: 6), esforçando-se por eliminar qualquer carácter híbrido,

imaginando que os conflitos podem e devem ser objecto de uma única autoridade com poder normativo (Berman, 2007: 1159).

No entanto, com o tempo, o pluralismo jurídico vem merecendo abordagens mais matizadas, num esforço de abertura que se vem afirmando na doutrina.

[230]

De seguida, abordaremos as soluções do tipo hierárquico, ou seja, aquelas que procuram determinar critérios de prevalência (muito embora possam, tal como referimos atrás, acomodar diferenças através da complexificação dos mesmos critérios). Distinguiremos aquelas que procuram avançar *a priori* com esses critérios jurídicos – e que identificamos como as abordagens constitucionais –, das que deixam a determinação concreta desses critérios para a apreciação concreta das situações (*a posteriori*, portanto) em sede judicial.

[231]

A evolução de ambas as abordagens reflecte uma evolução pouco referida na doutrina, mas muito significativa – e que, por isso, adiantamos desde já.

Todo o esforço de regulação da tensão procura responder à necessidade de alteração da lógica integrativa.

A lógica puramente instrumental vem sendo sentida como insuficiente, pelo menos desde o TUE.

É certo que a Europa convive, de facto, com uma necessidade de legitimação mais fraca, face ao amplo consenso sobre a bondade do projecto, face ao carácter mais restrito dos âmbitos espacial e sectorial e ainda, face à natureza supostamente mais técnica das matérias. Isso fez com que o registo de legitimação evoluísse gradualmente, tornando-se a legitimidade da UE cada vez mais uma preocupação central das instituições (Bazantay, 2009: 1). Tais circunstância mais não fizeram, no entanto, do que atenuar ou atrasar a constatação da insuficiência da lógica instrumental inicial.

Ora, de alguma forma se tinha assumido que a lógica integrativa para a qual se evoluiria necessariamente na UE seria a lógica contextual (cf. supra [127], Figura 6, p. 122) – quanto mais não fosse, em razão do hábito intelectual de aproximar ou comparar permanentemente o funcionamento de comunidades ao modelo estadual. Assim, tanto mais a UE pretendesse ir além de uma mera organização internacional (que adequava os interesses dos seus Estados-membros), mais teria de se parecer com

um Estado⁴²¹. E, para que isso acontecesse, a par do desenvolvimento institucional, um sentimento de pertença teria de surgir e afirmar-se entre os europeus, em volta dos valores civilizacionais que animaram o próprio processo.

O processo não evoluiu, todavia, nesse sentido. Parece claro que não se trata – nem hoje nem no futuro – de encontrar valores que constituam o maior denominador comum e de construir (ou deixar que se construa), em volta deles, uma comunidade. Pelo contrário, a realidade mostrou que a evolução – qualquer evolução, diríamos – se fará no sentido de uma lógica comunicativa, apontando para a construção de uma comunidade de direitos.

De facto, a lógica contextual não deixa de supor um processo orientado para a uniformização: a determinação de valores comuns identificaria a comunidade com a sua essência axiológica, a qual naturalmente se imporá às comunidades nacionais e subnacionais, numa lógica hierárquica pura. Só a lógica comunicativa, orientada para a criação de uma comunidade de direitos, pode contemplar (no âmbito desses direitos) a necessária diferenciação das comunidades dentro da comunidade.

Neste enquadramento, torna-se particularmente relevante a política de reconhecimento (cf. supra, [122], especialmente a Figura 5, p. 120). Assim, mesmo dentro da lógica comunicativa, pode ser definida uma política de reconhecimento orientada para a igual dignidade (das comunidades nacionais e subnacionais), ou orientada para a diferenciação.

Esta alternativa serve bem para evidenciar a diferença entre aquilo que designamos por regulação formal ou quantitativa da tensão (cujos modelos – que trataremos de seguida 3.3.1.1 e 3.3.1.2 – assentam numa política de reconhecimento visando a igual dignidade das partes) e a regulação material ou qualitativa (cujos modelos – 3.3.2.1 a 3.3.2.3 – visam a garantia da diferenciação).

Os mecanismos de regulação quantitativa que trataremos a seguir assumem como primeira consequência do princípio da legalidade, a igualdade perante a lei

⁴²¹ Nesse sentido, a metáfora da constitucionalização dos tratados corresponde, só por si, a uma referência legitimadora (Armstrong, 1998: 160), de natureza presumivelmente contextual, já que as ordens jurídicas se edificam nas comunidades, identificando-as.

(Harlow, 2000: 17), e será sobre esse princípio que procurarão regular a tensão entre unidade e diversidade (numa base equitativa, portanto). Será a garantia de direitos a funcionar como motor de integração e fundamento da legitimidade⁴²².

3.3.1.1 *A priori*: constitucionalização

Just as the Ten Commandments, or perhaps even the Twelve Tables, provided the basis on which social order is built and all other actions or rules could be judged, so too, the creation of an equivalent set of basic norms permits assertion of a tremendous power to impose a normative governance structure on everyone subject to basic norms (Backer, 1998: 1343)

[232]

A construção europeia resulta juridicamente de tratados internacionais. Este enquadramento clássico – a que já nos referimos anteriormente⁴²³ – não impediu que, relativamente cedo, a doutrina fizesse incidir sobre o processo uma análise constitucional. Mais ainda: essa análise parece ser dominante, desde os anos noventa⁴²⁴ (Maduro, 2006: 7; Avbelj, 2008: 1).

⁴²² A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (cf respectivo Preâmbulo) parece ir nesse sentido: a legitimidade assenta em valores universais, e já não na definição de uma identidade cultural europeia. A Carta visa explicitamente proteger a dignidade (cap. I), garantindo as liberdades fundamentais, assegurando a igualdade e a solidariedade. Embora o preâmbulo refira o respeito pelas identidades nacionais, o articulado nunca consubstancia esse propósito, referindo-se o art. 22.º ao respeito pela diversidade cultural, religiosa e linguística, mas que parece que tal respeito deve ser lido em termos de não discriminação – art. 21.º (Fossum, 2001:18). Apesar do carácter não vinculativo inicialmente acordado, os termos da sua elaboração e redacção final indicam uma intenção diversa. As instituições supranacionais (Comissão, PE e Tribunal) declararam agir como se fosse vinculativa e a jurisprudência parece tender a integrá-la nas tradições constitucionais dos Estados-membros e nos princípios gerais de direito europeu.

⁴²³ Referimo-nos supra [144] às posições doutrinárias que pretendem enquadrar o processo de integração num quadro tradicional da cooperação, ou seja, como um mero resultado de tratados internacionais. Esta é, digamos, a posição inversa do constitucionalismo. Numa fórmula mais elaborada, alguns autores preferem distinguir entre paradigmas – internacional e constitucional – hermenêuticos do direito europeu (Maduro, 2006: 8).

⁴²⁴ O fenómeno da constitucionalização dos tratados pelo Tribunal de Justiça remonta aos anos sessenta (Armstrong, 1998: 161; Avbelj, 2008: 3), como vemos a seguir, com um pouco mais de detalhe – [239], p. 227. No entanto, essa não era a perspectiva doutrinal dominante (Eleftheriadis, 2004: 4). Estava-se, então, na época do chamado consentimento tácito, durante o qual o processo de

Vamos, por isso, começar por enquadrar a análise constitucional [234]-[237], para depois tentarmos perceber como ela surge e se enquadra no âmbito do processo de construção europeia [238]-[244] e só depois avançaremos então sobre a caracterização dessa abordagem e das suas variantes [245]-[254].

[233]

Uma constituição é um documento jurídico basilar de uma ordem jurídica, através do qual uma comunidade se afirma e se organiza politicamente⁴²⁵.

Parece haver neste conceito uma incontornável remissão legitimadora para a comunidade nacional⁴²⁶ que revela uma evidente marca de soberania⁴²⁷.

Tal como vimos antes, a comunidade dominante é, na cultura política corrente, a nação⁴²⁸, a qual, por isso, aspira à qualidade estadual soberana⁴²⁹.

construção europeia era uma questão tratada apenas pelas elites, que confiavam num público dócil para apoiar as suas decisões (Harlow, 2000: 4). Depois, nos anos noventa – e até muito recentemente –, a análise constitucional enquadrava fundamentalmente o fenómeno da harmonização (Avbelij, Komarék, 2008: 326), vindo só recentemente a integrar níveis de pluralismo.

⁴²⁵ A partir desta noção básica podemos bastar-nos com um conceito descritivo (segundo o qual a constituição enunciará apenas um conjunto de regras de organização), ou evoluir para um conceito normativo, o qual implica outras exigências, nomeadamente limitação e separação dos poderes e delimitação das esferas pública e privada, com particular incidência nos direitos fundamentais (Cottier, Hertig, 2003: 279). Este conceito normativo refere-se àquilo que alguma doutrina identifica como uma fonte de moralidade política: a sua disciplina torna o exercício do poder impessoal, confere direitos e expressa ambições jurídicas (Müller, 2007: 2).

⁴²⁶ O enquadramento e o legado estadualista das constituições pode ser apontado como uma limitação do constitucionalismo (Walker, 2002: 5). Não obstante, há na actualidade quem entenda que o quadro nacional não seja sequer o ponto de partida ideal para se analisarem as funções de uma constituição política (Craig, 2001: 126). A definição tradicional de Kant permitia já um enquadramento não necessariamente estadual, quando definia o direito público como *um sistema de regras de um povo, ou seja, uma conjunto de seres humanos ou um conjunto de povos, os quais, porque se afectam mutuamente, carecem de uma ordenação justa que os una, uma constituição* (constituição), *para que possam gozar os seus direitos* (Kant, 1996: 89). Esta visão começa a ter hoje em dia ecos importantes na doutrina (Canotilho, 2003: 1369).

⁴²⁷ Isto porque a constituição é a afirmação suprema do poder primeiro de um povo sobre si mesmo, enquanto comunidade (Rubio-Llorente, 1998: 13), verdadeira lei acima da lei que, não obstante, está presente no sistema legal (Allott, 1999: 35). Esse carácter meta jurídico advém-lhe fundamentalmente da consagração de direitos fundamentais enquanto bases fundamentais de apreciação moral e política numa comunidade (Perry, 2010: 161).

⁴²⁸ Deve-se fundamentalmente a Max Weber (na obra *Economia e Sociedade*, de 1922) a distinção entre Estado e Nação, sendo que àquele corresponderá a estrutura política e organizacional, ao passo que esta se refere à comunidade histórico-cultural (Fossum, 2001: 4). A utilização do termo Estado-nação – e a carga semântica que essa conjugação implica – é todavia anterior. Assim, já Hegel na sua obra *Filosofia do Direito*, de 1821, referia que *o Estado-nação reporta à sua racionalidade substantiva e à sua actualidade imediata e constitui, portanto, o poder absoluto na terra* (Franck,

A constituição é, na sua essência, a manifestação primeira⁴³⁰ da ordenação jurídica (tão inicial, que é constitutiva da comunidade). Para além disso, essa primazia, menos do que cronológica⁴³¹, é hierárquica: a vontade constituinte não deriva de qualquer outra, nem parece estar sujeita a quaisquer constrangimentos ou limitações (Hartley, 2002: 4)⁴³².

Este enquadramento (tradicional) do constitucionalismo⁴³³ não parece permitir perceber como é que a análise constitucional pode explicar o processo de construção europeia.

[234]

A questão conduz-nos, aliás, a outro problema: é que, tal como a doutrina frequentemente assume⁴³⁴ ou afirma (Cottier, Hertig, 2003: 276), toda a análise constitucional parece estar votada a um processo de edificação estadual⁴³⁵ (Avbelj, 2008: 8).

1996b: 362). É a substituição de uma concepção de poder de inspiração divina por um nova ideia, assente em Estados-nação que passam a ser os únicos sujeitos da História (Ratzinger, 2007: 21), ou seja, que assumem uma natureza quase divina, na sua onipotência (Nguyen Quoc, Dailler, Pellet, 1999: 420).

⁴²⁹ Isto porque a constituição *constitui* o Estado, estabelecendo-o como entidade jurídica (Rubio-Llorente, 1998: 13) e estruturando a sua ordem jurídica (Eleftheriadis, 2010: 2). Esta função estruturante não é todavia exclusiva dos textos constitucionais, havendo diferentes ramos jurídicos que surgem, desenvolvem-se e são estruturados sem referências constitucionais – como são os casos do direito romano e do direito comercial internacional –, o que não deixa de afectar significativamente a sua lógica interna (ibidem).

⁴³⁰ Numa perspectiva mais britânica, a constituição referir-se-á às estruturas e mecanismos através dos quais as constituições reais se formam e identificam (Walker, 2002: 4), distinguindo portanto a formação da afirmação.

⁴³¹ Alguma doutrina esforça-se mesmo por afirmar essa relação cronológica, recusando que o Estado possa existir anteriormente à constituição (Häberle, 2000: 87).

⁴³² De facto, aparentemente, desde a Reforma e a Paz de Westphalia, nada existe acima dos Estados. O mundo ficou dividido em Estado soberanos, criando-se uma sociedade de Estados (Bartelson, 1996: 187), devendo esta organização corresponder a uma nação.

⁴³³ O constitucionalismo moderno surge nos finais do século XVIII, com as constituições americana e francesa, afirmando-se ao longo do século XIX. Não obstante, os textos constitucionais em vigor nos Estados-membros datam todos – com a excepção britânica óbvia – do século XX e a maioria deles do pós-guerra (Rubio-Llorente, 1998: 4).

⁴³⁴ A ideia é recorrente porque uma das ideias fortes da integração é a de que esta traduz um processo de unificação política (Lindberg, 1963: 108).

⁴³⁵ Schuman negava-o expressamente: *não se trata de fundir Estados, de criar um super-Estado* (Schuman, 1963: 24). A doutrina tende também a recusar esta tendência – até por reconhecer que esse objectivo é expressamente contrariado pela imensa maioria dos responsáveis europeus

De facto, tal como veremos adiante [241], a justificação essencial da análise constitucional é a constatação de evidentes marcas constitucionais na ordem jurídica europeia. Tais marcas não implicam (pelo menos necessariamente) o referido processo de edificação estadual. No entanto, porque – como acabamos de ver – o constitucionalismo⁴³⁶ tende a ser visto como uma característica de afirmação nacional – uma sombra estadual (Walker, 2006: 1) –, a identificação é dificilmente evitável. E nesse sentido, o estudo do processo de construção europeia dá origem a um constante retomar do conceito de estadualidade, quer numa perspectiva negativa – de resistência a essa tendência –, quer positiva – de acolhimento do padrão⁴³⁷ estadual (Shaw, Wiener, 1999: 2).

Não é esse, todavia, o caminho a nossa exposição. Pelo contrário, julgamos que apenas será possível perceber o constitucionalismo (e o facto de este se ter tornado na abordagem doutrinal dominante do processo de construção europeia) se nele virmos algo mais do que uma mera cobertura teórica para uma dinâmica de criação de um Estado⁴³⁸ europeu. Ao invés disso, parece ser cada vez mais pacífica a ideia de que o

(Amtenbrink, 2008: 10). Uma parte da doutrina insiste, não propriamente na edificação de um super-Estado, mas antes num (qualquer tipo de) processo de federalização, traduzido na transferência de competências soberanas para o nível europeu (Moravcsik, 2005: 350).

Nos antípodas da perspectiva estadualizante (resultante da análise constitucional), encontramos os autores que entendem existe desde sempre uma constituição no meio internacional (Philpott, 2001: 11 ss) – considerando, assim, o modelo constitucional adequado à análise do próprio meio internacional (Segura-Serrano, 2009: 14; Allott, 1999: 37; Dupuy, 1997: 1) e, portanto, sem qualquer implicação estadual – até porque o conceito é anterior ao do Estado (Walker, 2006: 1). Este será aliás um ponto crítico da querela ente estadualistas e internacionalistas (Cottier, Hertig, 2003: 278). Alguma doutrina esforça-se, todavia, por congregar ou articular estas perspectivas (Müller, 2007: 5).

⁴³⁶ O constitucionalismo corresponde ao discurso normativo através do qual as constituições se justificam, defendem, criticam, ou, por outra forma, se comprometem (Walker, 2002: 4).

⁴³⁷ A importância do padrão estadual deve talvez ser ponderada no sentido inverso: já não o contexto europeu analisado nessa perspectiva, mas o padrão estadual alterado por força desse contexto europeu (Roermund, 1997: 364). Não obstante, ele continua a inspirar as reformas institucionais europeias (Soares, 2002: 14).

⁴³⁸ A criação de um Estado constitui, não obstante, uma das interpretações históricas correntes do processo de construção europeia (Crespy, 2008: 11). O conceito apresenta, no entanto, uma atractividade baixa, levantando quase automaticamente reacções negativas. É, aliás, esta assumpção que reforça a exigência da expressão da vontade popular através de actos próprios (e que trataremos já a seguir). Na verdade, não se concebe que um Estado possa existir se a comunidade humana de que ele é expressão política não se sentir comunidade sequer. Haverá pois, como requisito, que exigir uma declaração de vontade da comunidade em existir enquanto Estado, se essa qualidade estadual ainda não existir.

processo de construção europeia inaugura uma nova forma de constitucionalismo⁴³⁹, mesmo ao nível dos Estados, forçando *os Leviathans a abrirem a caixa couraçada da sua soberania*⁴⁴⁰ e assim, onde havia *fracturas e limites, agora surgem continuidades e redes de inter-comunicação* (Bogdandy, 1992: 21).

[235]

Ainda antes de avançarmos sobre a identificação das marcas constitucionais do processo de construção europeia, importa concluir a análise que vimos fazendo, no sentido de percebermos como é que o constitucionalismo, que parece ser uma característica estadual-nacional, se tornou um modelo de análise do processo de construção europeia.

As diferentes tradições constitucionais matizam, em diferentes graus, essa circunstância de as constituições parecerem ser necessariamente manifestações de vontade nacional.

A tradição francesa identifica mesmo o poder soberano com a constituição, vendo nesta a primeira manifestação daquele⁴⁴¹. Assume-se portanto, expressamente, a existência de uma comunidade soberana constituinte, da qual decorre a legitimidade e os direitos (Bellamy, 2005: 121). É nesse sentido que Sieyès caracterizava o poder constituinte como originário, independente e absoluto (Gouveia, 2007: 628). É a

Ora, no âmbito europeu, a constitucionalização dos tratados não traduz necessariamente essa vontade. Pelo contrário, várias são as circunstâncias que apontam noutro sentido. Ainda recentemente, os trabalhos que levaram à elaboração do tratado constitucional foram permanentemente inspirados pela vontade de tornar clara a divisão de competências entre os níveis europeu e nacional, e, nessa medida, se pretendeu essencialmente proteger este último. Os propósitos federalistas – como o de Joshka Fischer a que nos referiremos adiante [252] – mesmo que pudessem também oferecer garantias de equilíbrio de poderes, nunca pontuaram.

⁴³⁹ De facto, o constitucionalismo do século XXI tem de enfrentar as complexidades do seu tempo, ultrapassando – também ele – as fronteiras do Estado-nação (Cottier, Hertig, 2003: 263), assumindo que os níveis nacional e global não são estanques (Cassese, 2005: 684) e admitindo a formação evolutiva ou evolucionista da constituição (Canotilho, 2003: 1374).

⁴⁴⁰ Tal como alguma doutrina salienta, a tradição constitucional europeia exhibe um conjunto de manifestações de constitucionalismo informal, orientadas para a edificação de ordens públicas europeias que, no essencial não questionam o princípio soberano (entre as quais avultam a Santa Aliança, ou as Convenções relativas ao direito humanitário: de Genebra e da Haia). Existe, todavia, uma concepção mais recente que pretende fazer uso de textos formais para alterar, ou até abolir, a soberania no sentido que esta traz desde o século XVII (Müller, 2007: 2).

⁴⁴¹ Isto porque a própria ideia francesa de Estado de direito é sempre auto referenciada à comunidade (Roermund, 1997: 368).

vontade nacional, infalível, inalienável e indivisível, diria Rousseau (Prélot, Lescuyer, 1990: 505). Confunde-se, assim, a legitimidade constitucional com a manifestação de vontade que lhe dá origem.

A doutrina alemã, ciente, pela experiência histórica recente, de que não há uma identidade obrigatória entre a vontade nacional e a justiça, esforça-se por fundar a legitimidade normativa original numa *Grundnorm*, ou norma básica⁴⁴², que constituiria a justiça essencial nas relações de poder, e assim se dirigia aos direitos fundamentais (Bellamy, 2005: 121). Nesta perspectiva, já não é a vontade da comunidade que legitima o poder e o seu exercício, mas o Direito.

Há, portanto, uma diferença assinalável nestas duas perspectivas: enquanto na francesa, a vontade nacional é soberana e fonte única de legitimidade, na alemã, a qualidade soberana é remetida para a ideia⁴⁴³ de Justiça.

Assim, na perspectiva francesa identificamos o soberano no primeiro poder legislativo (o poder constituinte), ao passo que, na perspectiva alemã, ele é identificado no poder judicial⁴⁴⁴. A perspectiva formalista germânica não deixa, todavia, de assentar no pressuposto de que todo o Estado é antecedido por uma vontade de pertença à comunidade nacional (*Gemeinsamkeitsglauben*), a qual constitui o princípio original de legitimidade⁴⁴⁵ (Schmitter, 2000: 118).

⁴⁴² O conceito de *Grundnorm* deve-se a Hans Kelsen (embora a sua utilização, nos nossos dias, se faça fora do contexto da obra em questão) referindo-se a uma regra jurídica da qual depende a validade de outras regras jurídicas, sendo, todavia, de natureza não jurídica, a fonte da sua própria validade (Hartley, 2002: 5).

⁴⁴³ É nesse sentido que, num Estado organizado segundo princípios constitucionais, ninguém é o legislador supremo (Eleftheriadis, 2010: 5).

⁴⁴⁴ Por isso, no constitucionalismo germânico, o Supremo Tribunal assume-se como guardião da constituição (e da justiça, que a legitima), com amplos poderes decisórios em matéria de apreciação da conformidade e da legitimidade do exercício dos poderes (Bellamy, 2005: 5).

Repare-se todavia que, não obstante, na doutrina alemã a questão do poder constituinte permanece relevante, nomeadamente em matéria de construção europeia, tendo o próprio *Bundesverfassungsgericht* insistido no seu acórdão de 30 de Junho de 2009 que os Estados-membros permanecem 'donos dos tratados', detentores, portanto, do poder constituinte europeu (Gorjão-Henriques, 2010: 109).

⁴⁴⁵ Não obstante, a doutrina germânica do século XIX referia-se já a uma integração constitucional, por referência a uma identificação comunitária, resultante de laços funcionais, não assumidos (Brunkhorst, 2006: 437).

A tradição anglo-saxónica afasta-se ainda mais da francesa, vendo na constituição o resultado de uma expressão continuada – sedimentada – da vontade comunitária em persistir num percurso histórico. Ao invés de se preocupar com a determinação do poder último, vai insistir na necessidade de equilibrar e separar⁴⁴⁶ os poderes (Bellamy, 2005: 122). Evita, portanto, a identificação da soberania com a vontade da comunidade expressa num momento constitutivo, ao assumir que a expressão que se faz em diferentes momentos (Schmitter, 2000: 118) e em diversos níveis (nomeadamente através de diferentes câmaras parlamentares)⁴⁴⁷.

A perspectiva anglo-saxónica evita também tentação germânica da identificação da soberania com a expressão do direito (na acção judicial), ao conceber tribunais que, menos do que chamarem a si a função última de decisão legitimadora, surgem como terreno de negociação e equilíbrio na ponderação entre o necessário exercício do poder público e a prevenção de abusos ou da violação de direitos.

A verdade, porém, é que nenhuma das diferentes tradições constitucionais parece dispensar a manifestação de vontade nacional como requisito constitucional⁴⁴⁸. Até porque, qualquer que seja a variante, o mito da soberania enquanto produto da vontade popular, resiste firmemente na doutrina⁴⁴⁹, mesmo anglo-saxónica (Agnew, 2009: 48).

⁴⁴⁶ Anthony Trollope afirmava a propósito que *a produção de teorias políticas utópicas é tarefa própria de um francês; desconfiar delas é tarefa própria de um inglês*. Reconhecia todavia que ser a constituição Americana *um documento com que nenhum inglês discordará e que qualquer francês invejará* (Edward, 2005: 9/10).

⁴⁴⁷ A tradição americana aproxima-se, todavia, das perspectivas europeias. Assim, James Madison – considerado o pai da constituição americana – defendia que a vontade popular era a única fonte de legitimação (Kang, 2009: 286), o que estava patente no próprio texto constitucional, estabelecido pelo povo (*We the people of the United States...*).

⁴⁴⁸ A insistência tradicional na importância da existência de uma manifestação de vontade popular no constitucionalismo deve-se, em parte, à preocupação histórica em garantir a estabilidade dos sistemas constitucionais, a qual (à falta dos tradicionais laços de lealdade feudais) dependia do consenso em volta das regras fundamentais do sistema político (Lord, Magnette, 2004: 199). O problema é que o princípio da legitimação popular resultante do sufrágio eleitoral, sendo essencial à democracia, supõe a existência de um sistema de governo que funciona num quadro de laços estáveis. Ora estes decorrem da partilha continuada de experiências históricas, políticas, linguísticas e culturais, não sendo, por isso, identificáveis no quadro europeu (Soares, 2002: 11).

⁴⁴⁹ Não obstante, alguma doutrina insiste que a questão da legitimidade não será verdadeiramente uma questão europeia mas no essencial meramente francesa – *franco-française* como referem os próprios, quando pretendem sublinhar o carácter interno (Müller, 2007: 25).

Havendo sempre, nas constituições, uma manifestação de vontade da comunidade⁴⁵⁰ (eventualmente expressa segundo procedimentos diferenciados), permanece portanto como requisito aparente um qualquer tipo de assentimento dessa comunidade (no sentido da afirmação enquanto tal e da sua organização política)⁴⁵¹.

De facto, a doutrina tende a exigir como requisito constitucional a remissão para um acto que expresse (directa ou indirectamente) a vontade popular em assumir-se nesses termos (Craig, 2001: 136).

Aqui surge o problema central da análise constitucional europeia: é que falta na Europa um povo (europeu) suficientemente homogéneo capaz de formar uma vontade europeia (Mayer, Palmowski, 2004: 574), uma expressão democrática⁴⁵². Não há sequer uma comunidade que se pretenda afirmar enquanto tal (Jiménez, 2010: 2) – não há um *demos* ou *volk* (Weiler, 1995: 3) – visando a sua organização política. Não há portanto, um poder constituinte (Maduro, 2006: 8), dada a ausência dos requisitos necessários.

E enquanto não existir um *demos*⁴⁵³ – ou uma *polity*⁴⁵⁴ – a UE parece condenada a permanecer como mera organização internacional (que agrega as

⁴⁵⁰ A expressão da vontade (ou o consentimento) da comunidade corresponde genericamente a um limite formal inerente a todo o direito (Allott, 1999: 35).

⁴⁵¹ A questão, na sua essência, pode recuar muitos séculos, nomeadamente a Santo Agostinho quando, citando Cipião, dizia que o povo não é um qualquer agrupamento de indivíduos, mas um agrupamento de homens associados por um laço jurídico consentido e por interesses comuns (*A Cidade de Deus*, Livro II, cap. XXI, 2).

⁴⁵² É que, tal como referia Habermas, esse é o argumento corrente do eurocepticismo: sem um povo europeu suficientemente homogéneo para produzir uma vontade democrática não deve haver constituição (Craig, 2001: 136).

⁴⁵³ Na tradição germânica, *onde não há Estado, não há constituição; onde não há Estado-nação, não há Estado* (Kichhof). A nação é definida em termos etno-culturais, dando origem a uma comunidade orgânica, com um história, língua e cultura comuns. Cada nação tem direito a um Estado, o qual pertence à nação (Cottier, Hertig, 2003: 289). O *demos* será porventura menos do que a nação, mas sublinha de qualquer forma a coesão da comunidade que deverá formar-se em volta de valores básicos. É que, como Paul Valérie lembrava, *é indispensável à ordem que um homem se sinta prestes a ser enforcado quando estiver prestes a merecer sê-lo. Se ele não atribuir um grande crédito a esta imagem, em breve tudo se desmorona* (Burdeau, 1970: 128). Esta identificação da comunidade com o exercício do poder constitui um requisito ao próprio funcionamento dos mecanismos democráticos (Soares, 2002: 13).

vontades de Estados soberanos em termos de coordenação⁴⁵⁵). Caberá, quando muito, verificar se essa situação não é alterável (se é, ou não, possível – e desejável⁴⁵⁶ – construir⁴⁵⁷ esse carácter comunitário capaz de se manifestar em termos constitucionais).

[237]

Este problema assenta numa lógica aparentemente sólida, mas cujas fragilidades devem ser realçadas.

Assim, desde logo, importa lembrar que muitos países existem sem que se possa falar verdadeiramente de um *demos*. Recordemos os casos canadiano ou belga, onde nunca houve uma expressão de vontade da comunidade em se afirmar como tal e que, simultaneamente, a existência dessa comunidade é questionável, face às

⁴⁵⁴ Alguns autores apontam no sentido da criação de uma *polity* (Bellamy, 2005: 120). Outros reconhecem até a sua formação (Schmitter, 2000: 1), sem no entanto apontarem como poderá esta evoluir (e em que termos deve agir-se para o conseguir).

⁴⁵⁵ A inexistência de uma vontade colectiva – aquilo que a doutrina define como a tese da inexistência de *demos* – agravará e tornará o défice democrático estrutural (Weiler, 1995: III), ao remeter para o nível nacional a questão da legitimação constitucional.

⁴⁵⁶ Parece fácil perceber que a formação de uma comunidade constituía um objectivo dos fundadores do processo de construção europeia, bastando, para isso, atentar à própria designação inicial (Bogdandy, 1992: 25). Alguma doutrina assume também que a construção do mercado interno tem feito emergir essa comunidade, carecendo apenas de mecanismos de poder que se lhe adaptem, potenciando a sua evolução (Kohler-Koch, 2006: 96).

⁴⁵⁷ A resposta é muito claramente avançada pelos sociólogos: a identidade forja-se através da comunicação (Dacheux, 2004: 22), que permite a construção de semelhanças – e em última instância, solidariedade – através dos rituais (Mayer, Palmowski, 2004: 577). Curiosamente, no âmbito europeu a estratégia comunicacional tem permanecido numa lógica funcionalista – elitista, assimétrica e pouco eficaz (Bazantay, 2009: 17) – sem avançar para o plano político, que é o âmbito próprio da lógica comunicativa. De qualquer forma, a progressiva articulação das economias e a existência de instituições comuns gera graus aprofundados de comunicação que criam condições de formação de uma comunidade (Bogdandy, 1992: 25). Autores como Josef Isensee e Paul Kirchhof referem-se mesmo à experiência histórica comum que começa a tornar-se numa comunidade política (*common polity*), sobre a qual uma Europa unida pode e deve constituir-se (Joerges, 2006: 339).

importantes clivagens existentes⁴⁵⁸. Em ambos os casos é a identificação linguística que substitui o *demos* em falta (Erk, 2007: 635), mas que não tem carácter nacional⁴⁵⁹.

No mesmo sentido, se observarmos as constituições federais agregadoras (americana, australiana e suíça), verificamos que estas apresentam uma natureza mais contratual do que fundacional, na medida em que derivam da vontade dos Estados e não duma manifestação conjunta da vontade popular⁴⁶⁰. Não há, aliás, sequer, uma explícita transferência de soberania (Aroney, 2005: 13).

A exigência de uma expressão de vontade constitucional, sendo frequente na doutrina, surge em termos ambíguos, verificando-se apenas a necessidade de ligar de alguma forma à vontade popular, que pode não se ter propriamente manifestado (Craig, 2001: 137). É certo que, pelo menos, ela é presumida (no sentido em que as entidades envolvidas na sua elaboração pretendem agir como representantes de uma vontade nacional), não obstante, o que a presunção visa é exactamente justificar a inexistência de uma expressão de vontade.

Por outro lado, a exigência de uma expressão de vontade nacional implica a assumpção de que a única legitimidade constitucional seja a popular ou democrática (Brunkhorst, 2006: 446). No entanto, a realidade mostra outras variantes⁴⁶¹ de

⁴⁵⁸ As identidades colectivas – ou bases sociais homogéneas (Burdeau, 1970: 126) – apenas podem assumir-se de forma gradual e não exclusiva, admitindo portando lealdades concorrentes. Nesse sentido, não são estáticas nem pré-existentes como alguma doutrina primordialista ou essencialista pretende. São socialmente formadas e alteradas ao longo do tempo, podendo ganhar ou perder importância no processo (Cottier, Hertig, 2003: 292). Essa identidade há-de ser susceptível, no mínimo, de formar uma opinião pública, sem a qual a interacção social perde sentido (Soares, 2002: 15).

⁴⁵⁹ A questão é mais complexa ainda, uma vez que concepção de *demos* tem uma relação directa com a própria concepção de democracia (Craig, 1997: 33).

⁴⁶⁰ Deve ter-se presente que *numa vertente filosófica prática o termo ‘povo’ não constitui uma entidade, mas apenas uma referência virtual* (Roermund, 1997: 366) e a expressão da sua vontade não deve exigir-se num formato unívoco como acontecia com a vontade do rei no *ancien régime* (ibidem: 367).

⁴⁶¹ Já anteriormente fizemos referência a tipos distintos de legitimidade (cf. supra, nota 94, p. 32). Modernamente alguma doutrina vem insistido na ideia que os sistemas políticos não podem ser perspectivados em volta de um princípio legitimador apenas, devendo, pelo contrário, articular ou mediar vários. Tal como defendia Rawls, as instituições contemporâneas devem esforçar-se por encontrar meios de lidar com ideias contraditórias – embora razoáveis – sobre o que é certo ou devido em política e em sociedade (Lord, Magnette, 2004: 184). Neste momento estamos a tratar apenas a questão da legitimação constitucional e, por isso, não se justifica o desenvolvimento da matéria a outros níveis (nomeadamente da legitimação da acção comunitária propriamente dita).

legitimação constitucional (Craig, 2001: 137): tradicional (nos casos em que as regras constitucionais correspondem a regimes aos quais foi sendo reconhecido valor fundamental), contratual (quando resulta da negociação entre diferentes corpos sociais), revolucionária (quando surge no quadro da afirmação de rupturas históricas tidas por definidoras do sentido nacional), etc.

É certo que, no processo de construção europeia, a legitimação popular se mostra mais consonante com a perspectiva democrática dominante⁴⁶². Não obstante, nada impede a ponderação de uma legitimidade contratual – originária, expressa através de convenções (Amenbrink, 2008: 16) –, reforçada por outros tipos de legitimidade – tradicional (enquanto prossegue a construção dessa uma *união cada vez mais estreita entre os povos europeus*) e até mesmo revolucionária (no sentido em que marca essa vontade europeia em criar um quadro de relacionamento fraternal, capaz de pôr fim às recorrentes confrontações militares que fizeram a sua História).

De alguma forma, esse tem sido o caminho, no qual facilmente se aceita uma expressão de vontade popular presumida, na medida em que a participação no processo de construção europeia sempre foi decidido e prosseguido por governos resultantes de eleições parlamentares⁴⁶³ democráticas.

A exigência da legitimação popular parece, assim, ser intransponível⁴⁶⁴ no âmbito legal. Porém, ao nível constitucional, a prática mostra que a sua mera presunção⁴⁶⁵ tende a ser suficiente⁴⁶⁶.

⁴⁶² O valor especial da legitimação directa resultado facto de ser mais provável que as pessoas aceitem decisões e regras em cuja formação puderam participar do que aquelas que lhes foram pura e simplesmente impostas (Craig, 1997: 24). No entanto, a insistência na necessidade de um *demos* europeu como condição de legitimação constitucional, frequentemente esquece que a emergência dele significaria a absorção dos diferentes *demos* nacionais (Weiler, 1995: IV).

⁴⁶³ Na realidade a verdadeira questão é anterior. Assim, qualquer perspectiva democrática exige o assentimento popular nas grandes decisões políticas. Mas tanto o exige para a formação de uma nova comunidade (supranacional, a partir de comunidades nacionais) como para o passo anterior, da partilha de competências soberanas. Assim, parece evidente que toda a partilha desta natureza se limita às nações que manifestem a vontade e a capacidade de participar nesse tipo de processo (Corner, 2008: 6). Essa vontade não tem todavia de ser explícita e directa, podendo resultar do mero envolvimento dos órgãos nacionais competentes.

⁴⁶⁴ A essencialidade da legitimação popular resulta de uma exigência democrática básica que resulta, por sua vez, da dignidade humana. É que *a democracia é a consequência organizativa da dignidade do homem. Não é mais do que isso, mas tão pouco é menos* (Häberle, 2000: 93).

A doutrina vem, aliás, salientando que a relativa indefinição, incerteza ou imprecisão sobre os princípios de legitimação europeia⁴⁶⁷ pode ser vista como uma fragilidade, na medida em que dificulta a formação de uma identidade, mas constitui uma vantagem, no sentido em que alimenta um processo de ponderação⁴⁶⁸ constitucional permanente (Lord, Magnoste, 2004: 198).

Se, no plano teórico, são contornáveis as dificuldades em termos de legitimação, o facto é que continua a ter cabimento a reflexão segundo a qual *a verdadeira autoridade política, da qual se dotarão um dia as democracias europeias, permanece por conceber e realizar* (Monnet, 1976: 787).

[238]

Em todo o caso (quanto mais não fosse por inércia⁴⁶⁹), foi permanecendo no discurso dominante a perspectiva tradicional do constitucionalismo, que reservava este aos Estados-nação, por pressupor uma expressão de vontade desta.

⁴⁶⁵ A doutrina mais recente vem sublinhando a relativa impropriedade da distinção resultante do documento constitutivo, lembrando p. ex. MacCormick que os EUA surgiram de um processo menos constitutivo e mais convencional. No mesmo sentido, Koekoek salienta que algumas disposições constitucionais canadianas acolhem características essenciais do modelo convencional (Aroney, 2005: 13 ss.).

⁴⁶⁶ Ainda que se considere desnecessário o assentimento popular, em sede constitucional, o facto é que a sua inexistência tende a desvalorizar os necessários esforços de atracção das preferências que os sistemas necessitam. As consequências têm sido sentidas nos diferentes referendos sobre os tratados modificativos da UE. Nessas alturas, percebe-se como a democracia reage e torna-se evidente que, muitas vezes é menos sobre técnica e mais sobre escolhas ou preferências (Davies, 2008: 8).

⁴⁶⁷ Também aqui encontramos uma situação eclética: a Europa surge como uma situação na qual tanto os Estados-membros como as instituições supranacionais funcionam como fontes de legitimação democrática (Amentbrink, 2008: 15).

⁴⁶⁸ De facto, importa re-ponderar a inexistência do *demos*, perspectivando outro risco: é que a exigência da legitimação popular enquanto única fonte de legitimidade supõe a aceitação da regra maioritária. Ora, tal como referimos anteriormente citando Weiler (cf. supra, nota 462), no âmbito europeu esse caminho poderá dar origem (ou aparentar) ao domínio de um ou mais povos (*demoi*) sobre outros (Amentbrink, 2008: 25), agravando-se assim as tensões. De facto, o ideal comunitário (contido na exigência do *demos*) supõe um tipo de fusão entre os sujeitos que na prática exclui aqueles com quem o grupo não se identifica (Young, 1990: 227).

⁴⁶⁹ Muitos juristas mantêm que só um Estado pode possuir a sua ordem jurídica e as suas normas constitucionais. O desacordo essencial opõe aqueles que ainda consideram a UE como um simples produto de tratados de direito internacional e aqueles que lhe reconhecem uma ordem constitucional (Bellamy, Castiglione, 2000: 2).

A realidade revelaria porém as inconsistências dessa perspectiva que se mostrava incapaz de explicar adequadamente um conjunto de circunstâncias que, existindo, continuavam a ser negadas por ela⁴⁷⁰.

Assim, a existência de uma ordem jurídica europeia (com um grau de desenvolvimento⁴⁷¹ e complexidade assinaláveis⁴⁷²) tornava evidente uma circunstância com a qual as tradições constitucionais europeias não estavam habituadas a lidar: o exercício do poder político em diferentes níveis (não dependentes de uma estrutura constitucional única). O Estado nacional deixou de constituir o horizonte institucional último (Bogdandy, 1992: 22).

De facto, a par das estruturas constitucionais dos Estados-membros, começou a desenhar-se muito cedo a transformação – ou constitucionalização dos tratados (que, como consequência, autonomizava a própria ordem comunitária).

Este processo reflectia a ideia de que a Comunidade Europeia evoluiu de uma ordem internacional vinculativa entre Estados, para uma ordem constitucional que confere direitos a particulares⁴⁷³ e na qual o controlo do exercício do poder público⁴⁷⁴ se faz em termos semelhantes aos que ocorrem nos Estados-membros (Craig, 2001: 128; Lindseth, 2003: 374).

⁴⁷⁰ Numa metáfora particularmente conseguida, Joseph Weiler e Ulrich Haltern afirmaram que insistir que a Comunidade não é mais do que uma organização internacional constitui um esforço equiparável a empurrar novamente a pasta para dentro do tubo (Weiler, Haltern, 1996: 423).

⁴⁷¹ A afirmação da existência de uma ordem jurídica autónoma – ou, como alguns autores preferem, a doutrina da autonomia – consistiu na assunção pelo tribunal do princípio federal: a UE assume-se como um nível de poder distinto dos seus Estados-membros, desenvolvendo, sobre o território destes, competências concorrentes. Posteriormente, com a afirmação do primado, o tribunal veio a estabelecer um princípio que não sendo essencial aos sistemas federais, é característico do federalismo americano (Backer, 1998: 1340).

⁴⁷² Neste plano, é sintomático referir que nos primeiros anos a capacidade legislativa foi vista com surpresa e dúvidas – apelidada, aliás, de quase legislativa (Lindberg, 1963: 27, 29) – sem que o TCE identificasse qualquer acto como tendo essa natureza. Só o Tratado de Lisboa viria finalmente a incluir no direito originário essa referência (cf. art. 289.º TFUE), que todavia se tornara evidente, em especial depois do AUE (1986).

⁴⁷³ Alguma doutrina defende que a ordem comunitária assenta simultaneamente no direito internacional e no direito interno (Bogdandy, 1992: 22).

⁴⁷⁴ A noção menos exigente de constituição – a chamada constituição funcional – exige apenas que a acção política seja capaz de alterar as normas legais e que simultaneamente essa acção política esteja sujeita a normas legais (Brunkhorst, 2006: 439).

A construção doutrinal da transformação ou constitucionalização⁴⁷⁵ dos tratados⁴⁷⁶ foi um processo⁴⁷⁷ realizado inicialmente por via jurisprudencial⁴⁷⁸ (Dehousse, 1999: 133), em colaboração com os tribunais nacionais (Weiler, Haltern, 1996: 420).

Em termos muito sumários diríamos que se iniciou em 1963, com o acórdão *van Gend en Loos* (5.2.63, proc.º 26/62), quando o tribunal afirmou que *a Comunidade criou uma nova ordem jurídica, em benefício da qual os Estados-membros limitaram*⁴⁷⁹ *os seus direitos soberanos*. Mais tarde, no acórdão *Costa/ENEL* (de 15.7.64, proc.º 6/64), o tribunal introduz uma evolução subtil, em relação à decisão

⁴⁷⁵ Alguma doutrina adianta, como crítica ao constitucionalismo, o seu papel, enquanto recurso ideológico, e a propensão de muitos em disfarçarem os seus interesses, ideias ou aspirações sob o manto constitucional, não propriamente em razão do comprometimento a certos padrões jurídicos, mas antes pela autoridade simbólica que daí pensar poder retirar (Walker, 2002: 5).

⁴⁷⁶ A ideia de um constitucionalismo internacional remonta, segundo alguma doutrina (Bogdandy, Dellavalle. 2008: 43), aos trabalhos do prof. Walter Hallstein (que foi ministro dos estrangeiros alemão no pós-guerra e primeiro presidente da Comissão) o qual terá inspirado o próprio processo de constitucionalização jurisprudencial dos tratados. Outros autores (Cottier, Hertig, 2003: 277) lembram que o constitucionalismo pode encontrar-se já nos trabalhos anteriores de Alfred Verdross (*Die Verfassung der Volksrechtsgemeinschaft*, 1926) e Georges Scelle (*Le Droit constitutionnel international*, 1933), que terão sido pioneiros na matéria.

⁴⁷⁷ As competências judiciais no âmbito europeu não se resumiram à verificação da legalidade dos actos comunitários, envolvendo ainda a verificação da conformidade dos actos dos Estados-membros com essa mesma legalidade e, bem assim, com os objectivos de integração económica fixados nos tratados. E foi por essa via que o TJCE desenvolveu o percurso da constitucionalização (Lindset, 2003: 364; Easson, 1994: 77) – que decorreu quase exclusivamente no quadro do TCE (Alter, 2009: 4), mesmo se o quadro do TCECA seja quase uma década anterior. O processo de constitucionalização dos tratados releva, portanto, da judicialização – ou *judicial activism* (Schmid, 2006: 198) – que trataremos a seguir.

⁴⁷⁸ O próprio termo constitucionalização surge no âmbito europeu, por referência à alteração da natureza dos tratados (Avbelj, 2008: 4). Parte da doutrina entende que a essência dessa alteração consistirá no facto de um tratado (um acordo estabelecido entre Estados numa base igualitária), passar a ser relevante para os indivíduos desses Estados (Jupille, Caporaso, 1999: 440). Outros autores vão mais longe e consideram que a constitucionalização é consequência da afirmação dos princípios da primazia e do efeito directo e, bem assim, do desenvolvimento de uma doutrina de direitos fundamentais (Cottier, Hertig, 2003: 271; Bogdandy, 2000: 211). De qualquer forma, o uso da expressão para referir convenções não é novo: os tratados que deram origem à FAO, à UNESCO e à OIT denominam-se já constituições. E, na senda da constitucionalização dos tratados, também a Comissão de Direitos Humanos do Conselho da Europa apelidou a Convenção Europeia de Direitos Humanos de *instrumento constitucional de ordem pública europeia no âmbito dos direitos humanos* (decisão de 4.3.1991, *Chrysostomos, Papachrysostomou e Loisdou c. Turquia*, proc.s 15299/89, 15300/89 e 15318/89).

⁴⁷⁹ A limitação dos poderes soberanos em favor de uma ordem jurídica mais alargada constituirá um esforço de partilha de soberania recomendado na doutrina internacional (Corner, 2008: 6).

anterior, distanciando o direito comunitário do direito internacional⁴⁸⁰, ao afirmar que *diferentemente dos tratados internacionais, o Tratado CEE criou uma ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados-membros, com a entrada em vigor do tratado e que se impõe à jurisdição destes* (§3 do sumário).

Posteriormente, o vocabulário seria explicitamente modificado (Weiler, Haltern, 1996: 421): o tribunal referir-se-ia à ordem jurídica comunitária omitindo qualquer menção ao direito internacional (ac. de 13.11.64, *Comissão c. Luxemburgo*, proc.s 90 e 91/63), para, mais tarde ainda⁴⁸¹, a apelidar expressamente de *carta constitucional*⁴⁸² da Comunidade (ac. de 23.4.86, *Parti Ecologiste Les Verts*, proc.º 294/83). Esta posição seria acolhida pela jurisprudência dos tribunais superiores de praticamente todos os Estados-membros, começando pelo alemão, francês e italiano (Avbelj, 2007: 3).

[240]

O Tribunal de Justiça veio ainda a dar uma outra contribuição relevante à constitucionalização da ordem comunitária, por via da afirmação dos princípios do primado⁴⁸³ e do efeito directo.

⁴⁸⁰ Este distanciamento sublinhava quão diferente era a natureza da própria comunidade da de uma mera associação de Estados (Müller, 2007: 10).

⁴⁸¹ A doutrina intergovernamentalista entende que este processo implicou a transformação de um supranacionalismo instrumental num supranacionalismo constitucional.

A leitura do processo é nestes autores mais simples (pelo menos na determinação inicial do mesmo): o tribunal começou por chamar a atenção para o facto de que os tratados e o direito derivado criavam direitos na esfera dos cidadãos, direitos esses que deviam ser protegidos pelo próprio tribunal. Desta forma o tribunal chamou a si o papel constitucional fundamental da defesa de direitos contra o poder (Lindset, 2003: 374).

⁴⁸² O uso do termo carta constitucional e do significado que esta variante pode ter no âmbito da teoria constitucional (nomeadamente em termos de diferente legitimação) é, por vezes, analisado na doutrina (Brunkhorst, 2006: 435). De facto, não tendo os tratados obtido o assentimento, ainda que tácito, ou sequer presumido, dos cidadãos europeus (quando muito esse assentimento terá sido, como vimos, indirecto), o carácter constitucional pode procurar-se numa espécie de outorga dos poderes públicos (constitucionais) nacionais.

A utilização da noção de carta constitucional foi retomada mais tarde no Parecer 1/91 (de 14.12.1991, relativo ao *Espaço Económico Europeu*), o qual teve um particular impacto na doutrina (Gomes, 2009: 159).

⁴⁸³ Numa aparente contradição, alguma doutrina considera a inexistência de hierarquia entre as ordens europeia e nacionais como um dado característico essencial do modelo (Bogdandy, 1992: 21), convergindo com a perspectiva que defendemos anteriormente [92]-[93].

Trata-se, em ambos os casos, de exigências lógicas da atribuição de competências pelos Estados-membros à UE (Rubio-Llorente, 1998: 14).

[241]

A constitucionalização operada pelo tribunal⁴⁸⁴ arrastou progressivamente a doutrina⁴⁸⁵, a qual, hoje em dia, reconhece genericamente à ordem comunitária, sem grande dificuldade, algum grau⁴⁸⁶ de constitucionalização (Burley, Mattli, 1993: 41; Craig, 2001: 125; Lindseth, 2003: 363; Eriksen, Fossum, 2004: 444; Aroney, 2005: 2; Brunkhorst, 2006: 434; Machado, 2010: 26). ainda que não exista qualquer documento⁴⁸⁷ que reclame tal natureza (Craig, 2001: 135; Lord, Magette, 2004: 189).

É que, mesmo deixando de lado a transformação operada pelo tribunal, não era possível ignorar que os próprios tratados apresentavam características constitucionais (Craig, 2001: 129) que, com as sucessivas revisões, se foram avolumando.

Desde logo, a definição de um quadro institucional complexo (Brunkhorst, 2006: 435), que inclui um órgão parlamentar⁴⁸⁸ e um órgão judicial (com poderes sancionatórios dos próprios Estados-membros e de controlo da conformidade dos

⁴⁸⁴ O processo de constitucionalização operado pelo TJUE e a sua aceitação pelos tribunais nacionais e pela doutrina são dados pacíficos, mesmo na doutrina que com eles não concorda, por manter a sua análise no quadro tradicional da cooperação (Wyatt, 1982: 147).

⁴⁸⁵ É frequente considerar-se como inicial o contributo de Eric Stein (1981).

⁴⁸⁶ Refira-se todavia que, na doutrina, o termo constitucionalização – mesmo no plano estritamente jurídico – é utilizado para referenciar situações muito distintas, que vão desde as dificuldades filosóficas relacionadas com a existência de uma constituição (legitimidade, autoridade, interpretação, etc.), às exigências de qualidade no exercício do poder público, passando pela verificação dos requisitos ou características constitucionais num determinado sistema, ou pela aplicação de normas constitucionais às relações entre particulares. No âmbito europeu ele é, no entanto, utilizado fundamentalmente para caracterizar a transformação da natureza internacional da ordem jurídica comunitária numa ordem constitucional (Craig, 2001: 127). Alguma doutrina vem, todavia, insistindo no carácter relativamente equívoco do termo, para justificar a tolerância com aquilo que considera uma utilização imprópria do mesmo no âmbito europeu (Hartley, 2002: 4).

⁴⁸⁷ A inexistência de suporte formal da constitucionalização explica-se com o relativo consenso que o processo mereceu. Alec Stone e James Caporaso vieram mesmo a afirmar que o processo terá sido iniciado por actores particulares interessados nele, obtendo posteriormente apoio nas instâncias supranacionais (Mattli, Slaughter, 1998: 182).

⁴⁸⁸ Graças ao progressivo reconhecimento de competências, pode considerar-se que o PE marca um modelo parlamentar forte. No entanto, apesar de decorrer de eleições livres, não pode – tal como alguma doutrina vem salientando, com propriedade – considerar-se verdadeiramente democrático, na medida em que, nessas eleições, não são apresentadas aos eleitores alternativas claras (Brunkhorst, 2006: 449).

actos comunitários). Trata-se efectivamente da definição de órgãos de poder público em termos senão semelhantes, pelo menos comparáveis àqueles que as constituições referem (até porque sujeitos genericamente aos princípios que animaram o constitucionalismo).

Para além disso, prevê-se ainda um procedimento legislativo (Brunkhorst, 2006: 434), ou seja, introduz-se a possibilidade de serem adoptados unilateralmente actos normativos com carácter vinculativo. Tais actos não carecem do assentimento dos Estados-membros (que participam no processo relativo à sua formação mas, salvo raras excepções, são adoptados por maioria de votos, sem que qualquer Estado-membro consiga, por si só, impedir essa adopção). Esta novidade – da competência legislativa da UE – introduz um traço marcadamente constitucional, porquanto até então, nunca havia sido exercida por outras entidades que não estaduais.

Por outro lado, inscreveu-se com o TUE⁴⁸⁹ um regime de cidadania, com garantia de direitos, do tipo fundamental. Este é também um traço característico do constitucionalismo (Rubio-Llorente, 1998: 7; Lord, Magette, 2004: 189; Brunkhorst, 2006: 435): a regulação do exercício do poder e a determinação de regras que protegem os seus destinatários contra abusos. Todas as constituições garantem direitos fundamentais⁴⁹⁰, ou, se não o fazem directamente, é reconhecida a dignidade constitucional ao texto que opera essa consagração.

Trata-se, em todos os casos, de evidentes marcas de constitucionalismo⁴⁹¹, cuja natureza atraiu a doutrina para uma análise nesse enquadramento⁴⁹², tornando-o na

⁴⁸⁹ O mesmo Tratado de Maastricht introduziu outras inovações significativas, na medida em que incidiram sobre competências soberanas tradicionais. Referimo-nos nomeadamente à criação da moeda única europeia e o lançamento de uma política externa comum.

⁴⁹⁰ O tribunal – no seu processo de constitucionalização dos tratados – não tinha, aliás, esquecido este aspecto, afirmando a protecção dos direitos fundamentais como fazendo parte integrante dos princípios de direito comunitário (ac. 12.11.1969, *Erich Stauder c. Cidade de Ulm*, proc.º 29/69), quando os tratados nada referiam a propósito (Müller, 2007: 11).

Neste enquadramento se percebe também aquelas vozes que consideram a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais como um passo definitivo no sentido da constitucionalização, rompendo com a mera sucessão de avanços funcionais (Dehousse, 2000: 1).

⁴⁹¹ Estas marcas de constitucionalismo também podem ser vistas como elementos da criação de uma unidade política parcial (Padoa-Schioppa, 2003: 11) e, nessa perspectiva, como passos de um processo de edificação estadual. Esses elementos fazem com que o estudo do processo de construção europeia dê origem a um constante retomar do conceito de estadualidade, quer numa perspectiva

imagem ou construção explicativa mais vigorosa no Direito comunitário (Bogdandy, 2000: 211).

De facto, a realidade⁴⁹³ impôs o reconhecimento de que *no tocante a certas matérias fundamentais, a Comunidade evolui e comporta-se como se o seu texto fundador não fosse um tratado regulado pelo direito internacional, mas sim, nas palavras do Tribunal de Justiça, uma carta constitucional regulada por uma forma de direito constitucional* (Weiler, 1997: 96)⁴⁹⁴.

[242]

Vimos sumariamente como diferentes circunstâncias forçaram a perspetivação do processo de construção europeia em termos constitucionais⁴⁹⁵ (nomeadamente a transformação dos tratados em carta constitucional pelo tribunal, e, bem assim, as características do sistema comunitário e da sua ordem jurídica).

Faltará, no entanto, referir um último argumento – não menos importante, ainda que surgindo no fim – que consiste naquilo que a doutrina refere frequentemente como o argumento normativo.

A abordagem do processo de construção europeia no quadro (tradicional) do direito internacional remete para um tratamento no qual muitas das posições dominantes se alicerçam na perspectiva (pragmática ou mesmo céptica) de que o funcionamento do meio internacional releva de jogos de forças estruturais ou impessoais. É o caso do marxismo (que concebia a História em fases pré-determinadas, cuja evolução resultava das relações entre o trabalho e o capital), de

negativa – de resistência a essa tendência – quer positiva – de acolhimento do padrão estadual (Shaw, Wiener, 2001: 64).

⁴⁹² Será importante ponderar neste ponto que a análise constitucional permaneceu mesmo depois da recusa popular do tratado que aprovava a Constituição Europeia, o que denota a menor relevância dada ao assentimento democrático (Everson, 2006: 148).

⁴⁹³ O processo de progressiva constitucionalização dos tratados distingue-se dos processos constitucionais nacionais na medida em que não existe um poder constituinte propriamente dito nem um momento constitucional (Müller, 2007: 12).

⁴⁹⁴ No mesmo sentido, quase duas décadas antes, v. Stein, 1981: 1.

⁴⁹⁵ Alguns autores colocam a situação ao contrário: a realidade demonstrou, de forma crescente o carácter insuficiente ou inadequado da base constitucional do processo de integração (Rubio-Llorente, 1998: 15). A ideia é todavia a mesma.

alguma sociologia (nomeadamente de Durkheim, que recuava à divisão do trabalho para explicar todos os fenómenos sociais⁴⁹⁶), ou a escola realista ou da *realpolitik* (que via no meio internacional um palco de competição pela riqueza, domínio e poder⁴⁹⁷) – (Philpott, 2001: 6/7).

Para todas estas perspectivas – cujos referenciais ideológicos são bem diferenciados –, as relações internacionais (entre Estados, literalmente) não são criteriáveis⁴⁹⁸ mas apenas observáveis: porque a História está pré-determinada, porque o determinante delas são outras relações (e não eventuais critérios jurídicos), ou porque se trata de um mero terreno de luta pela sobrevivência e/ou domínio⁴⁹⁹.

Neste contexto, qualquer análise do processo de integração europeia, teria também de reconduzir-se a uma mera observação, tendo em vista, quando muito, a caracterização de padrões ou impulsos dominantes.

O constitucionalismo surge como alternativa a esta situação (a qual reduz no essencial o processo a uma adequação dos interesses dos Estados-membros por via

⁴⁹⁶ Nesta perspectiva – e bem assim nas análises sociológicas em geral – questiona-se a própria racionalidade do meio internacional (Perry, 2010: 2).

⁴⁹⁷ A escola da *realpolitik* (também referida como realista ou neo-realista), remonta historicamente aos trabalhos de Tucídides, Maquiavel e Hobbes (Perry, 2010: 3) e apresenta-se actualmente em diferentes matizes. Para além da abordagem instrumentalista que (resistindo à pressão normativa) perspectiva os Estados como actores racionais que procuram maximizar as suas preferências ou objectivos (Geisinger, Stein, 2008: 1129; Pollack, 2010: 1) – posição que é relativamente corrente na doutrina – parece que o acento mais característico dessa escola está na insistência de que os Estados têm uma aversão natural a assumirem riscos no plano internacional (Guzman, 2008: 122; Smith, 2000: 35). Cf. nota 288, p. 141.

⁴⁹⁸ Repare-se que a tentativa de enquadrar as relações internacionais em termos minimamente ordenados surge já no século XX, com o conceito de sociedade internacional introduzido no discurso académico por Hedley Bull (1932-1985). Esta existiria quando um grupo de Estados, consciente de certos interesses e valores comuns, forma uma sociedade no sentido em que se consideram vinculados a um conjunto de regras que regulam as suas relações e convergem no labor de instituições comuns (Alderson, Hurrell, 2000: 3). Este discurso não deixa, todavia, de remeter para os interesses nacionais (ainda que comuns), cuja defesa intransigente permanece como a primeira obrigação dos órgãos com competências internacionais.

⁴⁹⁹ É a conspiração entre os especialistas de relações internacionais e os decisores políticos que assegura a estes a validade e racionalidade transcendental dos estranhos padrões do seu comportamento (Allott, 1990: xvii).

puramente negocial), impondo uma abordagem normativa (Bellamy, Castiglione, 2000: 2), ou seja, uma adequação assente em critérios⁵⁰⁰ gerais⁵⁰¹.

Esta abordagem normativa – em termos de dever ser (MacCormick, 1989: 2/3) – pode apresentar diferentes perspectivas ou pressupor diferentes noções (Maduro, 2004: 1): desde a limitação do poder⁵⁰² (por referência ao conjunto de instrumentos políticos e legais limitadores do exercício do poder público) a noções de expressão política (se é concebido como um instrumento de organização do poder tendo em vista a prossecução do bem comum), passando por um eventual carácter procedimental (quando se refere à função de criar um enquadramento dentro do qual diferentes perspectivas do bem comum possam compatibilizar-se ou arbitrar-se em termos adequados)⁵⁰³.

⁵⁰⁰ A critériação do processo é relevante também para minimizar as deficiências resultantes do intergovernamentalismo tradicional. Assim, em primeiro lugar, vem sendo sublinhado o facto de o funcionamento do Conselho Europeu escapar ao controlo político, mesmo que indirecto: a acção conjugada dos chefes de governo no âmbito deste órgão contorna os mecanismos de controlo de natureza convencional clássica (e os próprios mecanismos parlamentares europeus) criando um poder informal de uma classe dominante dirigente cuja acção escapava à legitimação democrática mínima (Brunkhorst, 2006: 441). A entrada em vigor do Tratado de Lisboa limitou parcialmente esta circunstância ao tornar expressa a incompetência legislativa do Conselho Europeu (art. 15.º/1 TUE) e impor o carácter público das sessões do Conselho que visem a adopção de actos legislativos (art. 16.º/8 TUE). O poder informal destes órgãos mantém-se, todavia.

A outra situação que escapa ao controlo político democrático – no caso, ao controlo directo (via PE) e indirecto (via Conselho) – é o Banco Central Europeu, que dispõe inclusivamente de poderes legislativos (art. 132.º TFUE), em matéria monetária (Brunkhorst, 2006: 450).

A inexistência de controlo político confronta directamente as mais básicas exigências modernas. Recorde-se, a propósito, aquilo que anteriormente [76] referimos: ao substituir o princípio do segredo do rei pelo da publicidade da lei, a modernidade tornou imprescindível que o exercício do poder ocorra face à lei (Roermund, 1997: 364), o que não pode deixar de supor a existência de controlos.

⁵⁰¹ A doutrina realista ou neo-realista frequentemente insiste que o funcionamento da UE permanecerá orientado pelos interesses dos Estados-membros, considerando que a invocação de valores jurídicos ou normativos constituirão meros disfarces (Perry, 2010: 9).

⁵⁰² Neste âmbito, é curioso observar como até os autores cujas perspectivas doutrinárias são marcadamente conservadoras (do *status quo* tradicional), vêem, hoje em dia, no constitucionalismo o enquadramento de resposta para justificar, já não o recuo no processo de integração, mas antes, a sua paragem. Assim, p. ex. Moravcsik ataca o neofuncionalismo e a perspectiva de um processo contínuo de integração (representado na frase do preâmbulo do TCE, da *união cada vez mais estreita entre os povos europeus*), defendendo a existência de um equilíbrio constitucional que deve ser preservado (Moravcsik, 2005: 351).

⁵⁰³ Ainda assim, nestas noções a normatividade constitucional parece ainda surgir em termos de legitimação e, nessa medida, o constitucionalismo permanecerá ancorado no discurso estadual. Por isso, outros autores defendem uma análise construtivista libertada desse discurso e na qual o constitucionalismo se referiria ao conjunto de escolhas relativas à caracterização formal do processo

De qualquer forma, importa, nesta fase, reter que constitucionalização equivale a uma ordenação (*normativação*) – e nesse sentido é sempre uma *criteriação a priori*.

[243]

Vimos até agora como e porque surgiu a análise constitucional no processo de integração europeia. Caberá então – antes mesmo de referirmos os resultados possíveis desta perspectiva – evidenciar a substância da mudança, no paradigma de análise.

A dinâmica do processo de integração introduzido pelo TCE em 1957 era de natureza fundamentalmente económica. As liberdades asseguradas no quadro do mercado comum constituíam o principal caminho através do qual⁵⁰⁴ os objectivos genéricos eram prosseguidos.

Essa natureza essencialmente económica concluiu-se com o TUE, o qual, tal como referimos anteriormente, alcançou a última fase da integração económica, instituindo a União Económica e Monetária. Esta impunha todavia, só por si, um maior grau de aproximação política (quanto mais não fosse, em razão da co-responsabilização mútua⁵⁰⁵ pelo funcionamento dos principais mecanismos de regulação económica⁵⁰⁶). Mas, além disso, o tratado introduzia alterações, também elas com incidência política (nomeadamente o regime da cidadania europeia, a política externa e de segurança comum ou ainda o alargamento das competências comunitárias). Combinaram-se assim dois objectivos: o aprofundamento (final) da integração económica e o desencadear da integração política (Padoa-Schioppa, 2003: 10).

político e, bem assim, aos compromissos sociais básicos em que assentam essas escolhas (Shaw, Wiener, 2001: 80).

⁵⁰⁴ Tratando-se do vector essencial do processo, os objectivos económicos seriam progressivamente radicalizados, passando da mera integração dos mercados à construção de um mercado de concorrência perfeita (Scharpf, 2000: 9). E, por isso, a implementação das liberdades económicas se fez em termos de transformar um quadro – particularmente complexo – de relações internacionais numa ordem económica doméstica (Padoa-Schioppa, 2003: 9).

⁵⁰⁵ A regulação económica ao nível europeu gerou externalidades positivas e negativas. Estas, dependendo da sua dimensão, têm impactos políticos que impõem um tratamento da mesma natureza (Scharpf, 2000: 11).

⁵⁰⁶ O TCE, ainda que incidindo essencialmente no vector económico (visando a criação de um Mercado Comum), envolvia já todo o leque das funções de política económica estadual, regulando não apenas a afectação de recursos, mas também a sua redistribuição e estabilização. Em termos objectivos, à preocupação de eficiência acresciam as de equidade e estabilidade (Padoa-Schioppa, 2003: 7).

A integração europeia evoluiu, portanto, progressivamente de uma dinâmica económica para um enquadramento político, tal como se havia previsto (Schuman, 1963: 145) e se tinha aliás por essencial (Cartou, 1986: 58). Claro está que o processo de constitucionalização ocorrido no entretanto também contribuiu nesse sentido. Esse processo revela, aliás, dois intuitos essenciais: a vontade de aprofundar a integração e a vontade de elevar os valores liberais a um nível constitucional (Harlow, 2000: 16). E, curiosamente, foi a constatação do peso ou valorização excessiva dos valores económicos que forçou uma abordagem criteriosa⁵⁰⁷ (constitucional⁵⁰⁸, portanto).

Repare-se, no entanto, que essa evolução do âmbito económico para o político impõe o abandono de uma lógica instrumental, orientada para uma mera comunidade de interesses⁵⁰⁹.

Na verdade, o domínio – ou, pelo menos, o predomínio – económico permitiu que a comunidade fosse sendo perspectivada segundo as fórmulas tradicionais que viam no meio internacional um outro nível, no qual os Estados prosseguiram a defesa

⁵⁰⁷ Alguma doutrina insiste no facto de a racionalização dos sistemas políticos actuais não resultar de normas constitucionais mas do domínio exercido pelos partidos políticos que transformaram a democracia representativa numa democracia plebiscitária (Rubio-Llorente, 1998: 6). Sem pretendermos entrar na discussão – que não se nos afigura relevante para a nossa exposição –, diríamos que a intervenção essencial dos partidos políticos no funcionamento dos sistemas políticos contemporâneos, mesmo quando não expressamente tratada nos textos constitucionais, integra uma prática constitucional constante, devidamente fundada em interpretações constitucionais estáveis. Nestas circunstâncias, as constituições são sempre reveladoras dos critérios jurídicos essenciais do funcionamento da vida política.

⁵⁰⁸ Mantiveram-se naturalmente perspectivas diferentes, considerando fúteis as tentativas de justificar constitucionalmente as convergências económicas, tecnocráticas e jurídicas ao nível europeu, por, neste nível, permanecerem apenas processos decisórios fragmentados (Areizla, 1999: 12).

⁵⁰⁹ Roermund identificava, a propósito, a ideia de mercado comum como um dilema fundamental: *onde existe um mercado, não há uma comunidade (mas concorrência), e da mesma maneira, onde existe uma comunidade, não há mercado, mas cooperação. De facto, se um mercado é definido como um lugar onde ofertas e procuras concorrentes se encontram, não há muito de comum num mercado* (Roermund, 1997: 371).

Face à questão colocada, deve ter-se presente, para além do que consta na nota seguinte (que recontextualiza na construção europeia a ideia de mercado), que o mercado garante um nível de eficiência económica que constitui um poderoso interesse comum. E torna também patente a possibilidade de articulação de interesses divergentes (que não deixa de ser um desafio básico de toda a comunidade).

dos seus interesses⁵¹⁰, articulando-se com outros Estados, na medida em que existisse ou subsistisse uma convergência desses mesmos interesses. E, neste enquadramento, a legitimidade das instituições supranacionais era sempre indirecta, justificando-se estas em razão da sua eficiência relativa (ou seja, da capacidade de dar resposta à prossecução dos interesses nacionais⁵¹¹).

A evolução para âmbitos progressivamente políticos torna esse enquadramento desajustado⁵¹². Se – como vimos atrás – a comunidade evoluiu e se comporta como se o seu texto fundador fosse uma carta constitucional (Weiler, 1997: 96), a legitimação dos seus actos⁵¹³ e a caracterização das suas instituições têm de ser outras (Lindset, 2003: 365). Impõe-se a assumpção plena do carácter seu jurídico, o mesmo é dizer, a afirmação de uma verdadeira *Rechtsgemeinschaft* ou comunidade de direito (Rubio-Llorente, 1998: 15).

Essa perspectiva tropeça todavia num outro problema: é que a natureza constitucional (existente ou a assumir no futuro) não se assume através da mera transposição das lógicas políticas⁵¹⁴ estaduais para o nível comunitário, pois a UE não

⁵¹⁰ Esta realidade era apenas aparente, uma vez que o processo de integração incluiu, desde muito cedo, preocupações de redistribuição, as quais são típicas das comunidades nacionais (Padoa-Schioppa, 2003: 7) e contrariam essa perspectiva da mera defesa dos interesses individuais.

⁵¹¹ A doutrina constata que os órgãos supranacionais – em especial o Tribunal e a Comissão – ultrapassaram, em muito, o âmbito previsto nas negociações do TCE, não obstante, os governos concederam-lhes o apoio necessário por assumirem o interesse no aprofundamento dos objectivos económicos (Scharpf, 2000: 15).

⁵¹² O protelamento das exigências de legitimação ao nível europeu enfraqueceu o próprio processo de constitucionalização. E assim se potenciaram críticas referindo que *os tratados europeus são uma constituição para uma classe política que se aliou com os poderes económicos e com a comunicação social para se tornar num classe transnacional nova e flexível que apenas se refere aos cidadãos em termos de ‘as pessoas da rua’*. Eles são parte de um projecto cosmopolita, mas infelizmente é um cosmopolitismo de poucos (Brunkhorst, 2006: 436).

⁵¹³ O TUE e as dificuldades sentidas com o seu processo de ratificação tornaram evidente que a União Europeia não podia continuar a fundar a sua legitimidade na dos seus Estados-membros (Eriksen, Fossum, 2004: 445).

⁵¹⁴ O funcionamento da UE alterou o entendimento e a prática sobre o que se entenda sobre legitimidade política (Radaelli, 2000: 19). Na verdade, esta é permanentemente pressionada a replicar os níveis de legitimação exigidos no Estado liberal-democrático – nomeadamente em termos de controlo da actividade política e respeito pelos direitos humanos –, embora não seja um Estado, nem uma Nação. Vê-se, por isso, forçada a inovar na forma de atingir essas exigências próprias do modelo estadual (Lord, Magnette, 2004: 189).

é, nem aspira a ser um Estado⁵¹⁵ (Scharpf, 1994: 9). E muito menos aspira a substituir-se aos seus Estados-membros.

[244]

O aparente impasse da situação acabada de descrever denota a impossibilidade de a perspectivar no quadro tradicional e conseqüentemente a necessidade de encontrar alternativas de resposta.

O impasse resulta de uma situação que, sendo nova, nunca havia sido sentida nesta dimensão: o pluralismo⁵¹⁶ constitucional ou jurídico.

O que acontece é que a par da ordem jurídica interna dos Estados-membros e progressivamente distinta da ordem jurídica internacional, surgiu a ordem jurídica comunitária⁵¹⁷ (ou europeia, como actualmente deverá ser referida).

A visão hierárquica tradicional vem desenhando soluções mais ou menos funcionais para articular as ordens jurídicas nacionais e internacional, mas essas soluções mostraram-se desadequadas para a regulação das relações entre essas ordens jurídicas nacionais e a ordem comunitária (Avbelj, Komarék, 2008: 326). Essa desadequação tornou-se incontornável à medida que a ordem jurídica comunitária reclamava para si um estatuto constitucional.

⁵¹⁵ Curiosamente, a própria designação de União Europeia é equívoca, no sentido em que não retrata uma realidade mas uma ambição (Ash, 1998: 51); assume portanto um carácter relativamente indefinido, por não indicar qualquer modelo conhecido.

⁵¹⁶ O uso do conceito de pluralismo jurídico é, no âmbito da ciência política, paralelo à noção de exercício do poder em diferentes níveis (*multilevel governance*). Assim, em vez de observarmos a co-existência de diferentes ordens jurídicas podemos dirigir a nossa atenção para os modelos políticos e perceber como eles são desadequados. Na verdade, a UE não pode caracterizar-se como uma democracia, mas também não cabe nos conceitos tradicionais da cooperação intergovernamental (que vão desde a organização internacional à federação passando pela confederação). Por isso, a doutrina tem procurado refazer a análise a partir de conceitos simples articulados na constatação da pluralidade dos níveis de poder europeu (Scharpf, 2000: 8). Repare-se que esta perspectiva não apenas reconhece a existência dos diferentes níveis de exercício do poder, como também os procura analisar conjugadamente, *maxime* percebendo em que termos o funcionamento institucional ao nível europeu depende do nível nacional e vice-versa.

⁵¹⁷ O pluralismo jurídico não surgiu naturalmente com o processo de integração europeia e a afirmação da nova ordem jurídica dele resultante. Esta limitou-se a evidenciar mais uma situação de pluralismo. A necessidade de adequar as perspectivas jurídicas tradicionais (hierárquicas) a visões pluralistas é, hoje em dia, recorrentemente lembrada. Assim, não pode já considerar-se obrigatório para o Estado constitucional o modelo do Estado nacional clássico. No seu actual nível de desenvolvimento, todos os Estados constitucionais, sejam eles mono ou multiculturais, têm de ser concebidos em termos pluralistas (Häberle, 2000: 94).

A simultânea afirmação do princípio do primado do direito comunitário parecia apontar no sentido da subsunção das ordens nacionais à nova ordem europeia. O processo formal de constitucionalização dos tratados pôde, por isso, ser sentido⁵¹⁸, por alguns sectores, como o momento em que essa situação se pretendia positivar. E surgiram – ou ressurgiram – todos os argumentos tradicionalmente resistentes ou eurocépticos – o mais relevante dos quais sempre será o de que enquanto não houver um povo europeu⁵¹⁹ suficientemente homogéneo para formar uma vontade europeia (uma expressão democrática) não deve haver constituição (Craig, 2001: 136).

Tratava-se ainda da incapacidade de lidar com o pluralismo jurídico e os equívocos daí resultantes⁵²⁰. Ou da tradicional dificuldade em aceitar a tensão entre unidade e diversidade.

[245]

A abordagem constitucional comporta tantas variantes que frequentemente se mostra mais empenhada em salientar as diferenças do que em ultrapassar a questão inicial do pluralismo jurídico.

A patente dificuldade actual da doutrina em definir o caminho futuro – que tem sido eufemisticamente justificada como uma pausa para reflexão (Erk, 2007: 634) – oferece, todavia, a oportunidade de uma ponderação mais cuidada do processo constitucional, distinguindo diferentes níveis e objectivos,

⁵¹⁸ Esta diferença, entre o texto constitucional e a percepção do mesmo, é frequentemente salientada na doutrina constitucional através da distinção entre constituição formal e constituição real. As dificuldades em fazer passar os textos constitucionais (*maxime* o projecto de tratado da constituição europeia, mas, no geral, os diferentes tratados que actualizam o direito originário) resultam, em última instância, da não coincidência da constituição formal – em apreciação – com a constituição real – sentida pelos eleitores ou decisores (Erk, 2007: 634).

⁵¹⁹ Sendo certo que a oposição ao processo de integração tende a concentrar-se na premissa de que o Estado-nação constituirá o limite natural da capacidade de construção de comunidades viáveis (O'Neil, 1996: 3). Nesse sentido, a exigência de um *demos*, como condição, é equivalente no eurocepticismo à negação da viabilidade do processo.

⁵²⁰ Genericamente as teorias da integração concentram-se em verificar se a integração europeia fortalece ou enfraquece o Estado, ou debruçam-se sobre o exercício do poder em diferentes níveis (Radaelli, 2000: 6). Este último aspecto é frequentemente negligenciado nas análises mais superficiais.

De qualquer forma, o exercício do poder em diferentes níveis (infra ou supranacionais) não afasta a necessidade de legitimação. E esta, em última instância, traduz-se no assentimento popular (Davies, 2008: 9).

Para se perceber esse enquadramento, a primeira distinção a fazer será entre a constitucionalização material e a constitucionalização formal. Aquela (a constitucionalização material⁵²¹) corresponde ao processo de transformação dos tratados em carta constitucional a que já nos referimos anteriormente [239], ou seja, à progressiva consideração destes nessa qualidade (daí retirando também os efeitos necessários). A abordagem constitucional do processo de construção europeia fez-se aliás em termos materiais, reconhecendo nos tratados – e na ordem jurídica por eles criada – conteúdos constitucionais, sendo essa qualidade que justificava esse tipo de abordagem. Dito de outra forma, toda a abordagem constitucional pressupõe o reconhecimento de realidades que possam (ou devam) ser tratadas nessa perspectiva e, nesse sentido, ela força a constitucionalização (ao pressupô-la).

[246]

A constitucionalização formal corresponderá à assumpção pelos tratados do carácter constitucional. Essa assumpção pode ser implícita [247] – se o texto regulador exerce competências constitucionais, nomeadamente por via da demarcação das competências entre os Estados-membros e a UE – ou explícita [248] – se essa demarcação apresenta um carácter federal, determinando e regulando as funções próprias dos diferentes níveis de poder político.

Por sua vez, dentro da constitucionalização implícita distinguiremos duas variantes ainda: os modelos híbridos [249] – que procuram manter a articulação das ordens jurídicas simultaneamente dentro dos quadros nacional e internacional – e o chamado supranacionalismo deliberativo [250] – que incide o essencial da atenção ao processo decisório.

Da mesma forma, no quadro da constitucionalização explícita (federal), são distinguíveis pelo menos duas grandes correntes: o federalismo do tipo americano ou hamiltoniano [252], orientado para o equilíbrio das competências políticas dos níveis

⁵²¹ O conteúdo constitucional essencial, que permite o uso do conceito de constitucionalização material, será o que se reporta à ordenação do poder (os *checks and balances*) e sua limitação, como consequência de imperativos civilizacionais (Müller, 2007: 2) e do reconhecimento de direitos fundamentais.

de poder nacional e federal, e o federalismo pós-nacional [254], referenciado essencialmente num quadro de protecção de direitos fundamentais.

Para melhor se perceberem as distinções acabadas de referir, justificar-se-á a sua representação gráfica, através do quadro seguinte:

Tipos de Constitucionalização	Material		
	Formal	Implícita [247]	Modelos híbridos [249]
			Supranacionalismo deliberativo [250]-[251]
	Formal	Explícita [248]	Federalismo hamiltoniano [252]-[253]
Federalismo pós-nacional [254]			

Figura 8 – Abordagens constitucionais

[247]

A constitucionalização formal implícita – visando a demarcação precisa dos diferentes níveis de competência – é assinalável em boa parte dos tratados de revisão (pelo menos a partir do TUE), sendo muito clara na negociação do tratado constitucional (Craig, 2001: 136) e permanecendo no Tratado de Lisboa. Neste, todavia, deixou-se cair a designação constitucional, para evitar a confusão com os modelos federais que, em alguns Estados europeus (designadamente em França e no Reino Unido) levantam muitas resistências.

A constatação – desde o TUE – de que o processo esgotara os mecanismos económicos e evoluía necessariamente para níveis políticos, abriu definitivamente a porta à análise constitucional⁵²² – que se tornou a perspectiva dominante na doutrina (não impedindo contudo o desastre sofrido na tentativa de adequar a designação do direito originário a tal perspectiva).

⁵²² A doutrina tende a aceitar que, embora a UE tenha sido criada como um tipo de cooperação interestadual, essa situação mudou, tendo sido estabelecidos acordos constitucionais incompletos (Eriksen, Fossum, 2004: 444). Há, portanto, uma contratualização da transferência de soberania, num constitucionalismo quase-federal (Machado, 2010: 59).

Veremos, no entanto, adiante que esse esforço de demarcação dos níveis de competência nacionais e europeu pode surgir ainda no quadro do desenvolvimento do carácter híbrido dos tratados – simultaneamente internacional e constitucional [249] – ou visando uma caracterização específica das normas comunitárias, cuja validade e legitimidade decorrerão dos termos da sua produção [250].

[248]

A fragmentação do poder – e do seu exercício – encontra algum terreno explicativo na doutrina federalista, porquanto esta, contrariando a perspectiva revolucionária francesa, não postula a centralização política mas, pelo contrário, procura articular diferentes níveis de poder no respeito pela sua autonomia recíproca (Berman, 2009: 1149). Por isso mesmo, o federalismo constitui uma referência central na análise dos processos de agregação⁵²³ e de desagregação de poder político. Daí que constitua o modelo de referência, quando se trata de articular diferentes níveis de poder no quadro tradicional das relações internacionais.

Por outro lado, a natureza contratual dos modelos federais aproxima os tratados das constituições (tradicionais), facilitando as transições.

Daí que a constitucionalização formal explícita corresponda sempre a uma formulação federal: a afirmação expressa do carácter constitucional dos acordos constituintes dos modelos de integração.

O problema maior é que genericamente a doutrina federalista tende a ser de tal forma vaga que não oferece, só por si, respostas.

Assim, por exemplo, ao considerar a constitucionalização enquanto regulação do poder em diferentes níveis não adianta nada, já que nesta afirmação cabe tudo

⁵²³ O modelo federal americano permanece como referência central da doutrina federalista graças a algumas características que o evidenciam. Assim, para além de se tratar de um processo de agregação – a maioria dos modelos federais são aplicados em Estados ou unidades administrativas centralizadas (Brasil, Canadá, Rússia, Índia, Indonésia, Austrália, etc.), pelo que no âmbito de processo de desagregação –, o modelo americano conseguiu manter, ao longo de mais de dois séculos, uma repartição de poderes equilibrada entre Estados federados e Estado federal, e serviu de base ao único regime (plurisecular) que, desde a sua fundação, se manteve democrático.

desde a cooperação até à harmonização⁵²⁴. Já a perspectiva mais elaborada – que considera a constitucionalização como o resultado de um processo (clássico) de federalização – ou seja a transferência das competências soberanas para o nível superior (Berman, 2009: 1149) – não refere a partir de que momento ou nível existe um Estado federal. A doutrina recorre por vezes aos critérios clássicos. Por exemplo saber quem ou qual o nível que reclama o monopólio da força⁵²⁵ (Bellamy, 2005: 120). Mas até este critério se afigura frágil, face às limitações crescentes que o uso da força sofre e, bem assim, face ao uso colectivo, cada vez mais comum. Outro critério é o da soberania (saber qual o nível que reclama o exercício das prerrogativas soberanas), mas este, incapaz de capturar as interações transnacionais, acaba por perturbar o próprio discurso (Berman, 2009: 1183).

Por outro lado ainda, parte da doutrina assume que a UE seja já uma federação ou caminhe inexoravelmente nesse sentido⁵²⁶, assumindo assim que, em última instância, a autoridade federal se impõe, enquanto *law of the land* (Avbelj 2006: 395). Era esse o intuito inicial (embora vago e indefinido), mas que apresentava riscos evidenciados com a experiência falhada da CED (Schuman. 1963:149), pelo que se optou por uma via incremental. Mas o incrementalismo não responde à questão de saber qual o específico sentido da solução federal e a partir de que momento deve ter-se esta por atingida, assumindo-se, portanto, a lógica do modelo.

Neste quadro, optamos por reduzir os modelos federais – de constitucionalização formal explícita – a dois: o federalismo hamiltoniano (americano) e o federalismo pós-nacional sugerido por Habermas. Aquele porque permanece como

⁵²⁴ Berman qualifica estas respostas como estadualistas-soberanistas e universalistas (Berman, 2007: 1165).

⁵²⁵ Parte da doutrina pluralista vem chamando à atenção para o facto de que, mesmo quando apenas órgãos estaduais formais reclamam o monopólio do uso da força legítima, subsistem outras formas de coacção e pressão susceptíveis de serem desenvolvidas por actores não estaduais. Por outro lado, normas estaduais que contrariem costume internacional ou outras normas comunitárias têm normalmente pouco ou nenhum efeito (Berman, 2007: 1178).

⁵²⁶ A afirmação do primado do direito comunitário (ac. 9.3.1978, *Simmmenthal*, proc. 106/77, § 17), e o princípio da legalidade que com ela se articula, estão já directamente ligados com a soberania (Harlow, 2000: 18) e, nesse sentido, forçam a via federal.

referência teórica essencial, este porque constitui a única alternativa minimamente coerente que colheu eco na doutrina.

[249]

Vejamos agora, tal como planeamos no início deste ponto, a primeira variante do constitucionalismo formal implícito: os modelos híbridos.

Será importante reconhecer que a visão do processo de construção europeia (e da própria UE) como algo híbrido ou *sui generis* é uma das interpretações mais comuns (Crespy, 2008: 11; Avbelj, 2008: 1).

A mais simples das versões insiste que a ordem comunitária permanece dependente do direito internacional e do direito interno em termos de validade (legitimidade) e efectividade. Assim, por exemplo Eleftheriadis defende que a UE é parte de um direito cosmopolita que se edifica no amplo comprometimento com princípios gerais (longe portanto das teorias tradicionais sobre fontes de direito e mais perto daquilo que acontece no âmbito dos direitos humanos). Em todas estas abordagens, o estatuto dos tratados europeus será híbrido, devendo ser interpretado em termos ecléticos, referido simultaneamente ao direito internacional e ao direito constitucional (Eleftheriadis, 2004: 11).

As visões híbridas procuram simultaneamente a subsistência da ordem europeia e das ordens internas dos Estados-membros, enquanto ordens autónomas, assentes em critérios de validade distintos que não se imporiam mutuamente (Avbelj, 2007: 8). Outras versões apelam para um tipo de coexistência construtiva. Assim, MacCormick defende uma relação interactiva e não hierárquica das ordens jurídicas (MacCormick, 1989: 118).

O carácter híbrido padece, portanto, de alguma indefinição, parecendo por vezes, aproximar-se do pluralismo, no discurso, mas não assume as mais das vezes a recusa de qualquer princípio hierárquico.

E, por isso, o constitucionalismo europeu (no qual⁵²⁷ pontua a doutrina que insiste no seu carácter *sui generis*) tem uma instabilidade inerente (Backer, 1998: 1339), agravada pela persistente indefinição do modelo.

[250]

Referidos os modelos híbridos, passemos então para a segunda variante da constitucionalização formal implícita: o supranacionalismo deliberativo.

Esta abordagem constitucional afasta-se do modelo estadual-nacional constitucional na medida em que este é dotado de funções e poderes genéricos, ao passo que o supranacionalismo deliberativo se refere apenas a um modo específico de estruturação do processo político.

Aquilo que caracteriza esta perspectiva é o facto de conceber o direito supranacional, não como composto de regras que se sobrepõem pela sua natureza aos sistemas nacionais, mas como regras legitimadas da qualidade deliberativa⁵²⁸ da sua formação. Dito de outra forma, não devendo conceber-se a UE como um nível jurídico hierarquicamente superior, a validade e legitimidade do processo de integração dependerá do cumprimento das exigências negociais e das estratégias de formação de interesses, ou seja, da qualidade deliberativa do processo político, que deve ser assegurado por mecanismos jurídicos (Joerges, Schepel, Vos, 1999: 54).

A ideia nasce com o manifesto sobre a identidade europeia (Habermas, Derrida, 2003), no qual os autores pretendem identificar aquilo que une os europeus e os diferencia de outros (em especial dos americanos, cultural e politicamente muito próximos).

A questão da identidade europeia resulta sempre (directa ou indirectamente) da desilusão com a constatação da impossibilidade de se evoluir para uma lógica

⁵²⁷ Por vezes, a doutrina opõe a abordagem constitucional às visões internacional, estadual e *sui generis* (Avbelj, 2008: 1).

⁵²⁸ Na base desta perspectiva está a ideia da democracia deliberativa que preconiza a participação activa dos cidadãos nas decisões de natureza política (Bellamy, Warleigh, 1999: 448). Esta ideia, que é uma das mais influentes no pensamento político actual, não pondera devidamente a ignorância política e a irracionalidade dos cidadãos. A complexidade das questões políticas actuais torna impossível o acesso da maioria dos cidadãos aos níveis de conhecimento e racionalidade exigíveis num sistema democrático deliberativo (Somin, 2010: 253).

contextual. Não parecendo possível que o processo de construção europeia crie nos europeus um sentimento crescente de pertença a uma comunidade assente em valores específicos, pergunta-se, então, qual será a alternativa identificadora e legitimadora do processo.

O supranacionalismo deliberativo sugere uma resposta que constitui uma variante da lógica comunicativa referida por Erik Eriksen e John Fossum (cf. supra [127], p. 121): aquilo que identifica os europeus e legitima o processo integrativo não será genericamente o conjunto de direitos que lhes são assegurados, mas especificamente os termos em que os actos normativos são adoptados, dos quais resulta uma qualidade deliberativa que é em si formadora (identificadora) e legitimadora da própria comunidade.

Esta preocupação pode encontrar-se noutros autores que apelam à introdução de princípios jurídicos claros que imponham nomeadamente a maior participação dos cidadãos (Bellamy, Warleigh, 1998: 447; Craig, 1997: 24). A nota essencial dirige-se, portanto, ao processo de decisão, que deve equilibrar as diferentes pertenças comunitárias dos cidadãos, numa ética de participação (Bellamy, Warleigh, 1998: 448).

O supranacionalismo deliberativo veio a dar origem ao federalismo pós-nacional, ao evoluir, de uma natureza implícita (centrada no processo decisório), para um modelo político, apostado numa lógica comunicativa [254].

[251]

Muito próximo da ideia de supranacionalismo deliberativo surge o conceito de *demoicracia*.

Na Europa, o carácter democrático é assegurado pelo cumprimento das exigências de uma constituição real que se refere aos diferentes povos (*demoi*) em vez de um *demos*, uma comunidade pan-europeia (Erk, 2007: 633). De facto, tal como Joseph Weiler defendeu, as constituições são também expressões da identidade moral e política dos povos (*demoi*) que elas próprias procuram definir (Mayer, Palmowski, 2004: 583; Machado, 2010: 60).

Esta mesma ideia pode ser constatada na referência do processo de construção europeia à *união cada vez mais estreita entre os povos europeus*, que substitui a referência federal americana: *we the people*. Assim, os tratados constituem um *Verfassungsverbund*, uma concertação que é simultaneamente um acordo entre

Estados e um contrato social entre os europeus. Ela fundar-se-á, não num *demos* europeu, mas numa pluralidade de *demoi*, os *volker* ou povos da Europa, cujo caminho é o da construção de uma *demoicracia*, assente nas diferentes comunidades nacionais (Aroney, 2005: 10).

A inexistência de um povo europeu recomenda que se evite a tentação de encaminhar o processo no sentido federal (à procura de um momento constituinte) e, em alternativa, se recharacterize o processo: os tratados surgem como acordos interestaduais que traduzem um contrato social entre povos (*demoi*⁵²⁹ ou *volker*) dando origem a uma *demoicracia*, na qual não haverá um referência ou fundamento na vontade de um povo, mas de diferentes povos europeus.

Por isso mesmo, na acção comunitária permanece uma legitimação dual: a legitimação do PE (dos representantes dos cidadãos europeus) e a legitimação do Conselho (dos representantes dos povos europeus). Os actos normativos europeus assentam, assim, numa legitimação dupla (Lord, Magette, 2004: 186) que é articulada no processo de decisório.

Voltamos aqui à essência da questão do supranacionalismo deliberativo: é na qualidade do processo (na capacidade de articular em permanência os interesses do todo e das partes, na capacidade, portanto, de equilibrar a tensão entre unidade e diversidade) que, em última instância, reside a legitimação do processo integrativo e a identificação última da comunidade formada pelos europeus.

[252]

Passemos agora à constitucionalização formal explícita, ou seja, ao federalismo.

O *The New Fontana Dictionary of Modern Thought* define federalismo como *um sistema de governo no qual autoridades centrais e regionais estão ligadas numa relação política interdependente, na qual os poderes e funções estão distribuídos no sentido de atingir um substancial grau de autonomia e integridade das unidades*

⁵²⁹ O uso da expressão *demoi* na sua acepção de uma comunidade plural (composta por diferentes povos que no seu conjunto legitimam o processo) é, hoje em dia, frequente na doutrina (Joerges, Schepel, Vos, 1999: 46).

*regionais. Em teoria, um sistema federal procura manter um equilíbrio tal que nenhum nível de governo se torne suficientemente dominante para poder ditar as decisões do outro, ao contrário do que acontece com os sistemas unitários, nos quais as autoridades centrais reclamam para si a prevalência dos seus actos, a ponto de poderem redesenhar ou abolir livremente as unidades locais ou regionais de governo*⁵³⁰.

Esta definição justifica o facto de o federalismo constituir uma referência central na análise dos processos de agregação: o esforço em articular unidade e diversidade resulta, no federalismo, da sua própria essência (contrapondo-se à visão estadual-centralista, de origem francesa).

Este equilíbrio animava aliás os *founding fathers* europeus. Tal como já referimos, Monnet desejava uma federação europeia, considerando-a todavia impossível de realizar no pós guerra (Monnet, 1976: 427; Cohen, 1998: 649).

O Tribunal, por via do processo de constitucionalização dos tratados, veio a caracterizar a ordem comunitária segundo o modelo federal americano (Backer, 1998: 1340; cf. nota 471, p. 230). Há, no entanto, no modelo americano uma referência implícita a um povo americano (*We, the people*), que não existe, nem faz sentido, no processo de construção europeia, afastando portanto uma legitimidade contextual (que se pretende no caso americano). Esta divergência impediu que a constitucionalização implícita se pudesse ‘explicitar’ progressivamente.

Não obstante, em 12 de Maio de 2000, o então Ministro dos Negócios Estrangeiros alemão Joscha Fischer proferiu, a título particular, um discurso na Humboldt University, em Berlim, subordinado ao tema *From Confederacy to Federation: Thoughts on the Finality of the European Integration*. Nele se propunha que fosse definitivamente assumida a vocação federal europeia. O discurso teve um

⁵³⁰ Esta definição surge na abertura de cada *European Essay* do *Federal Trust for Education & Research*. Embora possa considerar-se razoavelmente pacífica, deve também referir-se a constatação comum na doutrina de que, verdadeiramente, ninguém consegue explicar bem o que significa o federalismo ou as suas vantagens (Swaine, 2000: 1).

impacto importante dando origem a diversas reacções⁵³¹ nos âmbitos político e doutrinal. Estas tornavam patente que a Europa não se sentia preparada para esse passo.

De facto, a opção federal não deixava ainda de pressupor (ou apontar para) uma nacionalidade e esta não pode ser a base sobre a qual se possa construir um Estado europeu, no sentido em que foram criados no século XIX os Estados italiano ou alemão (Padoa-Schioppa, 2003: 14).

[253]

No federalismo não há sobreposição de sujeitos ou de ordens jurídicas, mas antes uma articulação resultante de um acordo (*foedus*). A essência do federalismo é, aliás, a limitação contratual – formal – pelos participantes, dos poderes da federação (Backer, 1998: 1341). Mas, porque frequentemente as autoridades federais chamam a si a prerrogativa soberana, o processo constitucional de federalização pode ceder à tentação da criação de uma ordem unitária, uniforme (Avbelj, 2006: 401; Areizla, 1995: 5). É a permanente tentação hierárquica: superar o Estado-nação através da construção de uma autoridade que se lhe impõe (Padoa-Schioppa, 2003: 9).

É certo que a experiência americana mostra ser possível um quadro federal plural (de preservação da diversidade). No entanto, essa pluralidade convive desde a Guerra Civil com o princípio do primado do direito federal sobre o direito estadual (que perturbou a ordem americana no século XIX). Na UE, embora o primado seja afirmado pelo tribunal, as ordens nacionais reclamam ainda algum tipo de primazia, sem que esse conflito perturbe o funcionamento da ordem europeia (Halberstam, 2008: 5).

Subsiste, assim, neste âmbito alguma incerteza, sobre se o primado constitui uma invocação de soberania que pode permitir a imposição (hierárquica) do nível europeu ao nível nacional, ou se se trata apenas de uma transformação necessária de todo o processo de federalização que sempre começa por privar o Estado-nação do

⁵³¹ O *Jean Monnet Centre for International and Regional Economic Law & Justice* (na altura a funcionar junto da Universidade de Harvard e que no ano seguinte se transferiu para a *New York University School of Law*), liderado por Joseph Weiler, organizou a reacção mais importante, reunindo nos seus *Jean Monnet Working Papers*, quinze respostas de eminentes autores.

carácter absoluto do seu poder (Padoa-Schioppa, 2003: 15) sem que esse mesmo carácter venha ser invocado pelo nível federal.

[254]

O federalismo veio a conhecer na Europa uma variante doutrinal normalmente identificada como o federalismo pós-nacional (inspirado mais uma vez em Habermas, por evoluir, tal como referimos antes [250], do supranacionalismo deliberativo).

É pacífico que o modelo federal admite diferentes desenhos. Backer considera aliás o mero resultado de uma ponderação de três ingredientes (harmonização, subsidiariedade e disponibilidade cultural), o que pode, portanto, dar origem a um número ilimitado de variantes (Backer, 1998: 1338).

Aquilo que caracteriza o federalismo pós-nacional será tratar-se de um modelo em que o reconhecimento da diferença (da diversidade) postula igualdade e o processo se conduz por variáveis supranacionais (Fossum, 2001: 17). É o patriotismo constitucional que refere Habermas (Eriksen, Fossum, 2004: 446; Fossum, 2001: 17), no sentido da identidade pós-nacional. Esta surge bem clara no caminho germânico do pós-guerra: restaurar a auto-estima e reconquistar o respeito internacional (caminho esse que passou também pela valorização do enquadramento europeu). Foi também a opção de Portugal e Espanha, saídos dos regimes autoritários.

A visão do patriotismo constitucional reflecte a crença na capacidade formadora de instituições comuns⁵³² em que a participação política pode criar uma identidade cívica europeia pós-nacional (March, Olsen, 2005: 11).

Notamos aqui uma evolução a partir da ideia de supranacionalismo deliberativo: o processo decisório não apenas exhibe uma qualidade deliberativa capaz de legitimar o processo de integração, mas também dá origem a uma identidade cívica. O mesmo é dizer que os valores inspiradores do processo e os direitos nele

⁵³² A afirmação e o desenvolvimento de direitos (fundamentais) garantem o respeito mútuo entre os detentores. Esse respeito, assegurado por mecanismos sancionatórios, contribui para transformar culturas, tornando-as reflexivas e conduzindo ao patriotismo constitucional (Fossum, 2001: 19; Eriksen, Fossum, 2004: 436). É a lógica comunicativa que vê na UE uma *polity sui generis* (sensível à diversidade cultural). O processo de integração estabelece um sistema de cooperação fundado nos direitos fundamentais e na democraticidade dos procedimentos.

consagrados são de molde a identificar a comunidade (que não será concorrente mas complementar das identidades nacionais). Essa identificação faz-se, todavia, no respeito pela diversidade.

A essência das constituições modernas está ligada ao respeito pela dignidade e integridade individuais que decorre de uma cultura de tolerância da diferença. Face aos desentendimentos e conflitos, aposta-se primordialmente em procedimentos (racionais) próprios de resolução. Estes garantem a protecção individual e a participação de todos (na formação dos consensos, das soluções e das decisões: na própria produção normativa).

A democracia não se reduz ao mero desenho institucional, incluindo também um princípio legitimador, assente nos procedimentos decisórios que constituem garantias de respeitabilidade. Nestes termos, o processo deliberativo (determinando o que é justo e adequado) surge, portanto, como o cerne da democracia. A validade das normas decorre da qualidade do processo (Eriksen, 2004: 446), ou seja das condições de liberdade, inclusão, igualdade, participação e abertura. Donde, o acesso à cidadania dos povos europeus faz-se através do exercício de direitos e de outros recursos políticos. Os direitos decorrem de um reconhecimento recíproco que gera um sentido de pertença à comunidade.

Nesta perspectiva, o processo de constitucionalização será progressivo, no estabelecimento dos princípios que determinam a legitimidade democrática e geram identificação política⁵³³.

Segundo esta estratégia, o processo de integração assenta numa união baseada em direitos que gera (por adesão às instituições e seus procedimentos) a comunidade de valores (Eriksen 2004: 447) – ao contrário da segunda estratégia em que é a comunidade de valores que gera a união baseada em direitos (ibidem: 442).

É, no entanto, certo que a afirmação da igualdade nos diferentes níveis pode justificar limitações às diferenças ou especificidades. Os poderes e prerrogativas dos

⁵³³ A identificação política dependerá, nesta lógica, de um papel central do PE (onde a diversidade – as diversidades – surgem e convivem, eventualmente assumindo-se o Conselho, cada vez mais, como uma segunda câmara).

Estados-membros, por exemplo, estariam sempre limitados pela cidadania europeia⁵³⁴ (nomeadamente no tocante às políticas internas de promoção das respectivas identidades nacionais).

A cidadania constitucional⁵³⁵ surge, assim, como base de um federalismo (Padoa-Schioppa, 2003: 14), no qual se procuram ajustar constantemente – por via procedimental⁵³⁶ – as exigências incompatíveis decorrentes das necessidades de harmonização e do respeito pelo pluralismo (Backer, 1998: 1337).

3.3.1.2 *A posteriori*: judicialização

Rights, in Dworkin's inimitable phrase, are "trumps" through which courts gain power and legitimate their own claim to sovereignty (Harlow, 2000: 25)

[255]

A doutrina ignorou, durante algum tempo, o papel activo do tribunal no processo de construção europeia, perspectivando-o apenas como um aferidor da legalidade. Só mais recentemente, encontramos constatações e análises da intervenção política do TJUE (Alter, 2000: 491; Alter, 2009: 14).

⁵³⁴ Assim, tem de conceber-se a possibilidade da intervenção de instâncias internacionais ou transnacionais, enquanto fontes de autoridade alternativa que, com o tempo, podem modificar a consciência colectiva, afectar os debates locais, reforçar o poder de novos actores políticos e estabelecer mecanismos alternativos, nos quais os indivíduos e os grupos fazem ouvir a sua voz (Berman, 2009: 1150).

⁵³⁵ A formação de uma cidadania europeia, identificadora de uma nova comunidade política, tem merecido reacções diversas, tendo sido sentida como concorrente, senão mesmo agressiva, em alguns Estados-membros, principalmente quando não havia uma tradição de convivalidade com minorias (Bellamy, 2005: 122).

⁵³⁶ Importa, neste plano, não menosprezar o carácter formador dos procedimentos, pois, como salientava Norbert Elias, as identidades fundam-se em hábitos sociais partilhados e não em características substanciais, supostamente comuns aos membros da comunidade (Delmotte, 2005: 405).

A intervenção do tribunal na construção da ordem jurídica europeia, sendo fora do comum, justifica-se pelo baixo nível de consenso⁵³⁷ político (Schmid, 2006: 198; Burley, Mattli, 1993: 46), mas tem de enquadrar-se em termos históricos.

Renaud Dehousse explicou, de forma muito clara, como é que as estratégias políticas começaram a desenrolar-se parcialmente através do palco judicial (Dehousse, 1999).

Assim, foi a Comissão quem mais cedo recorreu a acções judiciais para pressionar os Estados-membros, em matéria de negociação política. Estes reagiram, também no terreno judicial, contra usurpações da Comissão, ao mesmo tempo que procuraram minimizar, também no tribunal, os efeitos de decisões que lhes foram desfavoráveis.

Mais tarde, o terreno judicial viu a sua importância elevar-se até ao nível estratégico. O governo britânico pretendeu condicionar regulações futuras, questionando actos que lhe eram pouco relevantes, com vista a obter um critério diferente, quanto à utilização de determinadas bases jurídicas (cf. ac. de 12.11.1996, *Reino Unido c. Conselho*, proc.º C-84/94).

O PE havia, aliás, já percebido essa importância estratégica, tendo-se batido para obter um acesso directo ao Tribunal. Para o conseguir, ainda antes de obter a alteração do tratado, recorreu ao próprio tribunal. Apesar de alguns dissabores iniciais, numa década apenas, o PE começou por conseguir intervir nos processos, em apoio a uma das partes (ac. de 29.10.1980, *Roquette Frères*, proc.º 138/79) e conseguiu, depois, o reconhecimento da sua legitimidade em acções por omissão (ac. de 12.05.1985, *PE c. Conselho*, proc.º 13/83) e ainda para interpor recursos de anulação de actos que afectem a suas prerrogativas (ac. de 22.05.1990, *PE c. Conselho*, proc.º C-70/88)⁵³⁸. E fê-lo sem que isso tenha causado reacções significativas, da parte dos

⁵³⁷ Terá ainda contribuído o facto, salientado por Stein, de os decisores políticos tenderem a considerar as soluções jurídicas e, em especial, as judiciais, como sendo de carácter eminentemente técnico, o que confere a estes âmbitos uma margem maior de decisão (Burley, Mattli, 1993: 44).

⁵³⁸ Neste processo, o sucesso do PE foi duplo, pois não apenas obteve o reconhecimento de um direito não previsto no tratado, mas ainda veio contrariar uma decisão anterior (ac. de 27.09.1988, *PE c. Conselho*, proc.º 302/87).

Estados-membros. Pelo contrário, no Tratado de Maastricht os Estados-membros alteraram o Tratado de Roma a contendo das pretensões do PE.

O fim das deliberações por unanimidade – que ocorreu sensivelmente com o AUE de 1986 – revalorizou o papel do tribunal⁵³⁹, pois foi aí que os Estados-membros tentaram reagir, *in extremis*, contra decisões cuja adopção não conseguiram impedir no Conselho. As próprias instituições procuraram obter, com frequência, no terreno judicial, decisões relativas à determinação das suas competências recíprocas, o que constituiu um fenómeno novo, no panorama da construção europeia.

Os Estados, pela sua parte, vieram, também eles, a multiplicar as suas pretensões junto do tribunal e, mesmo quando não intervieram directamente, acompanharam de perto as disputas, participando como observadores e juntando aos processos os seus comentários e observações, cujo carácter jurídico não escondia interesses políticos evidentes⁵⁴⁰.

A intervenção crescente do tribunal nos conflitos (mesmo de natureza política), não apenas introduziu um novo terreno de disputa política, como alterou os termos da própria disputa, ao obrigar os actores a incluírem parâmetros jurídicos na sua estratégia, face à eventualidade de apreciação judicial.

Os particulares não ficaram de fora deste jogo⁵⁴¹. Quando o tribunal afirmou a doutrina do efeito directo (ou seja, o facto de um número elevado de disposições dos tratados e do direito derivado criarem direitos na esfera jurídica dos particulares, direitos esses invocáveis perante os tribunais nacionais), a intervenção destes

⁵³⁹ Não obstante, a doutrina assinala ser menos eficaz a intervenção do tribunal na resolução de problemas entre privados, em especial no âmbito da aplicação dos diplomas de direito derivado, que se vieram a multiplicar desde que deixou de se exigir o consenso no processo decisório (Schmid, 2006: 199).

⁵⁴⁰ As intervenções surgem, por vezes, mesmo em questões onde o interesse é apenas reflexo. Assim, por exemplo a Itália interveio sistematicamente em acções envolvendo questões de segurança social dos trabalhadores migrantes, apenas para garantir que o regime fosse tão favorável quanto possível aos seus emigrantes (Dehousse, 1999: 139).

⁵⁴¹ É, aliás, de notar que quase todos os grandes acórdãos, sobre os quais assenta a constitucionalização dos tratados – *van Gend en Loos* (cit.), *Costa/ENEL* (cit.), *Simmenthal* (ac. de 9.3.78, proc.º 106/77), *Cassis de Dijon* (ac. de 20.2.79, proc.º 120/78) –, surgem por iniciativa de particulares que pretendem obter do TJCE a libertação de encargos que lhes são impostos internamente (Schmid, 2006: 225).

multiplicou-se, graças ao mecanismo do reenvio prejudicial (mecanismo esse, que o próprio tribunal veio posteriormente interpretar também, em termos de permitir às jurisdições nacionais questionarem a validade dos actos nacionais, face ao direito comunitário⁵⁴²). O princípio do primado colocou, por sua vez, o nível judicial na posição de terreno ideal nas disputas contra os obstáculos internos ao funcionamento do mercado. As dificuldades nos procedimentos tornaram, assim, frequentes as intervenções de agentes associativos ou grandes sociedades⁵⁴³, o que demonstra a atracção de jogadores de elite, valorizando o próprio terreno judicial.

A judicialização teve como consequência essencial um alargamento dos poderes do próprio tribunal (e dos tribunais nacionais), aumentando a margem de manobra dos agentes públicos e privados (disponibilizando-lhes ou alargando o espaço no plano judicial). O processo – numa percepção corrente na doutrina (Alter, 2000: 490) – auto-alimentou-se a partir dos interesses dos participantes. E, nesse sentido, a judicialização assenta numa legitimidade instrumental⁵⁴⁴.

[256]

Esta situação – de intervenção do judicial no legislativo (e, igualmente no executivo, se o nível de precisão a que é levada a actividade interpretativa é de tal forma que enquadra a actividade executiva em termos tão precisos que envolvem escolhas dessa natureza) – é frequentemente designada na doutrina por activismo judicial (*judicial activism*).

⁵⁴² Por volta de 1965, um cidadão comunitário podia pedir num tribunal a anulação de disposições legais nacionais por contrariarem disposições dos tratados directamente aplicáveis. Por volta de 1975, um cidadão comunitário podia pedir num tribunal a anulação dessas disposições por contrariarem disposições de direito derivado, nomeadamente directivas. E, em 1990, os cidadãos comunitários podem pedir aos seus tribunais nacionais para interpretar a legislação nacional em conformidade com directivas que não foram transpostas no prazo (Burley, Mattli, 1993: 42).

⁵⁴³ Marc Galanter viria a conduzir, neste plano, um estudo importante, introduzindo a distinção entre litigantes ocasionais (*one-shooters*) e litigantes insistentes (*repeat players*), permitindo uma percepção mais afinada dos diferentes tipos de vantagens obtidas pelos particulares com a intervenção do tribunal (Mattli, Slaughter, 1998: 186).

⁵⁴⁴ Essa legitimidade não colhe, todavia, a unanimidade na doutrina que ciclicamente questiona a disponibilidade do TJCE em servir de motor do processo de integração, colmatando as falhas do sistema (Everson, 2006: 194). Não obstante, a doutrina tende a acolher entusiasticamente a acção do TJUE (Dehousse, 1999: 133).

Aquilo que aqui designamos como judicialização, corresponde, portanto, a um tipo de activismo judicial, o qual ocorre quando é deixada (voluntariamente ou por inércia) ao poder judicial a função de definir os critérios de regulação⁵⁴⁵. Na parte que nos interessa, o tribunal definiu especificamente critérios reguladores da tensão entre a vontade de preservação da diversidade e os impulsos de unificação que animam o processo de construção europeia. Essa definição fez-se no quadro da própria actividade judicial: através da jurisprudência (geral e abstracta) que expôs a interpretação dada às normas jurídicas aplicáveis aos conflitos objecto de apreciação.

Já a seguir, veremos em que termos o tribunal procurou criteriar a tensão entre unidade e diversidade. Antes, porém, convirá produzir uma reflexão relativa ao activismo judicial que essa intervenção representa.

O desenvolvimento dos conteúdos normativos pelos órgãos judiciais tende a ser visto como uma violação do princípio da separação de poderes (que, no âmbito estritamente europeu, surge numa formulação específica, sendo identificado como princípio do equilíbrio institucional – cf. art. 13.º/2 TUE). Nesse sentido, Harlow defende que o uso do direito como instrumento de integração política, no quadro de um vácuo político, altera o equilíbrio entre os poderes (em benefício do poder judicial) e afecta também as relações entre a UE e os Estados-membros⁵⁴⁶, originando, assim, uma dupla perversão democrática (Harlow, 2000: 24).

Esta circunstância – que constitui, aliás, a crítica de base ao *judicial activism* – deve ser encarada com cautela. Desde logo, porque a prática demonstra ser muito difícil estabelecer (e manter) uma linha de demarcação clara entre a aplicação de normas jurídicas e o seu desenvolvimento criativo (Schmid, 2006: 197). Este problema avoluma-se no tocante à aplicação de convenções internacionais, cujos regimes

⁵⁴⁵ Numa definição mais simples, o activismo judicial corresponde (Burley, Mattli, 1993: 45) a deliberações políticas indevidamente adoptadas por tribunais (*undue judicial policymaking*), configurando uma situação de usurpação de poder (Easson, 1994: 95).

⁵⁴⁶ A fixação, pelo tribunal, de princípios gerais constitui a mais relevante forma de harmonização, no sentido em que se trata do método mais dramático de construção de limites normativos (pelo nível supranacional) ao exercício dos poderes nos níveis nacional e subnacional (Backer. 1998: 1339).

tendem a ser consideravelmente menos desenvolvidos, exigindo, por isso, interpretações tão extensivas quanto o necessário para lhes conferir conteúdo prático.

Por outro lado, a própria actividade interpretativa – que é pressuposto da aplicação – não pode deixar de ser influenciada pelas diferentes circunstâncias que a rodeiam. Estas influências não têm, aliás, de ser sentidas como indevidas, na medida em que são indispensáveis à própria evolução do direito (Schmid, 2006: 198).

[257]

A acção do Tribunal constituiu um sucesso importante, muito referenciado na doutrina – que chegou mesmo falar de uma *Europa dos juízes* (Gomes, 2009: 53) –, sendo particularmente assinalável a sua capacidade de persuadir⁵⁴⁷ os governos, os tribunais nacionais⁵⁴⁸, as empresas e os particulares a sujeitarem à sua apreciação questões de grande relevância e a cumprirem as suas decisões (Schmid, 2006: 199). Esse sucesso decorreu, não apenas do regime convencional, mas ainda de uma combinação de perspicácia, visão e tenacidade que permitiram que as suas decisões tenham um grau de cumprimento idêntico ao dos tribunais nacionais⁵⁴⁹ (Helfer, Slaughter, 1997 : 276; Mattli, Slaughter, 1998: 177).

A actividade do TJCE tornou-o, aliás, no resultado mais eficaz possível, em termos da influência política, a que os tribunais internacionais podem aspirar (Alter, 2009: 2). E foi assim que, *perdido nessa terra de fadas que é o Grão-ducado do Luxemburgo e abençoado pelo esquecimento benigno dos poderes e da comunicação*

⁵⁴⁷ O sucesso dos mecanismos jurídicos no processo de integração depende da percepção, criada nos agentes, de que se trata de um domínio distinto do político (Burley, Mattli, 1993: 69). Dito de outra forma, depende da capacidade de criar uma aura tecnocrática nos mecanismos jurídicos.

⁵⁴⁸ É particularmente relevante a colaboração dos tribunais nacionais na aplicação dos princípios definidos pelo TJCE, nomeadamente do primado e do efeito directo, que, definidos no início dos anos 60, foram quase imediatamente assumidos nas jurisprudências nacionais (Brunkhorst, 2006: 443).

⁵⁴⁹ Alter acrescenta um clima favorável à juridificação das questões: na Europa o prestígio das instituições e dos actores jurídicos terá favorecido a influência das decisões judiciais comunitárias (Alter, 2000: 489; Alter, 2009: 14). Concorrerão ainda motivações de índole económica: o projecto (central) da criação de um mercado continental, através da abolição de fronteiras e da implementação de regras de concorrência, sempre colheu o consenso dos Estados-membros e gerou vantagens imediatamente sentidas por estes (Schmid, 2006: 199).

social, o Tribunal de Justiça criou o enquadramento constitucional de uma estrutura do tipo federal na Europa (Stein, 1981: 1)⁵⁵⁰.

A percepção de Eric Stein, de que o tribunal transformou um tratado internacional numa constituição europeia, foi completada, em 1991, pelo trabalho de Joseph Weiler (*The Transformation of Europe*), no qual mostrou como as doutrinas constitucionais europeias fortaleceram as práticas judiciais, tornando difícil aos Estados-membros fugirem às suas obrigações, através de interpretações próprias ou do mero incumprimento⁵⁵¹. Ambos os trabalhos permanecem como referências doutrinárias centrais, oferecendo uma demonstração evidente do uso efectivo, pelo tribunal, da sua prerrogativa de interpretação, para aumentar o seu papel na política europeia (Alter, 2009: 1) – nomeadamente chamando a si a função de determinar, em última instância (Weiler, Haltern, 1996: 413), os critérios de articulação da tensão entre unidade e diversidade.

Este mecanismo, tal como resulta da sua própria enunciação, releva de uma natureza hierárquica: a determinação não se faz por negociação, mas através de determinações vinculativas do órgão judicial, as quais, por vezes, só indirectamente se fundamentam em regras convencionais expressas. Mais do que isso, o processo de construção europeia tem registado a apropriação, pelo tribunal, do poder de declarar normas fundamentais, destinadas a apreciar o exercício do poder pelos Estados-membros. Como consequência, ocorreu uma limitação da discricionariedade dos níveis de poder subsidiários (os Estados-membros) na regulação dos seus assuntos internos (Backer, 1998: 1338), a qual decorre de um pressuposto hierárquico implícito.

[258]

Justificar-se-á, neste ponto, um esclarecimento sobre a origem ou fundamento desse princípio hierárquico que referimos.

⁵⁵⁰ Esta passagem tornou-se famosa, sendo muito frequente a sua citação (Bogdandy, 2000: 211; Maduro, 2006: 8; Martinico, 2008: 862).

⁵⁵¹ A doutrina intergovernamentalista sempre procurou justificar o tribunal como sendo uma instância para a qual os Estados-membros transferiram alguma autoridade, a fim de que este pudesse velar pelo cumprimento das obrigações das partes (Mattli, Slaughter, 1998: 180).

A nosso ver, a hierarquia não decorre – pelo menos necessariamente – da afirmação do princípio do primado. Tal como referimos anteriormente [93], muito embora este princípio afirme a prevalência das disposições europeias sobre as disposições nacionais, em caso de conflito, não nos parece que deva daí retirar-se – como boa parte da doutrina pretende – uma relação hierárquica necessária, pois não há qualquer submissão das ordens nacionais à ordem europeia. O que há é, apenas, a primazia das decisões europeias nos âmbitos das competências que foram objecto de transferência⁵⁵², porque, sem isso, essa transferência perderia sentido ou poderia ser esvaziada a todo o tempo.

Ambos os sistemas se reconhecem mutuamente, sendo simultaneamente exclusivos. Nestes termos, o primado não visa a subordinação do direito nacional ao direito comunitário. Os sistemas não interagem em termos hierárquicos, sendo distintos, mas parcialmente independentes, eles sobrepõem-se parcialmente, por causa do carácter incompleto – embora por vezes exclusivo – da competência comunitária (Maher, 1998: 239).

A hierarquia a que nos referimos veio nesse seguimento (mas não é ainda o primado). Ela surge por duas vias: através da afirmação e desenvolvimento de princípios gerais e da interpretação dada ao mecanismo do reenvio prejudicial, que conferiu ao tribunal uma função constitucional.

Vejamo-las separadamente, nos pontos seguintes.

[259]

O tribunal elaborou, ao longo dos anos, aquilo que designou como princípios gerais (de direito europeu⁵⁵³) – os quais beneficiam também do primado. Ora, repare-se, visto sob este prisma, o princípio já não resulta apenas da necessidade de impedir que os Estados-membros pudessem opor com sucesso, ao direito europeu, os seus

⁵⁵² De facto, só haveria hierarquia entre as ordens jurídicas se a ordem europeia chamasse a si uma competência genérica (que não tem, nos termos dos art.s 4.º e 5.º TUE) que lhe permitisse controlar o próprio âmbito das competências nacionais e os termos do seu exercício.

⁵⁵³ Para o efeito, a jurisprudência do TJUE tem-se socorrido de princípios gerais de Direito, de princípios gerais de Direito internacional e de princípios gerais de Direito comuns aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros (Gomes, 2009: 176).

actos internos. Ao alargar o âmbito do primado aos princípios gerais por si enunciados, o tribunal impõe uma adequação do direito dos Estados-membros a esses preceitos que, quando muito, são induzidos de normas convencionais ou de direito derivado, reduzindo substancialmente a margem de acção daqueles (Backer, 1998: 1339).

Nestes termos, o princípio do primado, estabelecido pelo Tribunal (a partir de uma interpretação extensiva das disposições reguladoras das suas funções) e regulado livremente por ele, permitiu-lhe impor-se brutalmente às ordens internas (Backer, 1998: 1339; Alter, 2000: 492)⁵⁵⁴, operando como que uma estadualização – ou hierarquização estadual –, pelo menos em termos legais⁵⁵⁵, da UE (Shaw, Wiener, 1999: 15).

Quando o tribunal harmoniza ele concorre para a europeização⁵⁵⁶. O mesmo é dizer, colabora activamente na defesa e desenvolvimento da unidade comunitária⁵⁵⁷, ao invés de regular a tensão entre unidade e diversidade.

Ora, tal como bem salienta Garreth Davies, o tribunal devia assumir um papel moderador das tensões, deixando de prosseguir tarefas europeias⁵⁵⁸. Devia ser neutral na regulação das relações entre a UE e os Estados-membros. Não é concebível que o

⁵⁵⁴ O grau de integração conseguido, em especial no âmbito económico, foi mesmo superior àquele que os Estados federais conseguiram impor às comunidades subnacionais (Scharpf, 2000: 16).

⁵⁵⁵ A estadualização resultou, em parte, da adesão às vertentes formais do princípio da legalidade, por contraponto com formas de regulação consensuais, comuns no âmbito internacional. A juridificação das relações intra-comunitárias (entre instituições, com os Estados-membros e com os particulares) contribuiu para essa tendência (Shaw, Wiener, 2001: 77).

⁵⁵⁶ A situação tendencialmente fragmentária do direito civil europeu parece ter justificado a posição de princípio do TJUE, no sentido de não ponderar o contexto nacional na apreciação de regras europeias. Esta situação demonstrou a incapacidade do tribunal de construir um sistema criteriado de afectação de competências judiciais (Schmid, 2006: 227). Por isso, a doutrina vem insistindo que, mais do que uma Carta Europeia de Direitos, é necessária uma jurisprudência europeia sensível às diferentes referências jurídicas nacionais e que controle a legislação europeia e sua implementação de acordo com essas referências. Mostra-se necessária a sensibilidade para a diferença, num sistema misto de exercício do poder político, que dê voz aos vários interesses e valores que convivem no seio da UE e facilite o seu funcionamento conjunto, na identificação de interesses públicos comuns (Bellamy, 2005: 129).

⁵⁵⁷ Por exemplo, com a afirmação da doutrina dos poderes implícitos ou com a interpretação extensiva das competências externas (Craig, 2001: 129).

⁵⁵⁸ Hjalte Rasmussen dizia, já em 1986, ser amplamente sabido, mas poucas vezes registado, que até os defensores intransigentes de uma Europa federal se espantam com as tendências pró-europeias de algumas decisões do tribunal (Burley, Mattli, 1993: 47).

Supremo Tribunal americano se confunda com uma ferramenta do governo federal, nem que um tribunal superior de um Estado-membro assuma os objectivos políticos de um governo nacional, porque os tribunais devem simbólica e efectivamente separar-se da função executiva.

A confusão do papel do TJUE com o de outras instituições (como se todas trabalhassem em conjunto) é, de facto, um anacronismo. Os tribunais devem estar estruturalmente em tensão com as políticas substantivas, sem serem obstrutivos, mas controlando o exercício do poder (e apoiando-o). Sendo competência do tribunal apreciar as disputas sobre o direito europeu, para que possa decidir em termos neutrais tem de assumir maior distância em relação às ambições e objectivos das partes, sejam elas Estados, privados ou organizações. Tem de ser independente. No entanto, por agora, nada nos tratados estipula ainda, sem ambiguidades, que o tribunal se situa entre as partes e não de um lado da barricada (Davies, 2008: 17).

O problema não está, portanto, a nosso ver, no primado, mas no facto de o tribunal assumir funções activas no processo de construção europeia, quando devia apenas velar pela legalidade e pela difícil articulação das tensões que nela se confrontam.

[260]

Esse fenómeno da hierarquização decorre ainda, como referimos anteriormente, da assumpção pelo tribunal de uma função constitucional, assente numa interpretação do mecanismo do reenvio prejudicial.

Os mecanismos convencionais que regulam as relações entre as ordens jurídicas não tinham esse carácter hierárquico que a interpretação do tribunal lhes deu (Harlow, 2000: 25). Mas essa circunstância foi, todavia, bem aceite⁵⁵⁹ pelos tribunais nacionais⁵⁶⁰ (Scharpf, 2000: 15; Brunkhorst, 2006: 443).

⁵⁵⁹ No geral, aliás, o activismo judicial nunca gerou, da parte dos Estados-membros ou das instituições europeias, alguma reacção adversa significativa (Burley, Mattli, 1993: 48).

⁵⁶⁰ Mesmo o Tribunal Constitucional alemão veio a arrepiar caminho na sua posição original em que se colocava como decisor último em sede de liberdades individuais (cf. *Bundesverfassungsgericht* 2 BvL 1/97, de 6 de Junho de 2000).

Isso dever-se-á, porventura, à imensa influência que as perspectivas de Hans Kelsen tinham (e, parcialmente, ainda têm) nas concepções jurídicas europeias dominantes. Essas perspectivas defendiam que a compatibilidade das normas dos diversos níveis de poder fosse efectuada através de um modelo de *judicial review*, assente numa autoridade final, exterior e superior ao sistema⁵⁶¹, com poder de decidir em termos vinculativos (Halberstam, 2008: 8). Embalados nesta perspectiva, a esmagadora maioria dos agentes comunitários, dos intervenientes nos processos e dos comentadores, ajudaram a que progressivamente se fosse aceitando esta função constitucional – mesmo que não tivesse existido qualquer mandato nesse sentido (Harlow, 2000: 14). Foi neste enquadramento que o próprio tribunal chamou a si a função constitucional – para o que constitucionalizou os próprios tratados (como vimos anteriormente) e, sobre eles, edificou uma ordem jurídica nova, legitimando aquela função nesta ordem e vice-versa (Harlow, 2000: 15). Foi a criação de um tipo de federalismo jurídico europeu (Campos, Campos, 2002: 15).

Assim, ao declarar o primado do direito comunitário com base numa interpretação teleológica dos tratados⁵⁶², sem qualquer referência às constituições dos Estados-membros, o Tribunal europeu fez com que a questão da determinação dos poderes nesta nova ordem jurídica pudesse apenas ser respondida por referência aos tratados, dos quais ele era o único intérprete⁵⁶³ (Maher, 1998: 244; Backer, 1998: 1345).

⁵⁶¹ Os mecanismos de controlo da constitucionalidade inspiraram manifestamente o reenvio prejudicial (Quadros, Martins, 2009: 69) e daí a tendência de hierarquização. Em alternativa, todavia, a doutrina propõe uma concepção constitucional bipolar que vise, já não a determinação de nível prevalente, mas o equilíbrio das pretensões concorrentes, em matéria de competências. O objectivo essencial seria, portanto, o da compatibilização mútua, impondo a ambas a determinação de mecanismos mutuamente aceitáveis para o exercício dos respectivos poderes (Scharpf, 1994: 7; Harlow, 2000: 26).

⁵⁶² O princípio representa a instalação no coração da comunidade de Nações pós-moderna da concepção kelseniana de soberania (Harlow, 2000: 25; MacCormick, 1995: 264). E, a partir daí, o verdadeiro poder deixa de residir ou resultar da letra do tratado, para se situar em inferências construídas a partir do documento, as quais justificam uma particular estrutura de poder (Backer, 1998: 1343).

⁵⁶³ Esta posição funda-se numa interpretação conjugada dos art.s 19.º TUE e 267.º TFUE (anteriormente artigos 220.º e 234.º do TCE). Assim, aquela norma (art. 19.º TUE) atribui ao tribunal a função de garantir o respeito pelo direito europeu e sobre ela recaiu uma interpretação que – indo além do preenchimento de uma condição do cumprimento do princípio da legalidade – justifica que este se

Também aqui os problemas levantados pela judicialização não decorrem do primado (nem da constitucionalização dos tratados), mas da articulação destas circunstâncias com a função de único aferidor da constitucionalidade europeia, ou seja, enquanto intérprete exclusivo dos tratados.

[261]

A judicialização teve ainda uma outra faceta, desta vez relativa à afectação de poderes judiciais concorrentes.

A mais importante afectação foi a do poder judicial interno dos Estados-membros. Partindo, mais uma vez, do regime do reenvio – que resulta de uma interpretação extensiva⁵⁶⁴ da disposição do tratado (actualmente art. 267.º TFUE) –, o TJUE (a esse tempo, TJCE) tornou os tribunais nacionais em tribunais europeus (Craig, 2001: 129; Swaine, 2000: 16; Quadros, Martins, 2009: 23), garantindo simultaneamente a sua posição de supremacia.

Por outro lado, o primado do direito comunitário libertou os juízes nacionais da força vinculativa das disposições nacionais. A obrigação de aplicar aquele prevalecendo sobre o direito nacional, incluindo o constitucional, constitui um mecanismo através do qual se tornou possível escaparem ou contornarem exigências legais (Rubio-Llorrente, 1998: 14; Mattli, Slaughter, 1998: 180⁵⁶⁵), ou questionarem a sua validade (Mattli, Slaughter, 1998: 193).

arogue à qualidade de tribunal supremo (tanto mais que detém o poder exclusivo da interpretação dos tratados no termos do art. 267.º TFUE). De qualquer forma, esse poder último de interpretação podia ter sido reclamado no quadro tradicional do direito internacional, por via da invocação do princípio da *kompetenz-kompetenz* (Craig, 2001: 134; Weiler, Haltern, 1996: 413).

⁵⁶⁴ Uma interpretação quase subversiva (Brunkhorst, 2006: 443).

⁵⁶⁵ Pollack chamou à atenção de um efeito relevante do envolvimento dos tribunais nacionais, ao salientar que, esta circunstância, tornou ainda mais difícil qualquer reacção ou resistência dos Estados-membros em relação ao direito comunitário, pois, nesse caso, teriam de enfrentar, não apenas os mecanismos comunitários, mas também os próprios tribunais nacionais que, com base no princípio do primado, tenderiam a invalidar as decisões internas que contrariassem aquele, tornando assim o risco menos suportável (Mattli, Slaughter, 1998: 182).

A abordagem hierárquica da regulação judicial gerou também atritos com outros tribunais internacionais, na medida em que dificultou a articulação de decisões conflituantes⁵⁶⁶.

Estas dificuldades, surgidas nas relações entre tribunais, deram origem a uma prática original, que é o desenvolvimento entre tribunais internacionais (e com os próprios tribunais nacionais) de diálogos institucionais, visando a resolução das situações de conflito (Burke-White, 2004: 971). E, mais uma vez, a solução surge ao arpejo do princípio da estrita legalidade a que os órgãos judiciais tradicionalmente se obrigam.

[262]

Importa referir uma última consequência da judicialização que não deve ser menosprezada. É que toda a judicialização tende a ser harmonizadora, ou seja, a limitar a diversidade.

A construção, pelo tribunal, dos princípios gerais de direito comunitário – através de uma jurisprudência *progressista* (Campos, Campos, 2002: 15) – é demonstrativa do papel de centralização cultural assumido por este (Backer, 1998: 1352).

[263]

Estas circunstâncias são, todavia, perspectivadas por alguma doutrina em termos construtivos, referido nomeadamente que o processo de integração é fruto de um processo cooperativo de um grupo muito mais vasto de actores, que cooperaram com o tribunal⁵⁶⁷ no desenvolvimento e na legitimação de uma nova ordem jurídica supranacional, dotada de características constitucionais (Maduro, 2006: 9).

Nesta perspectiva, a judicialização releva de um constitucionalismo cuja autoridade tem sido fiscalizada e desafiada nos planos jurídico e político, não sendo

⁵⁶⁶ A situação já ocorreu entre acórdãos do TJUE e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nomeadamente nos casos *Vermuelen c. Bélgica*, proc.º 19075/91, e *Emesa Sugar NV v. Aruba*, 2000 (Burke-White, 2004: 964).

⁵⁶⁷ O papel de importantes associações jurídicas terá, neste plano, sido determinante (Alter, 2009: 7), a par dos governos nacionais, que viram no âmbito europeu o nível ideal para a imputação de decisões que preferiam não tomar internamente (ibidem: 9).

hierárquica a sua relação com os ordenamentos nacionais, até por ser às constituições nacionais que o tribunal vai frequentemente buscar inspiração para a sua construção dogmática. O processo discursivo será, assim, plural e descentralizado, muito diferente portanto do constitucionalismo nacional (Maduro, 2006: 9).

Sendo fundamentáveis alguns dos factos invocados, não nos parece, no entanto, que sejam susceptíveis de afastar as preocupações relativas às questões de legitimidade que adiante referiremos.

A proximidade entre os poderes executivos e judicial no processo de construção europeia – a qual, por definição, não deixa de constituir uma preocupação – pode, aliás, ser ilustrada por outra via. De facto, ainda nos anos sessenta Scheingold afirmava já existirem pressões políticas no sentido de condicionarem a actividade do tribunal, sendo que, anos mais tarde, foi possível verificar uma tendência da jurisprudência no sentido de evitar decisões politicamente sensíveis, sempre que não beneficiasse de apoios sociais⁵⁶⁸ seguros (Alter, 2009: 6). Por outro lado, o tribunal mostra uma preocupação permanente em precaver consequências excessivas das suas decisões: não apenas limitou, com frequência, os efeitos retroactivos nos recursos de anulação (situação expressamente prevista no tratado – cf. art. 264.º TFUE), como ainda recuou em diversas matérias, no claro sentido de limitar o volume de recursos dos particulares – chamando a si, portanto, a função de regular o seu próprio contencioso (Dehousse, 1999: 147).

[264]

A função do tribunal não é a de salvaguardar o equilíbrio dos acordos celebrados entre os Estados-membros, e muito menos cumprir os fins da integração, mas apenas fazer a mediação entre o direito aplicável e o seu ambiente (Armstrong, 1998: 156).

E quando o tribunal ultrapassa essa função básica surge o défice democrático na judicialização. O quadro convencional que criou a UE conferiu um grau de

⁵⁶⁸ No mesmo sentido, alguma doutrina salienta como o desenvolvimento do reenvio prejudicial terá sido operado pelo tribunal numa estratégia de alinhamento com interesses particulares, tendo em vista (também) precaver-se contra alegações anti-democráticas do seu activismo judicial (Burley, Mattli, 1993: 64).

autonomia raro ao tribunal (principalmente se comparado com as situações nacionais), já que, ao operar num vácuo político, este manteve-se ao abrigo de qualquer concorrência institucional e alheio ao escrutínio da opinião pública (Craig, 2001: 129). Todavia, a ‘relocação’ do poder no nível judicial é anti-democrática, no sentido em que substitui uma elite comunitária por outra (Harlow, 2000: 6). Assim, a questão da judicialização é sempre, fundamentalmente, uma questão de legitimidade.

[265]

Talvez por isso a judicialização, venha sendo progressivamente enfraquecida, enquanto mecanismo regulador da tensão, à medida em que as críticas à actividade do tribunal se avolumam na doutrina (Mattli, Slaughter, 1998: 205). Perdida que está a presunção de bondade de que beneficiava a jurisprudência, é provável que o tribunal se veja pressionado a retornar a uma actividade menos interventiva. E na limitação do *judicial activism* está uma limitação da possibilidade de uma regulação *a posteriori* da tensão entre unidade e diversidade.

3.3.2 A regulação material ou qualitativa: criteriação

Understanding the problem of fragmentation [...] need not entail a search for an overarching hierarchy of systems or of interpretive authorities. Instead, we can find constitutional order in spontaneous, mutual accommodation that seeks to vindicate the values of voice, expertise, and rights at the level of global governance as well (Halberstam, 2008: 33).

[266]

A regulação material ou qualitativa da tensão entre unidade e diversidade refere-se às respostas heterárquicas ao problema do pluralismo jurídico, as quais reconhecem aos diferentes ordenamentos jurídicos igual possibilidade – legitimidade – para reclamarem a autoridade jurídica última nos seus respectivos âmbitos (Avbelj, 2006: 395). Os eventuais conflitos não têm de ser resolvidos através do recurso a normas que determinam *a priori* a prevalência de um ou de outro corpo de regras.

É certo que todas as regras materialmente jurídicas (e portanto também as regras de conflitos) determinam critérios (de ajustamento), os quais são, em princípio, mais do que meras determinações autoritárias. Isto porque, pela sua natureza própria,

todas as determinações jurídicas remetem para os valores que fundamentam os critérios.

No entanto, naquilo que toca aos conflitos de normas, as determinações são quase sempre de natureza puramente hierárquica: definem a prevalência em razão de princípios objectivos (reconduzíveis a perspectivas exclusivistas que reduzem a questão à mera determinação dessa prevalência). E, por isso, quando nos referimos à regulação material ou criteriada, estamos exactamente a salientar o recurso a critérios de dever-ser jurídico que simultaneamente visam a articulação do pluralismo. O esforço de criteriação enquadra o conflito como um desafio, pelo que a mera determinação da prevalência, a admitir-se, terá de ser sempre como última solução, já que impede a pretendida convivência das diferenças.

Dito de outra forma, todo o esforço de criteriação traduz uma resistência à tentação organizatória da uniformidade. A hierarquia corresponde ao modelo mais simplificado da organização, na medida em que concentra, na autoridade, a capacidade decisória (o modelo centralista corresponde, assim, a uma hierarquia depurada), deixando-lhe, em regra, uma opção dual (determinar, em caso de conflito, qual das regras deve prevalecer). Nesta perspectiva, toda a flexibilização nos modelos hierárquicos tende a ser vista como um encargo, ou atentado à eficiência e, nesta medida, exige justificações especiais. E a tendência ou preferência recai sempre para a reedificação da coerência própria do corpo hierárquico.

A criteriação corresponde a uma perspectiva inversa: a valorização da diversidade impõe a introdução de critérios que assegurem o máximo respeito pela diferença. Os três critérios que apresentaremos têm, segundo perspectivas diferentes, esse mesmo objectivo (mesmo que, por vezes, não resistam a remeter para soluções institucionais).

Pela sua natureza, critérios representam opções abertas, permanentemente discutíveis (ao contrário das hierarquias que determinam uma ordenação sistemática). Para além disso, os critérios, mesmo quando acomodados a contra gosto, beneficiam daquilo que John Elster chamava a força civilizacional da hipocrisia: uma vez

assumidos publicamente pelos agentes políticos, criam na população a expectativa de que agirão em conformidade (sendo essa expectativa, só por si, um elemento de pressão), e evidenciam a maior adesão social ao conteúdo dessas regras, tornando mais difícil contrariá-las⁵⁶⁹ (Goodman, Jinks, 2005: 996).

3.3.2.1 Disponibilidade cultural: pluralismo ou excepcionalismo.

In cultural and linguistic terms, Europe is marked more by its diversity than by its coherence (Fossum, 2001: 2).

[267]

A maior característica da cultura europeia é precisamente a sua heterogeneidade e multiplicidade. Em muito domínios – como a cultura popular, a gastronomia, a língua ou a arquitectura – percebe-se instintivamente a futilidade de lamentar a falta de uma cultura comum (Mayer, Palmowski, 2004: 582).

A diversidade europeia tem raízes históricas profundas, incluindo algumas com natureza supranacional. São, aliás, as instituições europeias supranacionais que apoiam (quando não incentivam mesmo) os movimentos sociais que obtêm pouca ou nenhuma atenção nas arenas políticas nacionais, em especial no plano regional (Fossum, 2001: 14). Nesse sentido, o processo de construção europeia teve como consequência a radicalização dos processos internos de diferenciação, autonomização e racionalização, o que conduziu a um enfraquecimento do poder político tradicional e a uma maior emancipação da sociedade civil (Bogdandy, 1992: 21).

Percebe-se facilmente a importância do objectivo da preservação da diversidade europeia, mas também é verdade que a Europa tem uma relação de amor-ódio com esta cultura tribal (Backer, 1998: 1335).

⁵⁶⁹ Assim, a realidade mostra, nomeadamente em matéria de direitos humanos, que a vinculação sob pressão a convenções não impede o surgimento de dinâmicas sociais que acabam por melhorar consideravelmente as práticas dos Estados na matéria (Goodman, Jinks, 2005: 996).

É que, a par do valor inquestionável da diversidade, também é evidente que os europeus têm uma longa tradição de elevarem as semelhanças linguísticas, religiosas e étnicas a qualquer coisa próxima de um imperativo de nacionalidade – o que, na maioria das vezes, é equívoco, pois essas separações culturais, quase sempre, transcendem fronteiras nacionais (Backer, 1998: 1335). Mas, a verdade é que, desenquadradas, as diferenças culturais adquirem uma dimensão política e, por isso, o multiculturalismo tornou-se terreno de batalha política (Wallace, Shaw, 2002: 3).

[268]

Percebem-se bem os riscos da identidade: uma forte identificação com uma organização, uma instituição ou um papel específico pode ameaçar a coerência do sistema colectivo. E, por isso, se levanta a questão de saber como é que um sistema político pode subsistir num quadro multicultural (March, Olsen, 2005: 8). Afinal, quanto maior for o respeito pelas diferenças culturais ou étnicas, maior será a capacidade desses grupos de resistirem à harmonização nacional ou supranacional. E, nesse sentido, mais fraco será qualquer regime pluralista. O que milita contra o respeito pela diversidade.

No entanto, também é verdade que quanto menor for o respeito por essas realidades étnicas ou grupais, maior será o potencial de instabilidade das nações com múltiplas divisões étnicas (Backer, 1998: 1335). Acresce que a noção de identidade traz consigo alguma carga negativa, na medida em que foi sendo invocada por ditadores e toda a espécie de demagogos para estabelecer uma conexão imediata com o povo e contornar as exigências democráticas (Mayer, Palmowski, 2004: 576). A identidade de um grupo facilita o apelo a lógicas orgânicas, de onde é fácil expulsar a racionalidade e o sentido crítico.

Neste dilema difícil, na Europa actual procura manter-se um controlo apertado sobre os sistemas culturais potencialmente incompatíveis.

Revaloriza-se, assim, o objectivo fixado por Kant quando recomendava que cada um agisse externamente de maneira tal que o exercício da sua liberdade fosse compatível com a liberdade dos outros, de acordo com o direito universal (Danchin, 2009: 42). Mas esta ideia de direito universal é dificilmente conciliável com qualquer esforço de respeito pela diversidade, o qual pressupõe que as diferentes concepções morais possam não ser conciliáveis.

De facto, há na tradição europeia, em simultâneo, um apelo universalista – que postula valores comuns – a par de um empenho no sentido de se respeitarem as diferenças.

Claro que é fácil aceitar o pluralismo (mesmo jurídico) de um ponto de vista exterior. Qualquer um reconhece que na maioria dos sistemas jurídicos, estão envolvidas diferentes culturas jurídicas. E que por isso, os sistemas frequentemente exibem rupturas e entrelaçamentos, mudando com o tempo, conforme as circunstâncias socioeconómicas (como as migrações). Mas, se tentarmos formular o pluralismo jurídico de uma perspectiva interna⁵⁷⁰, provavelmente paramos no ponto em que nos apercebemos de que a ordem jurídica não pode, pura e simplesmente, deixar de se afirmar como uma unidade, e que, portanto, a pluralidade de referências nas normas ou decisões jurídicas é inconcebível⁵⁷¹. O mais que nós conseguimos admitir é algum grau de complexidade na unidade do sistema jurídico – tal como este ser suficientemente flexível para integrar elementos heterogéneos no seu enquadramento (Roermund, 1997: 370). E essa abertura contempla, por vezes, alguma dose de artificialidade, quando o respeito pela diversidade gera algum tipo de trivialização cultural, elevando e preservando expressões culturais artificiais, apenas para o gozo dos grupos dominantes (Backer, 1998: 1337).

[269]

Importa, todavia, perceber que a identidade é como a dupla face de Janus: tem tanto a ver com a diferenciação e individualidade como com aquilo que é comum (Mayer, Palmowski, 2004: 577). Toda a identidade se faz distinguindo; mas essa diferenciação faz-se no seio de um grupo. É apenas por existirem elementos comuns que a distinção se justifica.

⁵⁷⁰ Não obstante, os Estados tendem, hoje em dia, a adoptar políticas multiculturalistas, no sentido de assegurarem direitos que garantam a co-existência de culturas dentro do quadro nacional (Wallace, Shaw, 2002: 4).

⁵⁷¹ As principais críticas que normalmente se levantam em relação ao multiculturalismo são o facto de esse reconhecimento minimizar a humanidade comum de todos e, bem assim, o de dificultar o diálogo intracultural (Wallace, Shaw, 2002: 4).

Neste plano, Daniel Augenstein oferece um exemplo poderoso, ao demonstrar como a diferenciação religiosa pode, na Europa, ser factor de unificação: é a cultura de tolerância religiosa – a capacidade de acomodar o potencial destrutivo dos conflitos religiosos – que valoriza a tradição europeia (Augenstein, 2008: 2). Trata-se afinal do primeiro princípio do pluralismo: não procurar apagar a diversidade (Berman, 2007: 1192).

Esse esforço consubstancia-se numa disponibilidade cultural que se baseia no excepcionalismo (*What we share is what divides us*) – e é, enquanto tal, subversiva, pois implica a possibilidade de rejeição de normas estabelecidas ao nível nacional ou supranacional (Backer, 1998: 1338). *In extremis*, ela contém em si a possibilidade da retribalização europeia: é a personificação do desejo de desmembramento dos Estados multi-nacionais, em nome da auto-determinação (Backer, 1998: 1353).

Todavia, em termos normativos e práticos, o foco na diversidade pode, por vezes, ser preferível, face às dificuldades em encontrar consenso sobre normas substantivas (Berman, 2007: 1165).

[270]

A posição da *American Anthropological Association* (AAA, 1947: 539) sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos (na altura histórica da sua elaboração) constitui um dos documentos mais citados, em matéria de particularismo, pluralismo ou relativismo. Ela merece, por isso, uma análise sumária.

Nela se perguntava, nomeadamente:

Como pode, a declaração proposta, ser aplicável a todos os seres humanos e não ser uma posição sobre direitos, concebida segundo os valores dominantes nos países da Europa Ocidental e na América?

Face àquilo que lhe pareceu ser uma contradição insanável, a *American Anthropological Association* recusou o seu apoio à DUDH, em 1947. No entanto, essa posição seria alterada em 1999, quando veio declarar publicamente o seu apoio a todas as convenções universais de direitos humanos (Engle, 2001: 536). Este novo apoio não tem necessariamente de constituir uma completa reviravolta da posição original (Engle, 2001: 537), ao contrário do que afirma a última posição da AAA. Sugere, isso sim, que qualquer declaração tem de acolher as diferenças culturais como pressuposto da afirmação de direitos humanos – e já não, portanto, impondo universalmente os padrões de uma cultura (Engle, 2001: 540).

Os pressupostos básicos da posição da AAA, em 1947, eram os seguintes (AAA, 1947: 541):

- Os indivíduos realizam a sua personalidade através da sua cultura, pelo que o respeito pela individualidade implica o respeito pelas diferentes culturas;

- O respeito pela diversidade cultural decorre do facto de não existir qualquer técnica científica capaz de avaliar qualitativamente as diferentes culturas;

- As medidas e os valores são intrínsecos à cultura em que surgem, pelo que qualquer tentativa de formulação de postulados que decorram da moral de uma cultura apenas, não pode, nessa medida, aplicar-se à humanidade.

Face a estes pressupostos, concluía a AAA que um documento que se circunscreva aos parâmetros de uma única cultura, ou expresse as aspirações de um único povo, conduz à frustração e à não realização das aspirações da personalidade de um número vasto de seres humanos (AAA, 1947: 543).

Esta influente associação não veio a justificar a alteração da posição, mais de cinquenta anos depois. Mas ela percebe-se: é que a DUDH tinha sido entendida como uma tentativa (ou pelo menos um risco) de harmonização axiológica, o que justificava a recusa. O tempo pode, no entanto, demonstrar como essa declaração – e bem assim todas as convenções sobre direitos humanos –, tinha a ver com aquilo que era comum (a igualdade e a igual dignidade), o que, como vimos, é intrínseco à própria identidade e condição da diferenciação. E, de tal forma o era, que no elenco dos direitos fundamentais viria a incluir-se o respeito pela diversidade⁵⁷².

[271]

As doutrinas federalistas reclamam normalmente a capacidade de estabelecer uma partilha de competências entre os diversos níveis de poder capaz de acomodar devidamente a pluralidade jurídica.

⁵⁷² A DUDH não contemplava ainda os direitos das minorias – que correspondem à mais importante consagração da diversidade (depois da igualdade e não discriminação, que lhe está na base), os quais viriam a ser expressos no art. 27.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

A distribuição e regulação de poderes entre os diferentes níveis de exercício de poder, o estabelecimento das salvaguardas adequadas e a definição das relações ou interacções dos diferentes níveis, constituem, de facto, uma das mais importantes tarefas do constitucionalismo neste século. O âmago do constitucionalismo está em relacionar diferentes níveis de exercício de poder, do nível local aos níveis globais, construindo um edifício com vários pisos (Cottier, Hertig, 2003: 264).

A questão está, porém, no carácter estático (porque estabelecido *a priori*) dessa repartição. De facto, tal como Judith Resnik insistia, referindo-se às múltiplas portas de entrada que um sistema federalista cria, não devem ser essencializadas as determinações daquilo que sejam as esferas de actuação devidas dos níveis local, nacional e internacional, pois a regulação e o exercício do poder mudam com o tempo. Uma abordagem pluralista recusa, por isso, de forma resoluta, essa essencialização soberanista (Berman, 2009: 1152).

Assim, o pluralismo – que acolhe expressamente a tensão entre unidade e diversidade que pretendemos analisar no processo de integração – dificilmente é articulável no quadro puramente federal, impondo, por isso, modelos mais flexíveis que revelem aquilo que Backer designa por disponibilidade cultural.

[272]

Tentar articular tensões que podem ser conjuntamente solucionadas por uma deliberação autoritária parece difícil de justificar, tanto mais tratando-se de um objectivo difícil e indeterminado. No entanto, esse é o objectivo da doutrina pluralista, a qual defende um sistema capaz de admitir a expressão das tensões e dos conflitos no seio da estrutura do exercício de poder (Berman, 2009: 1152; Cover, 1981: 682). E, neste sentido, o pluralismo jurídico existente poder ser encarado como uma vantagem e não como um problema (Berman, 2009: 1151), ou, para usar um trocadilho português, não é defeito, é feito.

A consequência mais evidente do pluralismo é a sobreposição de competências, a qual dá origem àquilo que na doutrina se designa frequentemente por redundâncias, que se verificam sempre que múltiplas autoridades concorrem na regulação dos mesmos actos e actores (Berman, 2009: 1151). E, face a conflitos entre entidades que se assumam como autoridades jurídicas últimas, não há perspectiva plausível, nem base segura de conhecimento histórico, a partir da qual essas pretensões possam conciliar-se (Walker, 2002: 28).

Mas essa sobreposição de competências (ou de pretensões reguladoras) pode deixar de ser encarada como um problema, para ser vista como um desafio que impõe aos sistemas envolvidos uma disciplina capaz de melhorar a sua qualidade intrínseca.

Daniel Halberstam exemplifica com a realidade americana e europeia, lembrando que, tanto os EUA como a EU, são ambos sistemas funcionais. Subsiste, todavia, por determinar, a hierarquia dos sistemas jurídicos na Europa, ou a hierarquia das instituições nos EUA. Essas circunstâncias não conduziram à anarquia, ou ao caos⁵⁷³. Pelo contrário, ambos os sistemas jurídicos apresentam elevados graus de ordenação.

Tratando-se, em ambos os casos, de sistemas plurais, a ordem no seu seio não pode, por definição, ser o produto de um comando ou de um controlo central. A ordenação no pluralismo, se necessária, tem de surgir espontaneamente no quadro de interações descentralizadas entre os vários actores envolvidos. É isso que encontramos em ambos os sistemas: um hábito de respeito e de acomodação que permite a cada sistema funcionar em termos constitucionais estáveis e previsíveis (Halberstam, 2008: 13).

É nesse sentido que a aparente desordem pluralista (que se fundaria na inexistência de critérios hierárquicos apriorísticos) constitui um desafio disciplinador que contribui para o aperfeiçoamento do sistema. Halberstam chama a este tipo de ordenação constitucional (não hierárquica) uma heterarquia constitucional.

A heterarquia constitucional é, portanto, desde logo, um sistema espontâneo de ordenação descentralizada entre os actores participantes no sistema. Mas, é mais do que isso, pois não se refere apenas ao conflito e à sua acomodação, no quadro de pequenos diferenciais de poder ou de situações de vantagem relativa ocasionais. Além disso, reflecte a ideia de que a coordenação dos diferentes actores se baseia em

⁵⁷³ Daniel Halberstam especifica as circunstâncias a que se refere. Assim, quando o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) ameaçou interpretar o TUE em termos distintos da interpretação que era dada pelo TJCE, ele não pretendia discordar daquilo que o dito tratado significava para a Europa, mas apenas sublinhar o que, o mesmo tratado, significava para a Alemanha, no quadro das suas limitações constitucionais próprias (Halberstam, 2008: 12). Não se tratou, assim, de questionar uma hierarquia (em formação), mas apenas de forçar uma acomodação necessária às especificidades germânicas.

considerações constitucionais, ou seja, nos próprios valores da constituição. E porque o conflito e a acomodação são ordenados nestes termos, a heterarquia constitucional ajuda a clarificar os conteúdos destes mesmos valores (Halberstam, 2008: 13).

Os conflitos entre os diferentes actores relativos à legitimidade (ou tipo de legitimidade ou competência) não têm de se resolver através de mecanismos preestabelecidos. Basta que aqueles encontrem meios que lhes permitam prosseguir no caminho de regular em conjunto as suas vidas (Lord, Magnette, 2004: 193)

Na heterarquia constitucional a resolução de um conflito não se obtém através do recurso a qualquer hierarquia exterior ao sistema. Seria, aliás, por isso, incorrecto sugerir (tal como alguma doutrina fez), que o pluralismo dos sistemas na UE se organiza a coberto do direito internacional. Em vez disso, a organização e a contestação em cada sistema são o resultado de acções concretas e interacções de instituições concorrentes baseando, cada uma delas, a sua autoridade em valores constitucionais básicos.

Nestes termos, enquanto forma de organização, a heterarquia constitucional é espontânea, descentralizada e imanente (Halberstam, 2008: 33).

O modelo heterárquico supõe, assim, que os conflitos sejam resolvidos pela acomodação que há-de resultar da consistência das pretensões dos actores, da sua representatividade e da sua capacidade ou qualidade instrumental, em termos de protecção dos direitos envolvidos (Halberstam, 2008: 14).

[273]

Na doutrina pluralista deve ainda salientar-se uma proposta que, não divergindo, é feita em termos distintos (e que constituirá, provavelmente, o enquadramento que maior desenvolvimento obteve). Referimo-nos ao modelo *jus regenerativo*, sugerido por Paul Berman.

Na sua base está o reconhecimento genérico de que, num mundo plural, é provável que um acto possa afectar muitas comunidades e que estas tenderão, por isso, a tentar regulá-lo (Berman, 2007: 1179). Também aqui se insiste que a resolução dos conflitos daí resultantes não deve passar pela determinação de uma prerrogativa

soberana de base territorial ou por esquemas de harmonização internacional⁵⁷⁴. Em vez disso, refere-se que as comunidades podem desenvolver (e fazem-no aliás, cada vez mais) uma grande variedade de mecanismos procedimentais, instituições e práticas de gestão, que não visam a eliminação do carácter híbrido, mas antes a sua acomodação (Berman, 2007: 1155).

Assim, em alternativa às respostas unitárias do universalismo e do soberanismo, o pluralismo propõe um modelo jus regenerativo que se concentra em compromissos e em intervenções criativas, feitas por diferentes comunidades normativas, a partir de diferentes fontes, numa interacção política, retórica e jurídica (Berman, 2007: 1156, 1166).

Berman não pretende fornecer ou identificar um critério capaz de resolver todos os casos de conflitos. Insiste, aliás, que possa ser muito difícil ou até impossível obter acordo sobre normas (critérios apriorísticos, portanto) que regulem a pluralidade, mas isso não impede que se obtenha a necessária aquiescência em relação a mecanismos, instituições ou práticas que enfrentem seriamente o pluralismo, gerindo-o, através de espaços de discussão e ponderação⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ No mesmo sentido, Gráinne de Búrca e Oliver Gerstenberg referem-se a um pluralismo constitucional europeu, no qual a relevância das regras de determinação das competências reside no próprio processo que sujeita as normas e práticas comunitárias a uma auto-ponderação e justificação enquanto partes integrantes de padrões de reflexão normativa assentes em valores abrangentes. Este processo exige a aceitação do risco de o consenso em volta dos valores afectar e perturbar regras e programas locais, e o compromisso em aceitar, de boa-fé, os resultados desses processos de determinação de competências, acolhendo a eventual contestação nacional sobre a forma como as questões foram tratadas. Numa perspectiva pluralista, portanto, o constitucionalismo europeu não versa sobre a delegação da competência de resolução de acordos incompletos a elites judiciais capacitadas para imporem padrões centrais externos sobre comunidades locais. Pelo contrário, pretende permitir que práticas democráticas nacionais e locais se confrontem – e, em última instância, se fortaleçam e apurem – através do debate em fóruns multinacionais, gerando respostas renovadas e justificações para práticas locais (Búrca, Gerstenberg, 2006: 258). O pluralismo constitucional padece, todavia, de um problema central: a sua crescente popularidade conferiu-lhe tantas vertentes que o seu significado se tornou difuso (Avbelj, Komarék, 2008: 325).

⁵⁷⁵ Estes espaços de discussão e ponderação visam articular ordens nacionais e supranacionais, mas também as ordens subnacionais. O problema do enquadramento das minorias é, aliás, um tema central no pluralismo jurídico, tal como tivemos oportunidade de referir quando introduzimos o tema. Neste âmbito – e no sentido apontado por Paul Berman – Peter Häberle refere que, do ponto de vista teórico-constitucional, a protecção das minorias surge como uma forma de diferenciação interna do Estado constitucional, revitalizando o enquadramento normativo do âmbito nacional. Assim, só será possível falar de uma constituição do pluralismo se existir uma protecção suficiente das minorias, a qual começa com a tolerância e o respeito da dignidade dos outros, enquanto finalidades educativas, e

Como acontece em qualquer conflito, as soluções dificilmente serão inteiramente satisfatórias para alguma das partes. O importante será que gerem uma aquiescência funcional, ou seja, que a consciência da necessidade do compromisso justifique o recurso aos mecanismos através dos quais as soluções são obtidas e legitime estas.

A gestão do pluralismo aponta, assim, para soluções normativas que se desenvolvem através de mecanismos (elementos procedimentais ou doutrinários que visem a gestão do pluralismo jurídico, tais como margens de apreciação ou regimes de reconhecimento⁵⁷⁶), instituições (corpos reguladores, tais como tribunais híbridos, criados para responder a preocupações plurais) ou práticas (padrões discursivos, funções profissionais ou práticas partilhadas que promovam uma linguagem ou espaço comum) – (Berman, 2007: 1164, 1192).

O valor dos mecanismos, instituições ou práticas decorre do facto de os consensos se conseguirem mais através da participação em formas comuns de vida, do que em acordos substantivos (Berman, 2007: 1192): é a valorização dos processos face à impossibilidade de determinar critérios uniformes⁵⁷⁷, sendo que, desses mesmos procedimentos, resulta a valorização da tolerância e do espírito de compromisso.

termina com um provedor ou mediador e com a formalização de cláusulas de protecção das minorias (Häberle, 2000: 95).

⁵⁷⁶ Tais mecanismos menos do que determinarem a hierarquia de normas ou valores, serviriam para – reconhecendo o carácter inevitavelmente híbrido – enquadrar os eventuais conflitos normativos (e criar condições de solução) juntando os diferentes actores num espaço social partilhado (Berman, 2007: 1166).

⁵⁷⁷ Será importante ter presente que as situações de conflito podem ser minimizadas se a própria determinação dos regimes gerais procurar acolher, tanto quanto possível, a diversidade. Esse objectivo deve atingir-se no quadro daquilo que a doutrina chama interações institucionais, as quais podem, no quadro europeu, surgir a três níveis: ^(a) negociação intergovernamental – tal como acontece com os acordos dos Estados-membros reunidos no Conselho ^(b) direcção hierárquica – através de deliberações vinculativas dos órgãos supranacionais, como sejam o tribunal e a Comissão e ^(c) decisões conjuntas – resultantes do processo de decisão que articulam os diferentes agentes (Scharpf, 2000: 22). A capacidade de acolher a diversidade tenderá a variar conforme a natureza dos mecanismos e o grau de participação dos mesmos.

Scharpf propõe, por isso, como complemento, a facilitação (pelo Conselho ou pela Comissão) de estratégias de ajustamento e, bem assim, a maior flexibilidade dos regimes e da sua coordenação. As regras daí resultantes (relativas a procedimentos decisórios, conjugados em diferentes níveis) deveriam ser perspectivadas segundo objectivos, impondo auto-comprometimento e auto-avaliação, a par do desenvolvimento de mecanismos comuns de monitorização (Scharpf, 2000: 25). Dessa forma, se criariam, portanto, hábitos de concertação – em oposição a decisões puramente hierárquicas.

Assim, os limites desses procedimentos, instituições ou práticas serão a exigência (implícita) de os participantes aceitarem os próprios valores ou princípios do pluralismo (sendo, aliás, mais fácil obter o consenso em volta desta exigência mínima do que em volta das perspectivas territorialistas ou universalistas que permanecem como alternativas tradicionais). De facto, como salienta Stuart Hampshire, perante a divergência normativa, a convergência apenas é possível em volta da justiça e da equidade dos procedimentos (Berman, 2007: 1193). A admissão expressa das diferenças traz sempre, pelo menos, a vantagem de introduzir os valores sistémicos da tolerância e da boa vontade. Ela está já patente em soluções actuais, como o reconhecimento de sentenças estrangeiras, quando dispõem em termos diversos daqueles a que os tribunais nacionais teriam chegado. A ponderação dos valores dominantes em outros ordenamentos deve, aliás, ser vista como uma condição para que uma comunidade possa defender os seus interesses face ao exterior e não como uma restrição ou limite a esse esforço.

Por outro lado, a introdução dos mecanismos, instituições ou práticas não impede que uma comunidade possa colocar limites a situações ou soluções consideradas intoleráveis. Importante será que tais situações sejam efectivamente extraordinárias e que o fundamento de ordem pública seja devidamente explicitado⁵⁷⁸.

Estas soluções serão tanto melhores, quanto conseguirem evitar as tendências territorialista (de imposição da ordem jurídica estadual) e universalista (de determinação de um puro sistema de reciprocidade e troca) – quanto mantenham um equilíbrio, portanto – ao mesmo tempo que sejam capazes de produzir resultados aceitáveis (sentidos como justos).

A existência destes mecanismos não permite, todavia, resolver duas questões: desde logo, a determinação do mecanismo a aplicar, em concreto, não fica pré-definida por qualquer critério. Mais do que isso, fica por definir também um critério

⁵⁷⁸ Repare-se que mesmo no quadro do funcionamento dos tribunais arbitrais os Estados obrigam-se a executar as decisões destes, excepto se houver fraude ou se a execução violar de exigências de ordem pública (cf. alínea b) do n.º 2 do art. V da Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, assinada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958, Diário da República n.º 156, Série I-A, de 8.7.1994, p. 3642 ss).

que indique quando devem sobrepor-se normas de uma comunidade sobre as de outra ou, inversamente, deve procurar-se preservar o pluralismo. A abordagem pluralista não logrou sequer avançar indicações orientadoras nestas matérias, considerando a questão como permanente, não sendo a resposta necessariamente jurídica (MacCormick, 1995: 265).

[274]

Paul Berman recolhe e expõe (2007: 1197 ss) um elenco de oito mecanismos, instituições e procedimentos que podem servir para resolver os conflitos que surgem no quadro dos sistemas plurais.

A ausência de mecanismos seguros – pré-determinados, hierárquicos – de resolução de conflitos constitui a primeira crítica que tende a ser apresentada ao pluralismo jurídico, pelo que se justifica uma referência sumária ao elenco coligido por Berman, permitindo-nos, todavia, incluir em cada um deles, alguns contributos avançados por outros autores pluralistas.

I. Interacções dialécticas jurídicas

As interacções dialécticas jurídicas constituem como que a integração de uma vertente negocial num plano tradicional de autoridade.

De facto, tal como Paul Berman salienta, a tradicional confusão entre a lei (regras de conduta ditadas pela autoridade competente e apoiadas em mecanismos coercivos) e o Direito (caminhos ou processos de realização da Justiça), faz com que se não contemplem alternativas neste caminho da realização da Justiça.

A abordagem pluralista deve procurar o equilíbrio entre a determinação hierárquica, corrente nos tribunais e o mero diálogo doutrinal, próprio dos comités (Ahdieh, 2004: 2045). Essa situação já se verifica, aliás, quando ocorrem influências mútuas entre tribunais nacionais e internacionais, em especial na medida em que é tida na devida conta a jurisprudência mútua (ponderando-a ou, no mínimo, articulando-a⁵⁷⁹). Essas influências podem também ocorrer com actos de órgãos não estaduais,

⁵⁷⁹ As relações dialécticas entre tribunais tenderão a multiplicar-se, desde logo, por força da possibilidade de apreciação mútua das respectivas decisões. Na verdade, as instâncias internacionais vêm assumindo uma função de apreciação crescente, aproximando a sua intervenção cada vez mais de

como sejam decisões de painéis arbitrais, regras de ONG ou grupos industriais, ou ainda, de órgãos de monitorização (principalmente quando não têm poderes de apreciação do tipo arbitral ou judicial, mas cuja avaliação e discussão pública tende a forçar a adequação, sem o recurso a mecanismos de coação⁵⁸⁰).

No mesmo sentido, Christopher Lord e Paul Magnette advogam a introdução de mecanismos de negociação⁵⁸¹ na resolução de conflitos jurídicos para os quais não existam princípios ou regras reguladoras. A negociação permite a produção de resultados que, sendo impossíveis de justificar em termos puramente normativos, podem, todavia, ser funcionais e criar precedentes capazes de formar progressivamente orientações de soluções – e que, por serem fonte de estabilidade, tornam menos provável a insistência no conflito, face aos custos dele decorrentes (Lord, Magnette, 2004: 193). As decisões ou deliberações devem, todavia, ser adoptadas preferencialmente por órgãos que não reflectam as relações de poder e que não estejam envolvidos na disputa de legitimidade, procurando implementar procedimentos que gerem convergência ou, pelo menos, evitem fundar as decisões em apreciações do tipo moral (Lord, Magnette, 2004: 194). Qualquer solução deve, portanto, procurar ser mutuamente aceitável por assentar em referências comuns (e

verdadeiros recursos. A doutrina americana tem constatado e analisado esta situação a partir de uma decisão muito crítica do painel da NAFTA, em relação a uma decisão de um tribunal do Mississípi em matéria de concorrência (no caso *Lowen Group, Inc. v. United States* – documentação Disponível em http://naftalaw.org/disputes_us_loewen.htm). Sendo certo que esse tipo de decisões não se impõem aos tribunais internos americanos, parece impensável que em futuras apreciações, estes não ponderem os argumentos produzidos e os riscos de os EUA virem a ser condenados ao pagamento de pesadas indemnizações (Ahdieh, 2004: 2029; Berman, 2007: 1198). No âmbito europeu, a articulação entre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os tribunais nacionais tem sido exemplo dessa mesma relação, com especial incidência para o regime relativo às garantias de um processo equitativo (art. 6.º CEDH).

⁵⁸⁰ São disso exemplo os comités da Nações Unidas em matéria de direitos humanos. Criados para monitorizarem o cumprimento pelos Estados das obrigações resultantes de cada uma das convenções, estes comités recebem relatórios periódicos (e, em alguns casos, também denúncias de outros Estados ou de particulares) com bases nos quais efectuam uma discussão pública e emitem recomendações (especificamente dirigidas aos diferentes Estados, face às situações detectadas, ou também recomendações gerais, relativas ao âmbito dos diferentes direitos e ao correcto cumprimento das obrigações).

⁵⁸¹ A doutrina vem, todavia, chamando à atenção para o facto de a própria negociação poder surgir com diferentes dinâmicas, nomeadamente a de regateio (*bargaining*) – em que os agentes procuram maximizar as suas preferências –, retórica – onde os agente procuram convencer os outros agentes – ou propriamente comunicativa – se os agentes procuram criar ou construir perspectivas comuns (Risse, 2000: 8).

não na determinação das referências correctas). A adesão das partes (ainda que menos sincera) aos princípios formadores da deliberação cria condições de estabilização do mecanismo – uma vez que a verdade ou falsidade das convicções relativas à legitimidade dependem directamente da sua aceitação pelos outros (Lord, Magnette, 2004: 195; Risse, 2000: 5).

Nesta perspectiva, os conflitos relativos à aplicação de normas jurídicas podem reconduzir a discussão para um nível materialmente mais significativo: dos respectivos fundamentos, da sua qualidade cívica e do tipo de legitimação (Lord, Magnette, 2004: 199; Berman, 2009: 1152). E nesse processo, a múltipla participação constitui também um enriquecimento do dinamismo comunitário.

II. Margens de apreciação

A doutrina das margens de apreciação foi desenvolvida pelo TEDH visando um equilíbrio entre o respeito pelas decisões nacionais (nos planos legislativo e judicial) e a necessidade de garantir a capacidade de, este tribunal, determinar, em última instância, a compatibilidade dos actos com a convenção. Trata-se, portanto, de conceder às autoridades nacionais algum espaço de manobra na implementação da convenção, acomodando especificidades nacionais. Esse espaço será tanto maior quanto menos existam consensos europeus na matéria.

Esta solução oferece algum tipo de acomodação ao pluralismo, sem todavia permitir que as autoridades nacionais ignorem as decisões do TEDH. Para além disso, impõe ao tribunal a ponderação da possibilidade de consensualizar – o que denota, só por si, um esforço de convivência plural (não hierárquica) – ao mesmo tempo que, por via dessa ponderação, fica obrigado a explicitar o seu entendimento relativamente aos conteúdos normativos, permitindo aos Estados anteciparem o âmbito das suas obrigações. Pelo seu lado, os Estados conseguem também definir áreas nas quais não estão obrigados a seguir o consenso.

Há, portanto, margens quer para os Estados – que podem inclusivamente evoluir nos respectivos regimes jurídicos, sem que essa evolução esteja obrigada à aproximação ou consenso com a posição do Tribunal, ou dos outros Estados – e para o tribunal – que vê as suas decisões duplamente legitimadas (Helfer, Slaughter, 1997: 317).

Esta técnica pode servir para acomodar não apenas a diversidade cultural que subjaz às diferenças nos regimes jurídicos, mas também outro tipo de especificidades

(diferenciais de desenvolvimento e conseqüentes variações na funcionalidade de alguns mecanismos, sensibilidade acrescida em determinados âmbitos, etc.).

III. Regimes de autonomia limitada

Nas relações entre ordens estaduais e não estaduais – principalmente infraestaduais – nenhuma delas pode ignorar ou eliminar a outra. Tornam-se, por isso, particularmente relevantes quaisquer mecanismos que visem superar eventuais conflitos. Neste âmbito (que, na prática, se refere novamente a margens de apreciação, mas entre autores invocando qualidades distintas – por exemplo estaduais e não estaduais) é concebível, desde logo, a admissão de graus limitados de autonomia (através da definição de competência próprias, em determinados âmbitos), a garantia de participação em determinados processos decisórios (por via de procedimentos que prevejam a auscultação ou através da inclusão de membros nos corpos decisórios) ou a possibilidade da invocação do foro pessoal.

IV. Esquemas subsidiários

A subsidiariedade é um mecanismo de gestão das relações entre autoridades, especialmente sublinhado pela Igreja, para se evitar que os níveis superiores de autoridade interferissem indevidamente na vida interna da comunidade (Berman, 2007: 1207; Catecismo § 1833). A atribuição a níveis mais elevados, de competências que podem ser exercidas ao nível inferior, constitui uma injustiça (Pio XI, *Quadragesimo anno*, 79).

Visa-se, portanto, que a autoridade seja exercida ao mais baixo nível, o que constitui um critério material de determinação do nível competente. Adiante trataremos este critério separadamente, em sede de disponibilidade institucional. Sendo, todavia, um dos mecanismos adiantados por Berman no seu elenco, não podia deixar de se lhe fazer uma referência, nesta altura.

V. Redundâncias judiciais

Um conflito normativo (ou seja, a existência de um concurso de normas, de diferentes origens, vocacionadas para a regulação de uma mesma situação) pode ser perspectivado como uma vantagem, na medida em que aumenta a possibilidade de correcção de erros, robustece o raciocínio jurídico e aumenta as possibilidades de inovação criativa (Cover, 1981: 649).

A História recente mostra como os conflitos jurídicos forçam reponderações que, por sua vez, conduzem a soluções mais adequadas. Berman cita o caso do pedido de extradição de funcionários argentinos que beneficiavam de uma amnistia. O

presidente argentino veio a usar esse pedido no sentido de obter do Parlamento a anulação da lei de amnistia. O mesmo aconteceu com o pedido de extradição de Pinochet que conduziu ao levantamento da imunidade do general pelas autoridades chilenas.

Também o funcionamento do Tribunal Penal Internacional – cuja intervenção é supletiva – vem nesse sentido, ou seja, pressionando os Estados nos quais as situações ocorreram, a desencadear os procedimentos adequados.

Em geral, para além das referidas vantagens apontadas à redundância podemos sempre considerar que, sempre que os decisores são forçados a ponderar a existência de outros decisores possíveis, tenderão a adoptar, com o tempo, uma visão mais contida do seu poder de determinação (Berman, 2009: 1152).

VI. Acordos de participação híbrida

Trata-se aqui de acordos que garantem a participação de membros das diferentes comunidades (e respectivas ordens jurídicas) no processo de formação de normas e/ou na apreciação de situações híbridas.

O sistema foi usado entre 1190 e 1870 no direito inglês, face a conflitos envolvendo membros de diferentes comunidades (nacionais, religiosas ou corporativas) e importado pelos EUA para os conflitos envolvendo colonos e indígenas. Essa preocupação ainda é tida na formação de tribunais em questões raciais ou de género. A solução foi usada no Kosovo, Timor, Serra Leoa e Cambodja (Berman, 2007:1219).

Os tribunais híbridos parecem dar maiores garantias da ponderação devida às questões e, bem assim, da definição das melhores soluções (na medida em que alguns dos seus membros conhecem melhor a sensibilidade e os interesses das partes), ao mesmo tempo que reforçam o sentido genérico de justiça das decisões (por assegurarem, de forma mais eficaz, a inexistência de preconceitos e a percepção correcta das questões).

VII. Regimes de reconhecimento mútuo

As políticas de reconhecimento mútuo surgiram em matéria comercial, permitindo apreciar a conformidade de produtos estrangeiros à luz das regras dos mercados de origem e reservando para a produção interna as exigências da própria ordem. Trata-se portanto de um mecanismo de acomodação da pluralidade.

Naturalmente que, nestes casos, as ordens jurídicas fixam condições para esse reconhecimento mútuo (que podem variar consideravelmente). De qualquer forma, o princípio implica, desde logo, uma abertura à pluralidade – impondo, por exemplo, que nos casos de recusa do reconhecimento, a prévia audição dos interessados sobre os motivos invocados (Berman, 2007: 1225).

O reconhecimento mútuo de decisões judiciais integra já este âmbito, demonstrando ser perfeitamente exequível.

VIII. Acordos de porto seguro

Os acordos desta natureza estabelecem algo menos do que a pura harmonização, fixando apenas os princípios básicos que devem servir de referência em caso de conflito de normas. Há portanto uma adequação parcial, aceitando as partes parâmetros mútuos e oferecendo as correspondentes garantias (Berman, 2007: 1227). O caso mais relevante é o do acordo entre os EUA e a UE relativo à privacidade de dados, que impõe às empresas americanas um nível de protecção de dados superior ao que domesticamente lhes é exigido, mas, sempre que este cumprimento esteja assegurado, é garantido a essas empresas que não lhes será exigido o cumprimento das directivas europeias tendencialmente com disciplinas mais apertadas.

Os acordos de porto seguro podem também permitir a incorporação, no direito formal, de regras de natureza contratual ou informal (como *gentleman agreements*).

[275]

O sistema jurídico internacional em geral e o europeu em particular, parece estarem, nesta altura, no centro de dois campos opostos de forças – um campo que força a fragmentação, o outro insiste na interconexão e coerência. À medida que estas forças interagem, um novo tipo de sistema jurídico internacional emerge: um sistema que não é inteiramente fragmentado nem completamente unitário. A melhor caracterização deste sistema emergente é o seu pluralismo.

Um sistema pluralista aceita um conjunto de escolhas normativas diferentes e igualmente legítimas pelos governos nacionais e pelas instituições e tribunais, mas fá-lo no contexto de um sistema universal (Burke-White, 2004: 977) ou supranacional.

O carácter híbrido do sistema impõe, por sua vez, uma reponderação da legitimidade das decisões, a qual normalmente é referida em termos difusos. No quadro europeu podemos distinguir decisões do tipo super-sistémico (como as que ocorrem no quadro de conferências intergovernamentais - CIG) – nas quais a

legitimidade indirecta tende a impor-se⁵⁸² –, decisões do tipo sistémico (como as que ocorrem segundo os procedimentos decisórios comunitários comuns) – nas quais a legitimidade tenderá a ser de natureza procedimental e parlamentar – e finalmente as decisões do tipo sub-sistémico (grupos de trabalho, comités, etc.) – onde a legitimidade tem natureza predominantemente tecnocrática (Lord, Magnette, 2004:191)

A referência simultânea a diferentes tipos de legitimação (indirecta, tecnocrática, parlamentar, etc.) impõe a capacidade de negociar permanentemente, na certeza porém de que, por nunca verem plenamente reconhecida a sua lógica, os intervenientes sempre se sentirão insatisfeitos (Lord, Magnette, 2004: 190).

Tentando analisar a questão em termos genéricos, parece que devemos assentar em que a legitimidade (como a pretensão de validade) de princípios e estruturas concorrentes tem de basear-se numa comunicação racional (March, Olsen, 2005: 19).

O acentuar as diferenças, próprio do pluralismo, parece conduzir-nos ao modelo supranacional diferenciador. Neste quadro, a política de reconhecimento – em particular a política de diferença – tem esse potencial, relativamente aos conflitos políticos, porque os resolve menos através de preferências e mais através da identidade: especialmente como as identidades se formam, quem contribui para essa formação e como é que o sentido de identidade de uma pessoa ou grupo pode ser agredido ou afectado (Fossum, 2001: 6).

O problema é que a *politics of difference* pode valorizar de tal forma os grupos e a identidade destes que as escolhas tendem a fazer-se menos segundo critérios materiais e mais em termos identitários (Fossum, 2001: 6). De qualquer forma, qualquer estrutura supranacional que apoia e sustenta um amplo leque de diferentes

⁵⁸² Não obstante, deve ter-se em conta que frequentemente os processos de negociação tradicionais acolhem ou reflectem outros tipos de legitimidade. Assim, nos debates relativos às diferentes opções em aberto, é comum que os representantes, para além da mera definição dos interesses nacionais, ponderem as vantagens decorrentes das diferentes legitimações (tecnocráticas, procedimentais ou parlamentares). Por outro lado, os representantes tendem a antecipar exigências legitimadoras de actores não estaduais, de cuja colaboração dependem. Finalmente, com frequência os representantes nacionais limitam-se a codificar trabalhos preparatórios, elaborados por grupos externos que podem reflectir outras preocupações ao nível da legitimação (Lord, Magnette, 2004: 192).

identidades e culturas (nacionais subnacionais e outras) encontra necessariamente a sua legitimidade no carácter flexível e inclusivo (Fossum, 2001: 13).

A perspectiva final parece ser no sentido de que o respeito pela diferença legítima, inerente a uma concepção pluralista, pode favorecer a efectividade do direito (europeu ou internacional), aumentando a legitimidade e a aceitação política das regras internacionais (Burke-White, 2004: 978).

3.3.2.2 Disponibilidade sociológica: flexibilidade

In Maastricht we took care of the rights of the minority – to opt out; in Amsterdam, we took care of the rights of the majority (Moravcsik, Nicolaidis, 1998: 20).

[276]

O conceito de flexibilidade é corrente no âmbito do estudo da integração (Colino, 2004: 3).

O carácter gradual dos modelos de integração económica (e das formas que estes revestem) sugeria, só por si, que os diferentes níveis de integração poiam ser perspectivados em termos flexíveis.

Por outro lado, os regimes de transição (aquando da criação da CEE e, depois, com as sucessivas adesões), ao estabelecerem a aplicação faseada dos regimes, consubstanciavam mecanismos de flexibilização com carácter provisório⁵⁸³ (La Serre, Wallace, 1997: 10; Laursen, 2007: 25). Essa flexibilidade é, aliás, patente nos próprios acordos de associação, que sempre foram usados para regular as fase de pré-adesão (no sentido de imporem a progressiva adequação aos mecanismos comunitários).

Além disso, os Estados europeus vinham já concretizando, entre si, diferentes experiências de flexibilização em matéria de defesa – com as participações na NATO

⁵⁸³ Esse carácter provisório ultrapassou, por vezes, a mera transição. Assim, nos Tratados de Adesão o Reino Unido obteve uma autorização especial para compra da manteiga neo-zelandesa, a Grécia e Portugal protelaram significativamente a aplicação de regimes ambientais, a Áustria introduziu limites ao tráfego rodoviário, a Irlanda obteve um regime especial para as transferências financeiras e a Finlândia conseguiu introduzir um novo objectivo no FEDER (La Serre, Wallace, 1997: 11).

e na UEO – ou política – com o Benelux e o eixo Paris-Bona a revelarem maiores níveis de aproximação (La Serre, Wallace, 1997: 15; Wallace, 2000: 176). Sempre se aceitou, portanto, que nem todos os Estados-membros podem simultaneamente atingir os mesmos objectivos ao mesmo tempo (Colino, 2004: 4).

[277]

Sendo contemporânea com a ideia de integração, e desenvolvendo-se com ela, a flexibilização começou, no entanto, a ser ponderada – em termos de permitir a aplicação diferenciada dos regimes aos diferentes Estados-membros (agora de forma permanente, ou pelo menos estável) – à medida que o número de Estados ia sendo alargado (e a unanimidade⁵⁸⁴ se tornava assim mais difícil) e que o empenho no processo de integração se revelava muito díspar (Colino, 2004: 3), ameaçando mesmo com a sua estagnação (Amtenbrink, Kochenov, 2009: 1).

A admissão e regulação de uma Europa a diferentes velocidades⁵⁸⁵ – que vinha a ser discutida desde a década de oitenta⁵⁸⁶ (pressionada, entre outros assuntos, pelo Tratado de Schengen) – apenas passou a ter acolhimento no quadro do direito originário (enquanto mecanismo de criteriação da diversidade) com o TA⁵⁸⁷, em 1997 através do regime das cooperações reforçadas.

⁵⁸⁴ O abandono da unanimidade, iniciado com o AUE, foi muito pressionado pelos sucessivos alargamentos (que tornavam os regime cada vez menos funcional). Não obstante, deve reconhecer-se que teve como consequência necessária uma diminuição da flexibilidade dos regimes. De facto, ao deixar de ser necessário o assentimento de todos, passou a ser menos importante acolher todas as posições (Amtenbrink, Kochenov, 2009: 1). Nesse sentido, o mecanismo das cooperações reforçadas veio permitir aos Estados-membros libertarem-se das imposições resultantes do voto por maioria (Areizla, 1998: 2).

⁵⁸⁵ A flexibilização dos regimes surgiu com diferentes variações semânticas: para além da já referida ‘Europa a duas velocidades’, surgiu também a ‘Europa de geometria variável’, a ‘Europa *a la carte*’, a ‘Europa flexível’, etc. (La Serre, Wallace, 1997: 5). De formas diferenciadas todas convergem para a ideia da UE enquanto *condominio*, através da consagração de variações geográficas (Schmitter, 2000: 17; Bellamy, Warleigh, 1998: 450).

⁵⁸⁶ Sandra Colino refere que a primeira sugestão de uma Europa com ritmos diferenciados datará de 1975, no Relatório Tindemans sobre o funcionamento da Comunidade (Colino, 2004: 4). Françoise de La Serre e Helen Wallace, muito embora se refiram também a este documento, recuam a origem a uma proposta concreta (de Europa a duas velocidades) de Willy Brandt, nos anos 60 (La Serre, Wallace, 1997: 7).

⁵⁸⁷ Na CIG que conduziu ao TA, o debate relativo à cooperação reforçada foi conduzido tendo presente o mecanismo de duas velocidades introduzido no TUE, com o euro, no qual se distinguiu já o grupo dos participantes na moeda única e o grupo dos Estados que se mantiveram fora deste regime mas, não obstante, no SME (Areizla, 1998: 2).

De alguma forma, a função deste regime foi paralela à da subsidiariedade no tratado de Maastricht. Esta criteriava o processo, permitindo uma articulação lógica entre os níveis estadual e europeu, no exercício de competências concorrentes. Aquele pretendia também ser um critério de articulação, mas agora entre os Estados-membros mais e menos entusiastas no processo de construção europeia (Wallace, 2000: 175), permitindo que um grupo negociasse dentro⁵⁸⁸ da UE regras que se aplicariam apenas internamente a esse grupo (Areizla, 1998: 1; La Serre, Wallace, 1997: 5).

[278]

Importa todavia salientar que a ideia de flexibilização dos regimes merece posições de princípio muito distintas, as quais dão origem também a perspectivas diversas. A partir das referências de Jo Shaw, podemos esquematizar essas perspectivas através do quadro seguinte.

		Natureza	
		pragmática	política
Posição de princípio	Positiva	A flexibilidade enquanto mecanismo de adequação das diferenças	A flexibilidade enquanto princípio de organização da diversidade
	Negativa	A flexibilidade enquanto custo de adequação da diversidade	A flexibilidade enquanto expressão da incapacidade de consolidação do processo

(Shaw, 2003: 2)

Figura 9 – Perspectivas da flexibilização

Relativamente àquilo que identificamos na figura como posição de princípio, deve ter-se presente, como Helen Wallace bem salienta, que a UE era e é um clube, no

⁵⁸⁸ Um dos receios que inspiraram a introdução do regime das cooperações reforçadas foi o do retorno a lógicas intergovernamentais, o qual podia decorrer de alianças a funcionarem à margem das instituições europeias (La Serre, Wallace, 1997: 21).

sentido em que promove e alarga, tanto quanto possível, os privilégios dos seus membros. O acervo comunitário constitui a face mais visível dessa realidade, exibindo obrigações e vantagens dos membros. A sua imposição aos novos Estados-membros é reveladora dessa faceta, sendo que toda a negociação de adesão se centra exactamente na aferição das condições de admissão. Neste enquadramento, admitirem-se diferentes velocidades é como estabelecer diferentes categorias de membros: afecta a consolidação do clube (o próprio sentido de unidade que lhe está subjacente), pelo que não pode deixar de ser visto como um problema (Wallace, 2000: 191). Parece incontornável que, genericamente, a admissão de regimes especiais põe em causa a segurança jurídica e abre a porta a abusos da parte de Estados e actores mais influentes (Brunkhorst, 2006: 440).

Por outro lado, os mecanismos de flexibilização podem ser encarados como soluções técnicas visando responder (de forma excepcional) a dificuldades circunstanciais, ou, em termos mais abrangentes, a respostas estruturantes do próprio processo de integração, no sentido de acomodar diferenças em termos construtivos (não exclusivos, nem excludentes)⁵⁸⁹.

[279]

A flexibilidade foi introduzida no direito originário⁵⁹⁰ através da ideia de cooperação reforçada, que se refere a mecanismos que admitem soluções diferenciadas no seio do processo de integração. Foi sugerida em 1995, numa carta de Helmut Kohl

⁵⁸⁹ Massimo Bordignon e Sandro Brusco caracterizam, em termos genéricos, os custos da aplicação deste tipo de mecanismos, explicando que eles devem ser admitidos enquanto não importem prejuízos ou enquanto as externalidades possam ser compensadas. Explicam que, em termos dinâmicos, a análise pode ser mais complicada (já que as conveniências tendem a alterar-se com o tempo), havendo que ponderar as vantagens dos aderentes também com as perdas futuras dos não participantes, para além de ser necessário admitir a interferência destes, nas decisões daqueles (Bordignon, Brusco, 2003: 1, 20).

⁵⁹⁰ Também aqui, em bom rigor, podemos recuar ao Tratado de Roma, na sua redacção original, quando, naquilo que é actualmente o artigo 350.º TFUE, se estipula que *as disposições dos Tratados não constituem obstáculo à existência e aperfeiçoamento das uniões regionais entre a Bélgica e o Luxemburgo, bem como entre a Bélgica, o Luxemburgo e os Países Baixos, na medida em que os objectivos dessas uniões regionais não sejam atingidos pela aplicação dos Tratados*. Reconhece-se assim, *ab initio*, o maior nível de integração dos países do Benelux.

Por outro lado, o TUE, para além dos regimes de *opting out*, introduziu disposições que permitiam que os Estados-membros pudessem desenvolver entre si regimes mais aprofundados, em matérias como a segurança dos trabalhadores (art. 118.º-A), a protecção dos consumidores (129.º-A), e as questões ambientais (130.º-S).

e Jacques Chirac, à CIG que negociava o TA (Colino, 2004: 5; Areizla, 1998: 3; La Serre, Wallace, 1997: 6⁵⁹¹) que propunha a admissão de acordos pontuais⁵⁹², enquadrados dentro de princípios básicos que regulam esse tipo específico de tolerância constitucional. O carácter excepcional⁵⁹³ do mecanismo – que envolve diversos tipos de garantias⁵⁹⁴ e exigências⁵⁹⁵ – e bem assim, o esforço em manter um natureza desejavelmente transitória nesses acordos, permite-nos situar a perspectiva actual da flexibilização como um custo extraordinário⁵⁹⁶, situando-a portanto no quadrado SW do esquema (ou seja, no quadrado inferior esquerdo).

Trata-se de fazer a Europa funcionar melhor, facilitando o arranque de iniciativas que não colhem a unanimidade – na esperança de que, mais tarde, os outros Estados-membros se juntem (Colino, 2004: 4) – e evitando bloqueamentos no processo decisório – nomeadamente da parte de países com reservas sistemáticas no processo, como é o caso britânico (La Serre, Wallace, 1997: 21). Nesse sentido, o princípio permite enquadrar as diferenças, através do uso de mecanismos jurídicos diferenciados⁵⁹⁷ e do encorajamento à articulação interna dos Estados, em termos tão

⁵⁹¹ Estes autores citam um documento, publicado no Outono de 1996, no que podem estar referir-se a alguma das insistências que os governos francês e alemão fizeram por essa altura (Areizla, 1998: 3).

⁵⁹² A pressão franco-germânica surgia essencialmente no quadro monetário (Areizla, 1998: 3).

⁵⁹³ Refere o art. 20.º/2 TUE que a *decisão que autoriza uma cooperação reforçada é adoptada como último recurso pelo Conselho, quando este tenha determinado que os objectivos da cooperação em causa não podem ser atingidos num prazo razoável pela União no seu conjunto e desde que, pelo menos, nove Estados-Membros participem na cooperação.*

⁵⁹⁴ Em especial o facto de as cooperações estarem sempre abertas à participação de todos os Estados-membros (art. 328.º/1 TFUE), matéria pouco desenvolvida no tratado e cuja complexidade torna o mecanismo pouco atractivo (Amentbrink, Kochenov, 2009: 9).

⁵⁹⁵ A mais importante dessas exigências é a necessidade de obter autorização do Conselho deliberando por unanimidade, nos termos do art. 329.º TFUE.

⁵⁹⁶ A Comissão veio mesmo a manifestar expressamente a sua oposição de princípio ao mecanismo durante a CIG, através da Comunicação *A Project for the European Union* – Documento COM(2002) 247 de 22 de Maio de 2002 (Shaw, 2003: 3). Por outro lado, nas negociações do TA tornou-se clara a vontade de impor um carácter excepcional ao regime, acumulando sucessivas exigências (Amentbrink, Kochenov, 2009: 4; La Serre, Wallace, 1997: 39). Não obstante, na sua apresentação, o regime surgia como capaz de recolher o melhor de dois mundos: organizar as diferenças mantendo o processo de integração (La Serre, Wallace, 1997: 5).

⁵⁹⁷ O mecanismo das cooperações reforçadas dá tendencialmente origem a três grupos de Estados-membros: os que desejam aprofundar a integração através de regimes mais desenvolvidos e se declaram dispostos a fazê-lo, os que, embora desejando-o, não têm condições para o fazer, e aqueles que resistem à tendência de aprofundamento (Colino, 2004: 5).

próximos quanto possível do regime geral da UE (Shaw, 2003: 2). Visa-se portanto evitar crises, rupturas ou distanciamentos, através de soluções excepcionais⁵⁹⁸ que devem permitir, tão cedo quanto possível, o restabelecimento de regimes comuns. Não se trata, então, de um projecto de articulação da diversidade, mas antes de um ‘não-projecto’, ou seja, de uma acomodação possível resultante de negociações de diferentes actores no quadro de estratégias distintas⁵⁹⁹ (Walker, 1999: 5).

O custo das diferenças não é exacerbado, mas especificado. As diferentes posições dos Estados-membros – em especial as daqueles que sistematicamente se opõem ao aprofundamento do processo – não são consideradas de molde a questionarem a permanência destes, mas não devem afectar o prosseguimento do processo por aqueles que assim o entendam⁶⁰⁰: se a Europa entende avançar mais do que os irlandeses – e provavelmente do que outros grupos – não tem de permanecer no desconforto dessa situação (Davies, 2008: 7).

O mecanismo permanece inexoravelmente num quadro de excepcionalidade, o que resulta, aliás, do próprio desenho residual do regime (Colino, 2004: 5) que reflecte as permanentes hesitações da sua construção (Amttenbrink, Kochenov, 2009: 3).

A flexibilidade resultante do regime das cooperações reforçadas visa, assim, permitir mais⁶⁰¹ Europa, através de mecanismos mais desenvolvidos de cooperação,

⁵⁹⁸ O tribunal tinha-se mostrado pouco inclinado a permitir acordos ou regimes excepcionais que perturbassem a coerência e a uniformidade da ordem jurídica estabelecida (Shaw, Wiener, 1999: 23).

⁵⁹⁹ É, aliás, este o sentido da referência que John Major fez em Leyden, em Setembro de 1994, defendendo uma Europa flexível, no centro da qual estaria o compromisso comum – o Mercado Interno –, surgindo, à sua volta, agrupamentos variáveis de Estados, conforme as diferentes matérias (La Serre, Wallace, 1997: 7).

⁶⁰⁰ A possibilidade de o mecanismo das cooperações reforçadas ser implementado sem o consentimento expresso dos países excluídos aumenta, só por si, a probabilidade de se encontrarem soluções para todos (Bordignon, Brusco, 2003: 4).

⁶⁰¹ Os regimes de flexibilidade têm sido impulsionados por duas estratégias opostas: dos europeístas que pretendem evitar quebras no ritmo de aprofundamento do processo, causados pelas resistências dos eurocépticos, e destes, que vêem na flexibilidade uma forma de diminuir a relevância e impacto do nível europeu (Walker, 1999: 4). Alguma doutrina insiste na prevalência deste último aspecto (Amttenbrink, Kochenov, 2009: 3), ao contrário do que referimos no texto, que no entanto corresponderá à posição mais comum, uma vez que o desenho final foi muito marcado pela intervenção de Valéry Giscard D’Estaing e de Jacques Delors que, partindo do documento Schäuble-Lamers, de Setembro de 1994, tem como ideia base a possibilidade de se constituir um núcleo duro composto pelos participantes do euro-grupo (La Serre, Wallace, 1997: 8).

introduzindo, todavia, um corte no princípio da integração que gradualmente tende a alargar-se. Ao enquadrar as receitas da Europa *a la carte* (ou *pick and choose*), desenvolve-se um novo procedimento de acolhimento da diferenciação⁶⁰² (sem que esta implique fragmentação).

[280]

A implementação do regime exibiu, todavia, as suas próprias limitações. Estando dependente de uma convergência muito acentuada (que compreende as instituições e os Estados-membros), o seu uso resumiu-se a ameaças face a reticências sentidas como excessivas, como foi o caso da Itália, relativamente ao regime do mandato europeu (Shaw, 2003:4), falhando, assim, na aplicação⁶⁰³ (Amenbrink, Kochenov, 2009: 2).

Em todo o caso, a flexibilidade pode ainda ser verificada noutros regimes excepcionais, como sejam o da abstenção construtiva (art. 31.º TUE), ou aqueles que permitem o *opting out*⁶⁰⁴, entre os quais assume particular relevância o regime monetário.

Trata-se, no entanto, de situações muito pontuais, de carácter essencialmente político, cuja excepcionalidade impede a sua ponderação em termos constitucionais (Shaw, 2003: 5).

⁶⁰² A introdução de mecanismos flexíveis na negociação do TA veio fundamentalmente tentar articular as posições mais conservadoras, em especial dos britânicos, que queriam estancar o princípio do permanente aprofundamento da integração, com os Estados-membros que pretendiam prosseguir no sentido desse mesmo aprofundamento (Shaw, Wiener, 1999: 22). A doutrina europeia mostrou preocupação sobre os termos em que este tratado viria a regular os domínios da cooperação reforçada. A experiência revelou, todavia, ponderação, no sentido de não dificultar a implementação dos regimes parciais, tais como o de Schengen (ou o monetário, no qual todavia o poder de controlo dos órgãos supranacionais é limitado).

⁶⁰³ A História regista, pelo menos, uma iniciativa que foi, desde o início, pensada para ser realizada no quadro da cooperação reforçada (a Convenção de Prüm, assinada em 25 de Maio de 2005, pelo Benelux, França, Alemanha, Espanha e Áustria), mas que os Estados envolvidos vieram todavia a conduzir fora do mecanismo, a fim de evitar as pesadas exigências substantivas e processuais que este impunha (Amenbrink, Kochenov, 2009: 4).

⁶⁰⁴ O primeiro regime foi inscrito no Protocolo V do TUE, a favor da Dinamarca. O mesmo tratado contemplava um regime de *opting out* para o Reino Unido, em matéria social. A perspectiva britânica da flexibilização correspondia exactamente à generalização desses regimes (La Serre, Wallace, 1997: 7).

Os regimes de flexibilidade – que se mantêm a um nível incipiente – levantam, só por si, problemas políticos ao nível da eficácia (em especial, em sede de coordenação institucional) e da legitimidade (em especial, no tocante ao controlo democrático⁶⁰⁵, já de si frágil, no quadro europeu) – (Walker, 1999: 6).

De facto, estes regimes introduzem novos níveis de fragmentação do poder político, num quadro em que essa fragmentação começava agora a ser percebida em sede de pluralismo e do exercício plurinivelado do poder.

O pressuposto da inexistência de consenso nos regimes de flexibilização torna também as questões de legitimidade mais complexas.

Estas dificuldades justificam a relevância limitada das experiências de flexibilização⁶⁰⁶, sendo certo que demasiada flexibilidade não interessa a ninguém (Laursen, 2007: 27).

O mecanismo – que não deixa de ser um espelho das diferenças possíveis – padece, assim, de dois desafios importantes: o de encontrar desenhos técnicos funcionais que adequem as exigências de diferentes naturezas que concorrem para as situações de flexibilidade⁶⁰⁷ e, simultaneamente, o de se manter a um nível

⁶⁰⁵ Não obstante, aquando da sua apresentação, o mecanismo foi valorizado como susceptível de minorar o défice democrático, numa perspectiva formalista e antiquada do assunto (Areizla, 1998: 2). Não há, todavia, dúvida de que qualquer mecanismo de cooperação reforçada levantará complexas questões relativas ao funcionamento do Conselho nessas matérias, à intervenção da Comissão e do Parlamento, etc. (La Serre, Wallace: 24).

⁶⁰⁶ A flexibilização dos regimes pode – e provavelmente deve – ser vista num quadro geral de excepcionalismo, no qual se integram, não apenas os regimes a que nos vimos referindo (e que se reportam apenas a regimes excepcionais para determinados Estados-membros), mas também, todos os enquadramentos excepcionais previstos e regulados no quadro europeu, os quais figuram na maioria dos regimes e, em alguns casos, correspondem ao essencial desses regimes (como é o caso das medidas de apoio ao desenvolvimento regional). Se observarmos a flexibilidade nesse enquadramento percebemos quanto se trata de um mecanismo quase permanente nos diferentes regimes jurídicos.

⁶⁰⁷ Fabian Amtenbrink e Dimitri Kochenov defendem expressamente a facilitação da iniciativa e bem assim uma maior capacidade de decisão dos Estados participantes, face à entrada de outros Estados (Amtenbrink, Kochenov, 2009:15).

suficientemente residual⁶⁰⁸ para evitar a fragmentação excessiva que dele pode decorrer.

3.3.2.3 Disponibilidade institucional: subsidiariedade

There is not necessarily a zero-sum struggle between a national and a European identity. People have always had multiple identities (Fossum, 2001: 2)

[282]

O princípio da subsidiariedade ganha relevância em épocas de transformação institucional. Quando um conjunto de comunidades pretende estabelecer mecanismos de funcionamento comuns, essas comunidades recebem situações de marginalização⁶⁰⁹. O risco de verem as suas posições sistematicamente derrotadas faz com que procurem introduzir cautelas especiais contra as imposições da autoridade central (que pode agir autonomamente ou através de mecanismos institucionais que acolham a participação das partes). Essas cautelas traduzem-se, desde logo, pela delimitação clara das competências dessas autoridades centrais, sendo comum a introdução de especificidades em matéria de processo decisório (exigindo maiorias qualificadas ou a unanimidade, ou impondo especiais ponderações). O princípio da subsidiariedade deve também enquadrar-se no âmbito destas cautelas (Føllesdal, 2008: 2).

A determinação efectiva das linhas de demarcação⁶¹⁰ das competências permanece difícil, até por força do carácter evolutivo das próprias competências. E, pelo seu lado, as cautelas em sede de processo de decisão acabam por bloquear o

⁶⁰⁸ Assim, parece evidente que a flexibilidade é melhor do que a centralização, se a variação dos padrões introduzidos pelo mecanismo de flexibilização não perturba o funcionamento do regime geral (Bordignon, Brusco, 2003: 4).

⁶⁰⁹ A subsidiariedade, entendida como uma forma de disponibilidade nacional e de disponibilidade cultural, corporiza o impulso de resistência a qualquer autoridade normativa superior à nação ou ao *volk*. Onde a federação, a nação ou o *volk* ocupam o mesmo espaço geográfico, o conflito entre níveis é constante e inevitável (Backer, 1998: 1331).

⁶¹⁰ O princípio da subsidiariedade surgiu como critério de exercício de competências partilhadas, mas cedo surgiram vozes defendendo que pudesse tornar-se num critério de partilha das competências e responsabilidades entre os diversos níveis de exercício do poder (Martins, 2010: 5).

funcionamento do sistema (as mais das vezes, por autorizarem o seu uso abusivo), o que impõe a sua recondução a um leque de matérias cada vez mais reduzido. Isso mostra como a subsidiariedade acaba por assumir um papel muito relevante no âmbito dessas cautelas. E, para além disso, ao introduzir a obrigação de ponderar a possibilidade de regulação a outros níveis, revela, só por si, uma atitude construtiva, em termos de adequação do pluralismo (Berman, 2007: 1209), a qual é digna de registo⁶¹¹.

Assim, a subsidiariedade surge como um mecanismo através do qual o poder europeu é limitado⁶¹² – em especial no âmbito dos princípios do primado e da autonomia (Backer, 1998: 1348). Foi nesse sentido que foi acolhida no direito originário (Føllesdal, 2008: 1), com o TUE.

A subsidiariedade introduz, portanto, um critério disciplinador das relações entre os níveis supranacional e estadual⁶¹³, tentando contrariar o paneuropeísmo (Backer, 1998: 1347), que havia dado origem a um longo processo de harmonização ao nível europeu – traduzido, não apenas nos diferentes regimes comuns, mas também no desenvolvimento dos princípios gerais de direito pelo tribunal, os quais constituem limitações claras das competências normativas das autoridades nacionais (Backer, 1998: 1339). Ela reflecte, assim, um esforço de reequilíbrio da partilha de competências (Aroney, 2007: 162).

⁶¹¹ Edward Swaine defende a aplicação do princípio da subsidiariedade pelo próprio tribunal, no âmbito da análise da responsabilidade dos Estados-membros pela não aplicação das directivas (Swaine, 2000: 8).

⁶¹² O regime da subsidiariedade, no quadro europeu, permite, assim, encarar esta como uma forma avançada de federalismo, com as suas prescrições de descentralização de poder, ou como uma reavaliação da capacidade estadual em preservar o poder, tornando-se num símbolo de orgulho nacionalista (Shaw, 1999: 22). A valorização da descentralização é, aliás, um elemento presente logo no Relatório da Comissão sobre a União Europeia, de 1975, que terá sido o primeiro documento comunitário sobre a subsidiariedade (Martins, 2003: 93).

De qualquer forma, deve ter-se presente que o princípio tanto admite uma interpretação negativa (no sentido de limitar a intervenção da autoridade central), como positiva (na medida em que estabelece os critérios de determinação das situações em que a intervenção central deve ocorrer), subsistindo ambas no quadro europeu (Føllesdal, 2008: 4).

⁶¹³ Com o tratado de Lisboa, especifica-se que a insuficiência da acção estadual pode ser ao nível central, regional ou local (Martins, 2010: 7) – cf. art. 1.º, 2.º e 5.º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

O princípio da subsidiariedade regula o exercício da autoridade no quadro de uma ordem política, estabelecendo que, nessa ordem, os poderes devem permanecer e ser exercidos ao nível mais próximo possível do cidadão, excepto quando o seu exercício a um nível mais abrangente⁶¹⁴ seja mais eficaz (Føllesdal, 2008: 1; Davies, 2006: 5).

A sua plena implementação não se resume, portanto, a uma regulação das transferências de competências dos níveis de poder inferiores para os superiores. Pelo contrário, impõe um movimento em ambos os sentidos, com ajustamentos periódicos das competências atribuídas sempre para o nível adequado mais baixo⁶¹⁵. Admite que, em determinados momentos, as autoridades centrais assumam mais competências e vice-versa. O sentido das transferências depende das necessidades, da evolução das convicções populares e da capacidade das organizações políticas defenderem os pontos de vista seus constituintes (Padoa-Schioppa, 2003: 17).

Por isso, uma união política europeia assente no princípio da subsidiariedade é compatível com a continuidade do Estado-nação. É certo que implica uma transformação que priva este do seu (alegado e fundamentalmente ilusório) poder absoluto. A capacidade de determinar os assuntos públicos (a soberania), será valorizada em vez de suprimida, havendo mais liberdade⁶¹⁶, graças ao princípio da subsidiariedade (Padoa-Schioppa, 2003: 19).

⁶¹⁴ Nestes casos, o exercício do poder afasta-se das instituições nacionais que são familiares aos cidadãos, deslocando-se para instituições supranacionais que naturalmente estes consideram menos acessíveis, menos reactivas e menos interessadas naquilo que lhes importa (Davies, 2008: 9). Esta perspectiva converge com a visão católica da subsidiariedade, segundo a qual a intervenção da autoridade apenas deve ocorrer quando o exercício da liberdade não seja suficiente para garantir a dignidade humana (Martins, 2003: 62).

⁶¹⁵ É nessa perspectiva que o sistema jurídico internacional pode ser visto como um sistema de desagregação do interesse comum de toda a humanidade, mais do que um mero sistema de agregação de interesses auto proclamados dos chamados Estados (Allott, 1999: 50).

⁶¹⁶ O regime da cidadania europeia é, aliás, apresentado pela doutrina como exemplo prático de subsidiariedade, ao determinar diferentes direitos, conforme os níveis (cf. Fossum, 2001: 15), articulando-os sem que se excluam ou sobreponham.

[284]

A maior valia do princípio da subsidiariedade residirá certamente no facto de este, de alguma forma, substituir o princípio da soberania (Berman, 2007: 1208) – e, por isso, alguma doutrina refere que o princípio tornou a Europa pós-soberana (MacCormick, 1997: 338). Essa substituição resulta do facto de o princípio dispensar a determinação do nível original do poder ou da autoridade (não impedindo que este seja exercido aos níveis superiores, desde que devidamente justificado).

Ao regular o exercício do poder sem necessidade da determinação de um nível original do poder político, o princípio da subsidiariedade resgata a questão da legitimidade da perspectiva formal tradicional para uma perspectiva material: o exercício do poder deixa de ser legítimo (apenas) porque enquadrado ou derivado de uma ordem estadual, para passar a recolher essa legitimidade na referência à cidadania e à protecção dos direitos na vida em comum.

[285]

O princípio da subsidiariedade, no quadro da EU, tem, todavia, um enquadramento limitado. Ele prende-se exclusivamente com a questão de, no âmbito de políticas partilhadas entre a UE e os Estados-membros, saber quem deve decidir: devem estas ser implementadas a partir do centro ou pode haver a delegação de parcelas dos processos em autoridades locais? Tem a ver, portanto, com a eficiência⁶¹⁷ da implementação e limita a centralização àquilo que se mostre necessário para atingir os objectivos. De qualquer forma, não contempla a possibilidade de avaliar as preferências locais ou a sua autonomia e, em momento nenhum, permite uma ponderação entre as vantagens em atingir plenamente os objectivos e as desvantagens correspondentes em termos de perda de autonomia local. Simplesmente não é sobre isso (Davies, 2008: 16). Nesse sentido, o âmbito no qual a subsidiariedade pode operar è reduzido (Backer, 1998: 1339).

⁶¹⁷ Na subsidiariedade a eficiência é perspectivada em termos relativos: tem de demonstrar-se a necessidade de intervenção do nível superior e a sua eficiência acrescida por comparação com intervenções do nível estadual – ou subnacional (Føllesdal, 2008: 3).

Ela surge sempre como uma forma de excepcionalismo. Na medida em que há sempre uma relação inversa entre o poder de determinar normas (inerente à harmonização) e a eficácia da subsidiariedade, esta não consegue deixar de parecer um estorvo na construção dos regimes comuns cuja bondade não parece questionável.

[286]

Outra limitação importante da subsidiariedade – pelo menos no quadro europeu – decorre do controlo⁶¹⁸ da sua aplicação.

Sendo aceite o princípio da preferência do exercício ao nível mais próximo do cidadão⁶¹⁹, a sua implementação pode fazer-se segundo diferentes perspectivas: fazendo-se a determinação do nível adequado de regulação ao nível superior – com necessidade de justificação dessa adequação – ou dependendo a regulação pelo nível superior do assentimento pelos níveis inferiores, reconhecendo portanto as suas insuficiências ou ineficiências (que nos parece ser o entendimento correcto).

A primeira perspectiva é aquela para que parece apontar o regime comunitário e parte da doutrina (Davies, 2006: 2): no âmbito do exercício conjunto (nacional e europeu) de competências, as instituições europeias devem invocar e demonstrar a maior eficiência da regulação nesse nível como condição da sua intervenção.

É certo que, neste plano, as instituições podem sempre presumir o reconhecimento pelos Estados-membros da maior eficácia da regulação ao nível europeu: se esse reconhecimento não existisse, a transferência de competências não teria ocorrido. O argumento parece todavia excessivamente genérico: ao acordarem que a regulação de determinadas matérias pudesse fazer-se tanto no nível europeu como nacional, os Estados-membros podiam ter em vista que a regulação europeia interviesse em âmbitos determinados ou fizesse face a dificuldades concretas. Donde, a presunção pode ser abusiva, recomendando-se, por isso, pelo menos a possibilidade

⁶¹⁸ A doutrina tende a considerar difícil que o controlo possa ser efectuado ao nível jurisdicional, por implicar uma análise comparativa de eficiência (Føllesdal, 2008: 5). Por outro lado, a intervenção dos órgãos jurisdicionais (centrais) supõe a transferência de mais competências para o nível superior, o que normalmente suscita reservas (Davies, 2006: 4).

⁶¹⁹ No quadro comunitário nem isso: fixa apenas a preferência pelo nível nacional – em alternativa ao europeu – mas, dentro daquele, nada impele o exercício a descer daquele nível (excepto se o princípio tiver sido acolhido também no quadro constitucional interno).

de ilação da mesma. O regime comunitário não prevê, todavia, que essa ilação possa ser feita.

Parece-nos, todavia, preferível um regime em que o exercício da competência partilhada pelo nível europeu pudesse ser validamente questionado pelo nível nacional, exigindo, ao menos, uma confirmação pelo conjunto dos Estados, do reconhecimento da maior eficácia da intervenção nesse nível⁶²⁰ – no sentido, portanto, da segunda perspectiva apontada⁶²¹.

[287]

O regime europeu da subsidiariedade revela diversas limitações que aliás decorrem da forma vaga como é previsto e regulado, evidenciando, desde logo, a inexistência de um critério claro e uniformemente vinculativo de distribuição das competências funcionais⁶²² no território da UE (Schmitter, 2000: 121; Davies, 2006: 5).

⁶²⁰ Poderá aqui argumentar-se que a intervenção do Conselho no processo decisório garante esta confirmação. O argumento seria puramente formal. Isto porque, de facto, os Estados pronunciam-se sobre uma proposta da Comissão sem que previamente ponderem da conveniência da intervenção nesse nível. É bem provável que a maioria não tenha sequer presente essa questão. Por outro lado, levantar esse tipo de argumento será sempre uma posição tendencialmente sentida como muito agressiva (e portanto politicamente sensível). Por outro lado ainda, a intervenção dos Estados-membros pode surgir em termos acessórios, como acontece no âmbito da comitologia.

A doutrina distingue, a este propósito três tipos ou níveis de aplicação do princípio (decidindo da verificação dos requisitos próprios): pelo consenso das subunidades, por deliberação maioritária destas ou pela autoridade central (Føllesdal, 2008: 5).

⁶²¹ Desde a sua origem – que pode recuar até Aristóteles, passando por Althusius e S. Tomás de Aquino (Aroney, 2007: 163), o princípio da subsidiariedade é perspectivado nesta vertente de acomodação da diversidade, num esforço de articular a estabilidade com o pluralismo. A doutrina católica – através das encíclicas *Rerum Novarum* (de Leão XII em 1891) e *Quadragesimo Anno* (de Pio XI em 1931) veio a acrescentar-lhe uma tónica personalista, admitindo a intervenção da autoridade central na defesa do interesse comum, em especial da protecção de grupos desfavorecidos (Føllesdal, 2008: 9).

⁶²² A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) estabelece, no seu artigo 72.º/2, um critério mais elaborado de aplicação do princípio da subsidiariedade, ao exigir a verificação de três condições para a intervenção do nível superior (federal): que a matéria não possa ser regulada em termos eficazes pelos Länder, que a regulação individual por estes possa prejudicar os restantes ou a comunidade no seu conjunto e que a preservação da unidade jurídica e económica (em especial das condições de vida) imponha essa intervenção.

O Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade acordado no âmbito do TA acrescenta três tipos de circunstâncias que justificam o exercício da competência pelo nível europeu: ⁽¹⁾ se o assunto envolve questões de natureza transnacional que não possam ser devidamente tratadas ao nível nacional, ⁽²⁾ se a intervenção nacional conflitar com

Por outro lado, ao restringir a sua aplicação à regulação do exercício de competências partilhadas (entre os Estados e a UE), o princípio não apenas deixa de fora outros níveis, como, principalmente, ignora que não se trata apenas de uma questão de níveis. Os conflitos resultantes do pluralismo de ordens jurídicas têm também carácter horizontal, sempre que identidades territoriais e não-territoriais competem com as nacionais e, bem assim, com a identidade europeia emergente (Fossum, 2001: 3).

Além disso, deve ainda ter-se presente que, em muitas circunstâncias, os conflitos relativos ao exercício de competências não se prendem com a maior ou menor eficiência da intervenção, mas antes com os diferentes objectivos prosseguidos pelos diferentes níveis ou autoridades. Ora, nestes casos, a análise comparativa da eficiência não parece poder fazer-se (Davies, 2006:2), tornando a aplicação do regime particularmente difícil.

[288]

A introdução do princípio da subsidiariedade tornou clara uma realidade que a soberania encobria: a legitimidade (do exercício do poder e do direito) reside na construção da base para o topo (Maduro, 2006: 31). Permitiu ainda enquadrar em termos genéricos uma ideia de pluralismo constitucional (Maduro, 2006: 41) – mesmo se o desenho e a aplicação do princípio se fizeram sem o desenvolvimento dos critérios necessários.

Em todo o caso, não há dúvidas de que a subsidiariedade introduz uma importante nota de diferenciação, ao deixar claro que a legitimação democrática do exercício do poder não resulta do carácter unitário do substrato humano (que os conceitos de Nação, e até de Povo parecem indicar), mas, pelo contrário, é a sua diversidade intrínseca que torna necessário o exercício de um poder público (Agnew, 2009: 48). Nesse sentido, a subsidiariedade permite uma protecção eficaz das

exigências dos tratados ou ameaçar o interesse dos outros Estados, ⁽³⁾ se a intervenção ao nível europeu se revelar mais eficiente em razão da escala ou dos efeitos.

Estes critérios conferem, todavia, ao nível europeu um espaço de intervenção excessivo, uma vez que invocando, por exemplo, a realização do mercado interno, fica imediatamente afastada qualquer pretensão de um Estado-membro, sem necessidade de outra ponderação (Davies, 2006: 9).

comunidades mais reduzidas, sem impor o tribalismo. O funcionamento do princípio (que assegura o diálogo entre os diferentes níveis ou comunidades) reforça a legitimidade dos níveis superiores, assumindo que a união não é um fim em si, mas apenas o meio para atingir um fim, que consiste em sobreviver ou viver melhor (Rougemont, 1962: 45).

Esta funcionalização do exercício do poder reforça o seu controlo e impõe, de forma mais evidente, a sua necessidade de legitimação permanente, em termos de eficiência. Além disso, o princípio da subsidiariedade mostra ser possível no processo de construção europeia juntar à criação de um novo nível de exercício de poder a valorização dos restantes níveis e da pluralidade de grupos identitários que coexistem no espaço europeu. O processo de integração pode, assim, ser simultaneamente um processo de reconhecimento das diferenças, numa articulação que sendo difícil é manifestamente a essência da vitalidade europeia.

4. Conclusão

So I came to appreciate the EU for everything that is wrong with it, and to see the persistence of its problems and controversies as a sign that the continent, at last, is not running away from the hopelessly difficult questions about power and freedom that government always brings. We may not have solved them yet, but we are not ignoring them either (Davies, 2008: 3).

[289]

A análise do processo de integração tem essa virtude de fazer desabar todos os nossos mitos e certezas sobre o poder (Everson, 2006: 151), ficando sempre a dor não reconhecida com a morte parcial do Estado-nação (Davies, 2008: 3).

[290]

De facto, a reflexão que agora concluímos, sob a perspectiva da unidade e diversidade na construção europeia, torna evidente a necessidade do abandono das perspectivas hierárquicas tradicionais, assentes no princípio da soberania.

[291]

Esse abandono justifica-se, desde logo, porque o conceito é uma ficção cada vez menos relevante (o que lhe retira capacidade explicativa) – a qual sobrevive por inércia histórica e pela dificuldade em definir-se um conceito alternativo.

Justifica-se ainda o abandono, porque toda a construção europeia assenta no pressuposto da sua superação. Na verdade, o sucesso da construção europeia mede o anacronismo da soberania.

[292]

O caminho da superação vem sendo percorrido pela doutrina, através de pequenos passos, evidenciando, quase sempre, a angústia da indefinição da direcção a seguir.

A centralidade da figura estadual no enquadramento do exercício do poder afirmava originariamente dois modelos alternativos (para qualquer processo de agregação): o internacional (que remete para a subsistência do estado soberano a par de aproximações de natureza funcional) e o federal (que oferece um modelo agregação de comunidades – estaduais ou não – numa nova comunidade, de natureza estadual).

[293]

A doutrina começou por aprofundar essa distinção, ao desenvolver os conceitos de integração (por oposição ao conceito de cooperação) e de supranacionalidade (por oposição ao de intergovernamentalismo), sublinhando a relevância teórica das diferentes abordagens.

Este percurso beneficiou dos impulsos jurisprudenciais resultantes da introdução dos conceitos de primado e de efeito directo, os quais forçaram o aprofundamento da questão da natureza da ordem jurídica e do próprio conceito de comunidade, enquadrando-os no processo de constitucionalização dos tratados. Este, por sua vez, revela um efeito extra: a afectação do entendimento dos conceitos próprios à lógica estadual pelo processo de integração. Já não é a integração marcada pela lógica estadual, mas o Estado afectado pela lógica da integração.

[294]

Mais recentemente, a doutrina trouxe ao debate dois novos elementos que reenquadram a lógica do processo de integração na tensão entre unidade e diversidade.

[295]

O primeiro desses elementos refere-se à política de reconhecimento dos diferentes grupos que compõem as comunidades, salientando como esta se pode fazer à luz de duas concepções distintas: visando garantir a igual dignidade desses grupos (numa lógica de harmonização), ou valorizando a própria diversidade.

Este contributo revela, assim, duas abordagens distintas e opostas, na medida em que, na primeira, a diversidade é um custo a suportar, enquanto na segunda, é um valor a preservar. Estas abordagens podem, por sua vez, ser desenvolvidas através de mecanismos intergovernamentais ou supranacionais, criando diferentes dinâmicas no processo.

[296]

O segundo elemento recentemente introduzido pela doutrina e que aprofunda o entendimento do processo de integração é o da identificação das lógicas e estratégias

de legitimação do poder no processo. Ultrapassando a trilogia tradicional que distinguia a legitimidade racional, tradicional e carismática (Weber, 1978: 215), foi proposta uma matriz substancialmente mais adaptada às concepções políticas actuais e particularmente à especificidade do processo de integração. De facto, este processo surge sempre apoiado numa lógica instrumental (tal como acontece praticamente com todas as dinâmicas internacionais), podendo, todavia, evoluir para lógicas contextuais (se o processo gera uma nova comunidade, capaz de identificar os seus membros em volta de valores comuns), ou comunicativas (se o processo se justifica nos direitos que garantem a convivência dos diferentes membros e grupos que compõem a comunidade).

[297]

Recolocada a questão da unidade e diversidade no centro do processo de construção europeia (e genericamente de todo o processo de integração), procuramos assim reperspectivá-lo a essa luz.

[298]

Nesse caminho, verificamos como todos os esforços teóricos de minimização da tensão – que são característicos nas abordagens internacionais do século XX – vão sendo progressivamente ultrapassados com o aprofundamento do processo.

Todas essas abordagens se mantiveram próximas do quadro internacional tradicional, aceitando, com maior ou menor entusiasmo, os fenómenos de interdependência, dentro dos quais enquadravam a integração. Essa proximidade impôs a preservação de lógicas instrumentais, assentes em legitimidades decorrentes da eficiência dos processos. Só que o aprofundamento do processo de integração foi tornando evidentes as limitações – e mesmo contradições – dessas perspectivas. E assim, quando a Europa se preparava, no início dos anos 90, para dar um passo definitivo e entusiasmado no sentido de mais um aprofundamento, sofreu, estupefacta, inesperadas reacções que se enquadravam na preocupação crescente em volta do seu défice democrático.

Foi o fim do consenso permissivo (o qual não era, afinal, mais do que a outra face da confiança na lógica instrumental que se esgotara).

[299]

A tensão entre unidade e diversidade tinha, assim, de ser enfrentada e regulada.

O reenquadramento do processo – teórico e convencional – encaminhou a sua perspectivação para aquilo que definimos como esforços de regulação formal ou hierárquica.

Os problemas começavam a colocar-se, cada vez mais, no estrito plano jurídico – em especial na multiplicação de manifestações de pluralismo.

A resposta que se procurou seguiu, no entanto, os caminhos tradicionalmente percorridos na doutrina jurídica, procurando identificar critérios de determinação de prevalência. Retornava-se, assim, à lógica de hierarquização, introduzida com o modelo estadual.

É claro que as respostas foram consideravelmente mais aprofundadas, acomodando a evolução conseguida e reponderando, em termos flexíveis, as soluções que iam sendo definidas. Nesse sentido, tanto a constitucionalização como a judicialização evidenciaram um dinamismo notável que, só por si, marcaram importantes avanços na doutrina.

Julgamos, todavia, que persiste nestas abordagens o vício formal que constitui o maior risco da tentação hierárquica (a qual domina ainda a abordagem jurídica internacional).

Para além disso, toda a lógica hierárquica se mostra incapaz de responder ao problema da legitimidade: quanto mais se aproxima ou se baseia no modelo estadual mais pressupõe a formação de uma comunidade do tipo nacional (legitimadora) que, nem no horizonte mais longínquo, se pode vislumbrar ou sequer antecipar.

E, por isso, defendemos, como alternativa às perspectivas tradicionais (no método ou nos pressupostos), a articulação de critérios de regulação material.

[300]

Neste enquadramento, cumpre afirmar que a subsidiariedade constitui certamente o primeiro princípio regulador do exercício da poder em diferentes níveis (ou, numa perspectiva mais abrangente, do fenómeno contemporâneo do pluralismo jurídico).

A importância do princípio é tal que este se afigura, a nosso ver, como alternativa ao próprio princípio da soberania.

A sua função é, pois, estruturante em termos de perspectivação dos diferentes níveis de poder que se vão afirmando actualmente.

[301]

Por outro lado, a crescente necessidade de estabelecer ou manter diferentes níveis de intervenção, deve perspectivar-se em termos tão flexíveis quanto possível. Na verdade, a necessidade da regulação a partir de níveis mais abrangentes (tão evidente na progressiva internacionalização de quase todas as matérias) não deve constituir uma justificação para que a diversidade dos níveis que integrem aqueles deixe de ser ponderada e defendida. Nesses termos, todos os regimes devem esforçar-se por acolher, tanto quanto possível, as diferentes necessidades em termos de flexibilização.

Os mecanismos de flexibilização estão, no entanto, a dar apenas os seus primeiros passos, não sendo possível sequer avaliar, nas poucas experiências levadas a cabo, as suas potencialidades.

[302]

Devem finalmente referir-se as virtudes do pluralismo propriamente dito. Os diferentes níveis de regulação (justificados em termos de subsidiariedade e acolhendo, tanto quanto possível, as diferenças, em termos de flexibilidade) não devem pretender-se excludentes, sendo devidos e vantajosos todos os esforços de articulação que afastem a necessidade de critérios de natureza hierárquica.

A valorização da diversidade enfrenta dificuldades de monta. Desde logo, ela questiona o princípio hierárquico que inspira toda a percepção organizativa. Nesse sentido, todo o excepcionalismo exala um preocupante aroma anárquico. Por outro lado, essa valorização parece contrariar o sentido de humanidade que inspira os direitos humanos ou permite acreditar na construção de um mundo pacífico.

A tensão entre a unidade e a diversidade impõe, assim, uma permanente busca de equilíbrios que nunca serão fáceis, por não serem evidentes, nem simples. Eles reflectem, afinal, a contínua redescoberta da natureza humana no processo de formação de comunidades.

5. Bibliografia citada

AAA (AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION). 1947. Statement on Human Rights. *American Anthropologist*, 49, p. 539–43.

AGNEW, John A. 2009. *Globalization and sovereignty*. Lanham, Md: Rowman & Littlefield.

AHDIEH, Robert B. 2004. Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts. *New York University Law Review*, Vol. 79, p. 2029- 2163. Emory University School of Law, Public Law & Theory Research Paper Series, Research Paper No. 04-10. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=770974>

ALDERSON, Kai, HURRELL, Andrew (eds.). 2000. *Hedley Bull on international society*. London ; New York: MacMillan Press.

ALLERKAMP, Doreen K. 2009. *Intergovernmentalism reloaded : The Transformative Power of 'Intergovernmental' Council Policy-Making*. University of North Carolina Chapel Hill, EUSA (European Union Studies Association) Papers, 05D. Disponível em http://www.unc.edu/euce/eusa2009/papers/allerkamp_05D.pdf

ALLOTT, Philip. 1990. *Eunomia : New Order for a New World*. Oxford ; New York: Oxford University Press.

ALLOTT, Philip. 1992. Reconstituting Humanity – New International Law. *European Journal of international Law*, vol. 3, p. 219-252.

ALLOTT, Philip. 1999. The Concept of International Law. *European Journal of international Law*, vol. 10, p. 31-50.

ALTER, Karen J. 2000. The European Union's Legal System and Domestic Policy: Spillover or Backlash? *International Organization* 54, 3, p. 489–518.

ALTER, Karen J. 2009. *The European Court's Political Power across Time and Space*. Northwestern University School of Law, Law and Economics No. 09-03. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1334328>.

AMTENBRINK, Fabian. 2008. *Continuation or Reorientation. What Future for European Integration?* Erasmus Law Lectures 9, The Hague: Boom Juridische uitgevers.

AMTENBRINK, Fabian, KOCHENOV, Dimitri. 2009. *Towards a More Flexible Approach to Enhanced Cooperation*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1310773>. Tb. pub. OTT, Andrea, VOS, Ellen (eds.). *50 Years of European Integration: Foundations and Perspectives*. The Hague: TMC Asser Press.

ANDERSON, Benedict Richard O'Gorman. 1991. *Imagined Communities : Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Rev. and extended 2nd ed. London: Verso.

de AREIZLA, José. 1995. *Sovereignty or Management? The Dual Character of the EC's Supranationalism Revisited*. Harvard Jean Monnet Working Paper No. 2/95. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers95.html>.

de AREIZLA, José. 1998. *Enhanced Cooperations in the Treaty of Amsterdam: Some Critical Remarks*. Harvard Jean Monnet Working Paper No.13/98. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers98.html>.

ARENA, Amedeo. 2010. *The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market : Between Sein and Sollen*. Jean Monnet Working Paper 03/10. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/10/100301.pdf>.

ARISTÓTELES. 322 a.c., 1977. *A Política*. Mem Martins: Publicações Europa-América.

ARMSTRONG, Kenneth A. 1998. Legal Integration: Theorizing the Legal Dimension of European Integration. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 36, No. 2, p. 155-174.

ARONEY, Nicholas. 2005. *Federal Constitutionalism / European Constitutionalism in Comparative Perspective*. The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, No. 07-02. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=890789>.

ARONEY, Nicholas. 2007. Subsidiarity, Federalism and the Best Constitution: Thomas Aquinas on City, Province and Empire. *Law and Philosophy*, vol. 26, p. 161-228. The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, No. 07-06. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=890811>.

ASH, Timothy Garton. 1998. Europe's Endangered Liberal Order. *Foreign Affairs*, Vol. 77, No. 2.

ASPINWALL, Mark D. SCHNEIDER, Gerald. 2000. Same menu, separate tables : The institutionalist turn in political science and the study of European integration. *European Journal of Political Research*, 38, p. 1-36.

AVBELJ, Matej. 2006. The EU and the Many Faces of Legal Pluralism toward a Coherent or Uniform EU Legal Order? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 2. Zagreb: Faculty of Law, University of Zagreb, p. 387-401.

AVBELJ, Matej. 2007. The Perplexing Novelty of European Integration. *University College Dublin Law Review*, 2007, Symposium Edition, 65-74.

AVBELJ, Matej, KOMÁREK, Jan, 2008. Four Visions of Constitutional Pluralism – Symposium Transcript. *European Journal of Legal Studies*, Vol. 2, n. 1, 325-370.

AVBELJ, Matej. 2008. Questioning EU Constitutionalisms. *German Law Journal*, Vol. 9, Nº. 1, p. 1-26. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1113498> ou em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2510236>.

AUGENSTEIN, Daniel. 2008. *A European Culture of Religious Tolerance*. EUI (European University Institute) Working Paper LAW No. 2008/04. Disponível em <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/7912>.

BACKER, Larry Catá. 1998. Forging Federal Systems within a Matrix of Contained Conflict : The Example of the European Union. *Emory International Law Review*, Vol. 12, p. 1331-1394.

BARTELSON, Jens. 1995. *A genealogy of sovereignty*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press.

BARTELSON, Jens. 2006. The Concept of Sovereignty Revisited. *European Journal of International Law*, Vol. 17 no.2. p. 463-474. Disponível em <http://www.ejil.org/issue.php?issue=2>.

BAZANTAY, Antoine. 2009. *Europe efficace, Europe légitime? Etude des stratégies et pratiques communicationnelles de l'Union européenne*. Cahiers du CEVIPOL 2009/1. Université Libre de Bruxelles. Disponível em <http://dev.ulb.ac.be/cevipol>.

BELLAMY, Richard. 2005. Which Constitution for What Kind of Europe? Three Models of European Constitutionalism. In CHENEVAL, F. (ed.) *Legitimationsgrundlagen der Europäischen Union*, p. 117-132, Munster : LIT.

BELLAMY, Richard, WARLEIGH, Alex. 1998. From an Ethics of Integration to an Ethics of Participation: Citizenship and the Future of the European Union. *Millennium – Journal of International Studies*, vol. 27, No. 3, p. 447-468. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1533781>

BELLAMY, Richard, CASTIGLIONE, Dario. 2000. *The Normative Turn in European Union Studies: Legitimacy, Identity and Democracy*. University of Exeter, Department of Politics, RUSEL Working Paper, No. 38. Disponível em <http://eprints.ucl.ac.uk/19009/1/19009.pdf> ou <http://ssrn.com/abstract=1530444>.

BELLAMY, Richard, CASTIGLIONE, Dario. 2003. Legitimizing the Euro-‘Polity’ and its ‘Regime’ : The Normative Turn in EU Studies. *European Journal of Political Theory*, Vol. 2, No. 1, p. 7-34. Disponível em <http://ept.sagepub.com/cgi/content/abstract/2/1/7> ou <http://ssrn.com/abstract=1533812>.

BERMAN, Paul Schiff. 2007. *Global Legal Pluralism*. Princeton Law and Public Affairs Accepted Paper Series, No. 08-001. Tb. pub. *Southern California Law Review*, Vol. 80, 2007, p. 1155-1238. Disponível em <http://ssm.com/abstract=985340>.

BERMAN, Paul Schiff. 2009. Federalism and International Law through the Lens of Legal Pluralism. *Missouri Law Review*, vol. 73, p. 1149-1184. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1409292>.

BESSA, António Marques, PINTO, Jaime Nogueira. 1977. *Introdução à Política*. Lisboa: Edições do Templo.

BODIN, Jean. 1576, 1993. *Les six livres de la République*. Paris: Librairie Générale Française.

von BOGDANDY, Armin. 1992. Perfíles de la Europa integrada. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 15. p. 19-32.

von BOGDANDY, Armin. 2000. Notas sobre la Ciencia del Derecho Europeo, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, p. 203-237.

von BOGDANDY, Armin, DELLAVALLE, Sergio. 2008. *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*. IILJ Working Paper 2008/3 (History and Theory of International Law Series), Institute for International Law and

Justice, New York University School of Law. Disponível em <http://www.iilj.org/publications/2008HTWP.asp>.

BORDIGNON, Massimo, BRUSCO, Sandro. 2003. *On Enhanced Cooperation*. CESifo Working Paper No. 996. München: Münchener Gesellschaft zur Förderung der Wirtschaftswissenschaften - CESifo GmbH (Munich Society for the Promotion of Economic Research). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=432904>.

BRUNKHORST, Hauke. 2006. Taking Democracy Seriously – Europe after the Failure of its Constitution. In ERIKSEN, Erik Oddvar, JOERGES, Christian, RÖDL, Florian (eds.). *Law and Democracy in the Post-National Union*, ARENA Report No. 1/2006. Oslo: ARENA, p. 433-453.

de BÚRCA, Gráinne de, GERSTENBERG, Oliver. 2006. The Denationalization of Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, n. 1, p. 243-262.

BURDEAU, Georges. 1970. *O Estado*. Tradução de Cascais Franco. Coleção Saber, n.º 157. Mem Martins: Europa-América.

BURDEAU, Georges. 1980. *Traité de Science Politique*. Tome II, 3^{ème} Ed., Paris: LGDJ.

BURKE-WHITE, William W. 2004. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, p. 963-979.

BURLEY, Anne Marie, MATTLI, Walter. 1993. Europe before the Court : A Political Theory of Legal Integration. *International Organization*, Vol. 47, No. 1, p. 41-76.

CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luiz Mota de. 2002. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CAMPOS, João Mota de, CAMPOS, João Luiz Mota de. 2004. *Manual de Direito Comunitário*. 4^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina.

CARTOU, Louis. 1986. *Communautés Européennes*. 8^{ème} Ed., Paris: Dalloz.

CASSESE, Sabino. 2005. Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation. *International Law and Politics*, Vol. 37, p. 663-694.

von CLAUSEWITZ, Carl. 1832, 1982. *On War*, London: Penguin.

CARUSO, Daniela. 1996. *The Missing View of the Cathedral : The Private Law Paradigm of European Legal Integration*. Harvard Jean Monnet Working Paper No.9/96. Tb. pub. *European Law Journal*, Vol. 3, 1, p. 3-32. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9609ind.html>.

CENTENO, Miguel Angel. 1993. The New Leviathan : The Dynamics and Limits of Technocracy. *Theory and Society*, Vol. 22, No. 3, p. 307-335.

COHEN, Antonin. 1998. Le plan Schuman de Paul Reuter. Entre communauté nationale et fédération européenne. *Revue française de science politique*, 48.e année, n°5, p. 645-663.

COLINO, Sandra Marco. 2004. *Towards greater flexibility or deadlock? The progress of European integration since the introduction of enhanced cooperation*. The Federal Trust for Education and Research Online Paper 24/04 Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1701286>.

COMISSÃO EUROPEIA. 2006. *Livro Branco sobre uma Política de Comunicação Europeia*. Documento COM (2006) 35 final (1 de Fevereiro).

CORNER, Mark. 2008. *Towards a Global Sharing of Sovereignty*. London: The Federal Trust for Education & Research, European Essay No. 44.

COTTIER, Thomas, HERTIG, Maya. 2003. The Prospects of 21st Century Constitutionalism. *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Volume 7, p. 261-328.

COVER, Robert M. 1981. The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation. *William and Mary Law Review*, Vol. 22, Issue 4, p. 639-682.

CRAIG, Paul P. 1997. *Democracy and Rulemaking within the EC: an Empirical and Normative Assessment*. Harvard Jean Monnet Working Paper No.2/97. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers97.html>. Tb. pub. in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 2, p. 105-130.

CRAIG, Paul P. 2001. Constitutions, Constitutionalism, and the European Union. *European Law Journal*, Vol. 7, No. 2, p. 125-150.

DACHEUX, Eric. 2004. *L'impossible défi : La politique de communication de l'Union européenne*. Paris: CNRS.

DAGTOGLOU, Prodromos D. 1981. A natureza jurídica da Comunidade Europeia. *Trinta Anos de Direito Comunitário*, Bruxelles ; Luxembourg: SPOCE.

DANCHIN, Peter G. 2009. Whose Public? Which Law? Mapping the Internal/External Distinction in International Law. In FARRELL, Jeremy, RUBENSTEIN, Kim (eds.), *Sanctions, Accountability and Governance in a Globalised World*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 27-52. Tb. pub. como University of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2010-38. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1662569>.

DAVIES, Gareth T. 2006. *Subsidiarity as a Method of Policy Centralisation*. International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty. Research Paper No. 11-06. Disponível em <http://www.ssrn.com/abstractid=921454>.

DAVIES, Gareth T. 2008. *A Time to Mourn – How I Learned to Stop Worrying and Quite Like the European Union*. Inaugural lecture as Professor of European Law at the Faculty of Law of the VU University Amsterdam on 26th June 2008. Vrije Universiteit: Amsterdam. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1314696>

DAVIES, Gareth T. 2009. The Crisis of Technocracy. *Amsterdam Law Forum* (VU University Amsterdam), Vol. 1, No. 3, p. 23-27. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1509353>.

DEHOUSSE, Renaud. 1999. L'Europe par le droit. *Critique Internationale*, n° 2 – hiver, p. 133-150.

DEHOUSSE, Renaud. 2000. *Rediscovering Functionalism*. Harvard Jean Monnet Working Paper 07/00. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers00.html>.

DELMOTTE, Florence. 2005. Procès de civilisation et démocratie (post-) nationale. In CHENEVAL, Francis. (ed.) *Legitimationsgrundlagen der Europäischen Union*. Munster: LIT, p. 393-410.

DELUPIS, Ingrid Detter. 1974, 1987. *International Law and the Independent State*. 2nd Ed. Andershot: Gower.

DEMÓSTENES. 324 a.c., 1969. Contra Aristogiton. In IMBERT, Jean, MOREL, Henri, DUPUY, René-Jean. *La Pensée Politique des Origines a nos Jours*, Paris : PUF. P. 32-33.

DEUTSCH, Karl. 1968, 1988. *The Analysis of International Relations*. 3th ed. London: Prentice Hall.

DUBBER, Markus Dirk. 2004. 'The Power to Govern Man and Things' : Patriarchal Origins of the Police Power in American Law. *Buffalo Law Review*, Vol. 52, No. 4, p. 101-166. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=629882>.

DUPUY, Pierre-Marie. 1997. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 1, p. 1-33.

DURKHEIM, Emile. 1893, 1967. *De la division du travail social*. Livre I, 8^{ème} Ed. Paris: PUF.

DURKHEIM, Emile. 1957, 2003. *Professional Ethics and Civic Morals*. London: Routledge.

EASSON, Alex. 1994. Integration through Law : The Court of Justice and the Achievement of the Single Market and the European Union. In MICHELMANN, Hans J. SOLDATOS, Panayotis (eds.). *European integration: theories and approaches*. Lanham, Md: University Press of America, Inc., p. 77-98.

EDWARD, David. 2005. *Thinking about Constitutions*. London: The Federal Trust for Education & Research, European Essay No. 34.

ELEFThERIADIS, Pavlos. 2004. *Constitution or Treaty?* London: The Federal Trust for Education and Research.

ELEFThERIADIS, Pavlos. 2010. *The Structure of European Union Law*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2010. Tb. pub. *Cambridge Yearbook of European Law*, 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1610089>.

ENDICOTT, Timothy. 2010. The Logic of Freedom and Power. In BESSON, Samantha, TASIIOULAS, John (eds.). *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 245-260.

ERIKSEN, Erik Oddvar, FOSSUM, John Erik. 2004. Europe in Search of Legitimacy: Strategies of Legitimation Assessed. *International Political Science Review*, Vol. 25, No. 4, p. 435-459.

ENGLE, Karen. 2001. From Scepticism to Embrace : Human Rights and the American Anthropological Association from 1947-1999. *Human Rights Quarterly*, vol. 23, No.3, p. 536-559.

ERK, Jan. 2007. Real Constitution, Formal Constitution and Democracy in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, Volume 45, Number 3, p. 633-652.

EVERSON, Michelle. 2006. Judges and lawyers in the making of the EU constitution. In ERIKSEN, Erik Oddvar, JOERGES, Christian, RÖDL, Florian (eds.). *Law and Democracy in the Post-National Union*, ARENA Report No. 1/2006. Oslo: ARENA, p. 147-196.

FARRELL, Henry, HÉRITIER, Adrienne. 2005. A rationalist-institutionalist explanation of endogenous regional integration. *Journal of European Public Policy*, Vol. 12, No. 2 p. 273-290.

FLORA, Peter, KUHNLE, Stein, URWIN, Derek W. 1999. *State formation, nation-building, and mass politics in Europe : the Theory of Stein Rokkan*. Oxford: Oxford University Press.

FØLLESDAL, Andreas. 2004. *Legitimacy Theories of the European Union*. ARENA Working Papers Series, 15/2004, Oslo: Centre of European Studies (University of Oslo). Disponível em <http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2004/>.

FOSSUM, Jon Erik. 2001. *Identity-politics in the European Union*. ARENA Working Papers Series, 17/2001. Oslo: Centre of European Studies (University of Oslo). Disponível em <http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2001/>.

FRANCK, Christian. 1996a. L'Europe et ses États. *Études internationales*, vol. 27, n° 4, p. 885-891. Disponível em <http://id.erudit.org/iderudit/703669ar>.

FRANCK, Thomas M. 1996b. Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice. *The American Journal of International Law*, vol. 90, p. 359-383.

GALANTER, Marc. 1981. Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism*, 19, 1, p. 28-34.

GEHRING, Thomas. 1996. Integrating Integration Theory: Neo-functionalism and International Regimes. *Global Society*, Vol. 10, N° 3, p. 225-253.

GEISINGER, Alex, STEIN, Michael Ashley. 2008. Rational Choice, Reputation, and Human Rights Treaties. *Michigan Law Review*, Vol. 106, p. 1129-1142.

GELLNER, Ernest. 1964, 1972. *Thought and change*. London: Weidenfeld and Nicolson.

GEORGE, Barbara Crutchfield, LACEY, Kathleen A. 2003. The U.K.'s 'Metric Martyr' Case: A Challenge to the European Union's Authority over Its Member States.

Wisconsin International Law Journal, Vol. 21, No. 2, 2003. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1431229>.

GERBET, Pierre. 1987. *La naissance du marché commun*. Bruxelles: Complexe.

GOMES, José Caramelo. 2009. *Lições de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

GOODMAN, Ryan, JINKS, Derek. 2005. International Law and State Socialization : Conceptual, Empirical, and Normative Challenges. *Duke Law Journal*, Vol. 54, p. 983-998.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. 2010. *Direito da União*. Coimbra : Almedina.

GOULEMONT, Jean-Marie. 1987. Etat. in ORY, Pascal. *Nouvelle histoire des idées politiques*. Paris: Hachette.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. 2007. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. I e II, 2.^a Ed. Coimbra: Almedina.

GREENE, Graham. *Our man in Havana*. 1958, 2007. New York, NY: Penguin Books.

GRIFFITHS, John. 1986. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, vol. 24, p. 1-56.

von der GROEBEN, Hans. 1984. *Combat pour l'Europe : la construction de la Communauté européenne de 1958 à 1966*. Bruxelles ; Luxembourg: SPOCE.

GUZMAN, Andrew T. 2007. *How International Law Works: A Rational Choice Theory*. Oxford and New York: Oxford University Press.

HAAS, Ernst B. 1958, 1968. *The Uniting of Europe : political, social and economic forces 1950-1957*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.

HAAS, Ernst B. 1964. *Beyond the nation-state : functionalism and international organization*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.

HABERMAS, Jürgen. 1989. On the Public Use of History. In HABERMAS, Jürgen. *The New Conservatism : Cultural Criticism and the Historians' Debate* Cambridge, MA: MIT Press, p. 229-240.

HABERMAS, Jürgen, DERRIDA, Jacques. 2003. February 15 or what binds Europeans together: a plea for a common foreign policy, beginning in the core of

Europe. *Constellations*, Vol. 10, No. 3. Tradução para o inglês de Max Pensky. Originalmente publicado em alemão, no *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, a 31 de Maio de 2003.

HÄBERLE, Peter. 2000. El Estado constitucional europeo. *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio, número 002, Universidad Nacional Autónoma de México, México: México, p. 87-104.

HALBERSTAM, Daniel. 2008. *Constitutional Heterarchy : The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*. University of Michigan Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 111. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1147769>. Tb. pub. in DUNOFF, Jeffrey L., TRACHTMAN, Joel P. (eds.). 2009. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. New York, NY: Cambridge University Press, p. 326-355.

HARLOW, Carol. 2000. *Voices of Difference in a Plural Community*. Harvard Jean Monnet Working Paper No. 03/00. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers00.html>. Tb. pub. in *American Journal of Comparative Law*, vol. 50 (2002), p. 339.

HARTLEY, Trevor C. 1999. *Constitutional Problems of the European Union*. Oxford: Hart.

HARTLEY, Trevor C. 2002. International Law and the Law of the European Union – A Reassessment. In CRAWFORD, J., LOWE, V. (eds.). *British Yearbook of International Law 2001*. Oxford University Press, p. 1-35.

HELD, David. 1993. *Prospects for Democracy: North, South, East, West*. Palo Alto: Stanford University Press.

HELPER, Laurence R., SLAUGHTER, Anne-Marie. 1997. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. *The Yale Law Journal*, Vol. 107, p. 273-391.

HELMHOLZ, Richard H. 1990. Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions? *Duke Law Journal*, vol. 1990, No. 6, p. 1207-1228.

HENDRY, Jennifer. 2009. *Legal Integration in the EU : the Unitas in Diversitate Conundrum and the Importance of Considering Culture*. Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2009/5. Tilburg: Tilburg University. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1360714>.

HINLSLEY, F. H. 1986. *Sovereignty*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press.

HOFFMANN, Stanley. 1982. Reflections on the Nation-State in Western Europe Today. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 21, No. 1, p. 21-38.

HOLSTI, K.J. 1991. *Change in the International System: Essays on the Theory and Practice of International Relations*. Aldershot ; Brookfield: Edward Elgar.

HOOGHE, Liesbet, MARKS, Gary. 2001. *Types of Multi-Level Governance*. European Integration online Papers (EIoP), Vol. 5, No. 11. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=302786> e em <http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-011a.htm>.

HOOGHE, Liesbet, MARKS, Gary. 2008. A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus. *British Journal of Political Science*, Vol. 39, p. 1-23.

HÖPNER, Martin, SCHÄFER, Armin. 2007. *A New Phase of European Integration : Organized Capitalisms in Post-Ricardian Europe*. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 07/4.

HUNTZINGER, Jacques. 1987. *Introduction aux relations internationales*. Paris: Seuil.

ICISS. 2001a. *The Responsibility to Protect : Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Ottawa, ON: The International Development Research Centre. Disponível em <http://www.iciss.ca/report-en.asp>.

ICISS. 2001b. *The Responsibility to Protect*. Supplementary Volume. Ottawa, ON: The International Development Research Centre. Disponível em <http://www.iciss.ca/consult-en.asp>.

IKENBERRY, John. 1996. The Myth of Post-Cold War Chaos. *Foreign Affairs*, vol. 75, 3, p. 79-91.

JIMÉNEZ, Pablo. 2010. *What Soul for Europe? Unity, Diversity & Identity in the EU*. SSRN Working Paper Series. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1609892>.

JOERGES, Christian, SCHEPEL, Harm, VOS, Ellen. 1999. *The Law's Problems with the Involvement of Non-Governmental Actors in Europe's Legislative Processes : The Case of Standardisation under the 'New Approach'*. EUI Working Paper LAW No. 99/9. Disponível em <http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/154>.

JOERGES, Christian. 2006. Working through 'bitter experiences' towards a purified European identity? A critique of the disregard for history in European constitutional theory and practice. In ERIKSEN, Erik Oddvar, JOERGES, Christian, RÖDL, Florian (eds.). *Law and Democracy in the Post-National Union*, ARENA Report No. 1/2006. Oslo: ARENA, p. 335-365.

JUPILLE, Joseph CAPORASO, James A. 1999. Institutionalism and the European Union : Beyond International Relations and Comparative Politics. *Annual Review of Political Science*, vol. 2, p. 429-444.

KANG, John M. 2009. Appeal to Heaven : On the Religious Origins of the Constitutional Right of Revolution. *William & Mary Bill of Rights*, Vol. 18, p. 281-326. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1514844>.

KANT, Emmanuel. 1795, 1988. *Projet de Paix Perpétuelle*. Traduction de Jules Barni. Paris: Hatier.

KANT, Emmanuel. 1800, 1996. *The Metaphysics of Morals*. Translated and edited by Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press.

KEOHANE, Robert Owen, HOFFMANN, 1993. Structure, Strategy and Institutional Roles. In Stanley KEOHANE, Robert Owen, NYE, Joseph S., HOFFMANN, Stanley (eds.). *After the Cold War: International Institutions and State Strategies in Europe, 1989-1991*. Cambridge, MA: Harvard University – Centre for International Affairs, p. 381-404.

KERR, Clark et. al. 1960. Industrialism and industrial man. *International Labour Review*, vol. 82, p. 236.

KOHLER-KOCH, Beate. 2006. European governance and system integration. In ERIKSEN, Erik Oddvar, JOERGES, Christian, RÖDL, Florian (eds.). *Law and Democracy in the Post-National Union*, ARENA Report No. 1/2006. Oslo: ARENA, p. 91-106.

de LA SERRE, Françoise, WALLACE, Helen. 1997. *Les Coopérations Renforcées : Une Fausse Bonne Idée?* Etudes et Recherches, N°2, version révisée. Paris : Groupement d'Etudes et de Recherches "Notre Europe".

LANDAU, Alice. 1995. Conceptualiser l'Union Européenne : apports et limites des théories des relations internationales. *Swiss Political Science Review* 1(2-3): 253-281. Disponível em <http://old.spsr.ch/Archive/Vol1/Issue23/Articles/t10.pdf>

LAURSEN, Finn. 2003. Comparing Regional Integration Schemes: International Regimes or Would-be Politics? Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series, Vol. 3 No. 8. Miami, Fl: University of Miami. Disponível em <http://www6.miami.edu/eucenter/lauarsenfinal.pdf>

LAURSEN, Finn. 2007. *Europe at the Beginning of the 21st Century: Opportunities and Challenges*. Dalhousie EUCE Occasional Paper No. 3. Halifax, NS: Dalhousie University, Canada.

LINDBERG, Leon N. 1963. *The Political Dynamics of European Economic Integration*. Stanford, CA: Stanford University Press.

LINDSETH, Peter L. 2003. The Contradictions of Supranationalism: Administrative Governance and Constitutionalization in European Integration since the 1950s. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 37, No. 2, p. 363-406.

LORD, Christopher, MAGNETTE, Paul. 2004. E Pluribus Unum? Creative Disagreement about Legitimacy in the EU. *Journal of Common Market Studies*, Volume 42. Number 1, p. 183-202. Tb. pub. sob o título *Notes towards a General Theory of Legitimacy in the European Union*. ESRC “One Europe or Several” Programme Working Paper 39/02, Centre for European Studies, Queen’s University of Belfast.

LORENZ, Konrad., 2002. *On Agression*. London: Routledge. Tradução do alemão: 1963. *Das Songenannte Böse, Zur Naturgeschinchte der Aggression*. Vienna: Verlag Dr. Borotha-Schoeler.

LORENZ, Konrad. 1973, 1992. *Os Oito Pecados Mortais da Civilização*. Tradução de Artur Morão. Lisboa : Litoral Edições.

LOUIS, Jean-Victor. 1995. *A Ordem Jurídica Comunitária*. 5.^a Ed. Bruxelles ; Luxembourg: SPOCE.

MACCORMICK, Neil, 1989. *Questioning sovereignty : law, state, and nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.

MACCORMICK, Neil, 1995. The Maastricht-Urteil : Sovereignty Now. *European Law Journal*, Vol. 1, No. 3, p. 259-266.

MACCORMICK, Neil. 1997. Democracy, Subsidiarity and Citizenship in the European Commonwealth. *Law and Philosophy*, 16, 331-356.

MACHADO, João Baptista. 1983. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina.

MACHADO, Jónatas E. M. 2010. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.

MADURO, Miguel Poiars. 2004. How Constitutional Can the European Union Be? The Tension between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union. In Weiler and Eisgruber, eds., *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*. Jean Monnet Working Paper 5/04. Disponível em <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-18.html>.

MADURO, Miguel Poiars. 2006. *A constituição plural : constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia.

MAHER, Imelda. 1998. Community Law in the National Legal Order : A Systems Analysis. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 36, No. 2, p. 237-254.

MARCH, James G., OLSEN, Johan P. 2005. *Elaborating the “New Institutionalism”*. ARENA Working Paper Series, 11/2005, Oslo: Centre of European Studies (University of Oslo).

MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. 2003. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora.

MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. 2010. *O novo regime do princípio da subsidiariedade e o papel reforçado dos parlamentos nacionais*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Jornadas sobre o Tratado de Lisboa. Disponível em http://icjp.pt/system/files/Tratado_Lisboa_Prof%25C2%25AA%2520Margarida%2520Salema.pdf (endereço visitado em 12 de Novembro de 2010).

MATTLI, Walter, SLAUGHTER, Anne-Marie. 1998. Revisiting the European Court of Justice. *International Organization*, Vol. 52, no. 1, p. 177-209.

MAYER, Franz C., PALMOWSKI, Jan. 2004. European Identities and the EU – The Ties that Bind the Peoples of Europe. *Journal of Common Market Studies*, Volume 42, Number 3, p. 573–98.

MICHAELS, Ralf. 2009. *Global Legal Pluralism*. Duke Law Faculty Scholarship Paper 2051. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2051. Tb. pub. in *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 5, p. 243-262.

MICHELMANN, Hans J. SOLDATOS, Panayotis. 1994. The Hard Core of European Integration Theories and Approaches : A Multivariate Track of Variable Geometry. In MICHELMANN, Hans J. SOLDATOS, Panayotis (eds.). *European*

integration: theories and approaches. Lanham, Md: University Press of America, Inc., p. 1-12.

MITRANY, David. 1943. *A working peace system : an argument for the functional development of international organization*. London: The Royal Institute of International Affairs, Oxford University Press.

MONTALEMBERT, Charles Forbes. 1863. *Les moines d'Occident : depuis Saint Benoît jusqu'a Saint Bernard*. 2^{ème} ed. revue et corrigé, Tome II. Paris: Jacques Lecoffre.

MORAVCSIK, Andrew. NICOLAIDIS, Kalypso. 1998. Keynote Article : Federal Ideals and Constitutional Realities in the Treaty of Amsterdam. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 36, p. 13-38.

MORAVCSIK, Andrew. 2005. The European Constitutional Compromise and the neofunctionalist legacy. *Journal of European Public Policy*, 12:2, p. 349-386.

MOREIRA, Adriano. 1984. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina.

MÜLLER, Jan-Werner. 2007. 'Our Philadelphia'? On the Political and Intellectual History of the 'European Constitution'. Workshop on 'Constitutions, Civility, and Violence', held at St. Catherine's College, Oxford, May 4-5th 2007. Princeton University. Disponível em <http://www.princeton.edu/~jmueller/ocp.html>.

MUTIMER, David. 1994. Theories of Political Integration. In MICHELMANN, Hans J. SOLDATOS, Panayotis (eds.). *European integration: theories and approaches*. Lanham, Md: University Press of America, Inc., p. 13-42.

NICOLAS, Françoise. *Multilatéralisme: le GATT en crise? RAMSES 93*, Paris: Dunod.

NGUYEN QUOC Dihn, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. 1999. *Droit International Public*. 6^e ed. Paris: LGDJ.

O'NEIL, Michael. 1996. *The Politics of European Integration : a reader*. Oxon: Routledge.

ORTEGA y GASSET, José. 1914. *Meditaciones del Quijote*, Madrid: Residencia de Estudiantes.

PADOA-SCHIOPPA, Tommaso. 2003. *Transforming Sovereignty*. European Essay No. 28, London: The Federal Trust for Education & Research.

PAGE, Martin. 2008. *A primeira aldeia global : como Portugal mudou o mundo*. 3.^a Ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras. Tradução de Gustavo A: Palma, do original *The First Global Village*. 2002. Lisboa: Editorial Notícias.

PARSONS, Craig, 2002. Showing Ideas as Causes : The Origins of the European Union. *International Organization*, Volume 56, Number 1, p. 47-84.

PENTASSUGLIA, Gaetano. 2002. State Sovereignty, Minorities and Self-Determination: A Comprehensive Legal View. *International Journal on Minority and Group Rights*, 9, p. 303-324.

PENTLAND, Charles. 1973. *Integration Theory and European Integration*. London: Faber and Faber.

PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto. 1993. *Manual de Direito Internacional Público*. 3.^a Ed. Coimbra: Almedina.

PERRY, Michael J. 2010. *Rights, Constitutions, Courts*. Emory Public Law Research Paper No. 10-113; San Diego Legal Studies Paper No. 10-033. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1674754>.

PESCATORE, Pierre. 1974. *The Law of Integration : Emergence of a new phenomenon in international relations based on the experience of the European integration*. Leiden: Sijtoff. Tradução do original de 1972 *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*. Leiden: Sijtoff.

PHILPOTT, Daniel. 2001. *Revolutions in sovereignty : how ideas shaped modern international relations*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

POLLACK, Mark A. 2010. *Theorizing the European Union : Realist, Intergovernmentalist and Institutional Approaches*. Philadelphia, PA: Temple University (Preliminary draft of a paper to appear as Chapter 1 of The Oxford Handbook of the European Union, edited by Erik Jones, Anand Menon, and Stephen Weatherill, forthcoming 2011). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1622912>.

POPPER, Karl R. 1962, 1971. *The open society and its enemies*. Vol. I *The Spell of Plato*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

POPPER, Karl R. 1962, 1971. *The open society and its enemies*. Vol. II *The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. 2009. *Teoria da integração e políticas comunitárias face aos desafios da globalização*. 4.^a Ed. Coimbra: Almedina.

PRELOT, Marcel, LESCUYER, Georges. 1990. *Histoire des Idées Politiques*. 10^{ème} ed. Paris: Dalloz.

PUCHALA, Donald J. 1972. Of Blind Men, Elephants and International Integration. *Journal of Common Market Studies*. Vol. 10, N. 3, p. 267-284.

PUCHALA, Donald J. 1999. Institutionalism, Intergovernmentalism and European Integration : A Review Article. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 37, No. 2, p. 317-31.

QUADROS, Fausto de, MARTINS, Ana aria Guerra. 2009. *Contencioso da União Europeia*. 2.^a Ed. Coimbra: Almedina.

RADAELLI, Claudio M. 2000. *Whither Europeanization? Concept stretching and substantive change*. European Integration online Papers (EIoP) Vol. 4, N.º 8. Disponível em <http://eiop.or.at/eiop/texte/2000-008a.htm> e em <http://ssrn.com/abstract=302761>.

RATZINGER, Joseph. 2007. *Europe today and tomorrow: addressing the fundamental issues*. San Francisco, CA: Ignatius Press.

RAZ, Joseph. 2009. *Human Rights in the New World Order*. Columbia Public Law Research Paper No. 09-219, Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1497055>.

RENAUT, Alain. 1989. *L'Ere de l'individu*. Paris: Gallimard.

RISSE, Thomas. 2000. "Let's Argue!" Communicative Action in World Politics. *International Organization*, Vol. 54, No. 1, pp. 1-39.

RODRIGUES, Jorge Nascimento, DEVEZAS, Tessaleno. 2009. *Portugal : o pioneiro da globalização : a herança das descobertas*. V. N. Famalicão: Centro Atlântico.

van ROERMUND, Bert. 1997. Jurisprudential Dilemmas of European Law. *Law and Philosophy*, 16, p. 357-376.

ROSAMOND, Ben. 2005. *The Uniting of Europe and the foundation of EU studies: Revisiting the neofunctionalism of Ernst B. Haas*, Warwick Research Archives Project Repository, University of Warwick. Disponível em http://wrap.warwick.ac.uk/1076/1/WRAP_Rosamond_9570885-150709-

[rosamond_jepp_05.pdf](#). Tb. pub. *Journal of European Public Policy*, Volume 12, Issue 2, April 2005. p. 237-254.

de ROUGEMONT, Denis. 1962. *Les Chances de l'Europe*. Neuchâtel: Editions de la Baconnière.

RUBIO-LLORENTE, Francisco. 1998. *Constitutionalism in the «integrated» states of Europe*. Harvard Jean Monnet Working Paper No. 5/98. Disponível em <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-5-.rtf>. Versão em castelhano: El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 16. Núm. 48. Septiembre-Diciembre 1996, p. 9-33. Disponível em http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_048_009.pdf.

SALEMA, Margarida. 1988. La División de Competencias y la Resolución de Conflictos entre el Poder Central y las Regiones Autónomas. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núms. 60-61, p. 891-909.

SANDEL, Michael J. 1996. *Democracy's Discontent : America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

SANDHOLTZ, Wayne, ZYSMAN, John. 1989. 1992: Recasting the European Bargain, *World Politics*, Vol. 42, No. 1, p. 95-128.

SCHARPF, Fritz W. 1994. *Community and Autonomy Multilevel Policy-Making in the European Union*. EUI Working Paper RSC No. 94/1. Disponível em http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/94_01.pdf. Tb. pub. *Journal of European Public Policy*, 1994, vol. 1, p. 219- 225.

SCHARPF, Fritz W. 2000. *Notes toward a Theory of Multilevel Governing in Europe*. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 00/5. Disponível em http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/dp98-02_en.asp#2000. Tb. pub. in *Scandinavian Political Studies*, Vol. 24(1), 2001, p. 1-26.

SCHERMERS, Henry G. 1997. We the Peoples of the United Nations. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 1, p. 111-128.

SCHMID, Christoph U. 2006. Judicial governance in the European Union: the ECJ as a constitutional and a private law court. In ERIKSEN, Erik Oddvar, JOERGES, Christian, RÖDL, Florian (eds.). *Law and Democracy in the Post-National Union*, ARENA Report No. 1/2006. Oslo: ARENA, p. 197-229.

SCHMITTER, Philippe C. 2000. *How to democratize the European Union – and why bother?* Lanham, Md: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

de SCHOUDEETE, Philippe. 2000. *The case for Europe : unity, diversity, and democracy in the European Union*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers. Traduzido do francês: 1997. *Une Europe pour Tous*. Paris: Odile Jacob.

SCHUMAN, Robert. 1963. *Pour l'Europe*. Paris: Nagel

SECRETARIADO EUROPA. 1992. *Compreender Maastricht, o Tratado da União Europeia*. Bruxelas: Gabinete da Comissão das Comunidades Europeias.

SEGURA-SERRANO, Antonio. 2009. *The Transformation of International Law*. Jean Monnet Working Papers No. 12/09, NYU School of Law: New York. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091201.html>.

SHAW, Jo, WIENER, Antje. 1999. The Paradox of the 'European Polity'. Harvard Jean Monnet Working Paper 10/99. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers99.html>. Tb. pub. in COWLES, Maria Green, SMITH, Michael (eds.). 2001. *The State of the European Union*. Vol. 5 - *Risks, Reform, Resistance, and Revival*. New York : Oxford University Press, p. 64-90.

SHAW, Jo. 2003. *Flexibility in a 'Reorganised' and 'Simplified' Treaty: A Practical Proposal*. London: The Federal Trust for Education and Research.

SHINODA, Hideaki. 2000. *Re-examining sovereignty: from classical theory to the global age*. New York: St. Martin's Press.

SIEYES, Emmanuel-Joseph. 1789, 1969. Qu'est-ce que le tiers état? In IMBERT, Jean, MOREL, Henri, DUPUY, René-Jean. *La Pensée Politique des Origines a nos Jours*, Paris: PUF, p. 273-275.

SINKONDO, Marcel. 1999. *Droit international public*. Paris : Ellipses.

SLEDZIEWSKI, Élisabeth G. 1987. Communauté. In ORY, Pascal. *Nouvelle histoire des idées politiques*. Paris: Hachette.

SMITH, Steve. 2000. International Theory and European Integration. In KELSTRUP, Morten, WILLIAMS, Michael (eds.). *International Relations Theory and the Politics of European Integration : Power, Security and Community*. London: Routledge p. 33-56.

SMITH, Charles Anthony. 2007. Judicialization : the Key to European Unification and the EU Expansion. In STIVACHTIS, Yannis A (ed.). *The State of European Integration*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, p. 127-139.

SOARES, António Goucha. 1999. *De Roma a Amesterdão : o caminho da integração europeia*. SOCIUS Working Papers, Nº 1/99. Lisboa: ISEG-UTL. Disponível em <http://pascal.iseg.utl.pt/~socius/publicacoes/w.papers.1999.shtml>.

SOARES, António Goucha. 2002. *We the Portuguese People of United Europe: Democracy and National Representation in the European Union*. Berkeley, CA: Institute of European Studies (University of California). Disponível em http://ies.berkeley.edu/research/files/CP02/CP02-Natl_Rep_in_EU.pdf.

SOARES, António Goucha. 2004. *As Instituições e o processo político da União Europeia*. SOCIUS Working Papers, Nº 5/2004. Lisboa: ISEG-UTL. Disponível em <http://pascal.iseg.utl.pt/~socius/publicacoes/w.papers.2004.shtml>.

SOLDATOS, Panayotis. 1973. *Vers une Sociologie de l'Intégration Communautaire Européenne*. Louvain-Cesson: Vander.

SOMIN, Ilya. 2010. Deliberative Democracy and Political Ignorance. *Critical Review*, vol. 22, no. 2-3, p. 253-279.

STEENBERGEN, Marco R., MARKS, Gary, 2004. Models of Political Conflict in the European Union. In MARKS, Gary, STEENBERGEN, Marco R. (eds.). *European Integration and Political Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 1-12.

STEIN, Eric. 1981. Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution. *American Journal of International Law*, vol. 75, p. 1-27.

STEPHAN, Paul B. 1999. *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*. University of Virginia School of Law Legal Studies Working Papers Series 99-10. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=169209>.

SWAINE, Edward T. 2000. Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice. *Harvard International Law Journal*, Vol. 41, 1, p. 1-133.

TAYLOR, Paul. 1983. *The Limits of European Integration*. Beckenham: Croom Helm Ltd.

TEUBNER, Gunther. 1997. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. In TUORI, Kaarlo, BANKOWSKI, Zenon, UUSITALO, Jyrki (eds.). *Law and Power : critical and socio-legal essays*. Legal Semiotics Monographs, vol. VI. Liverpool: Deborah Charles Publications, p. 119-140.

TEUBNER, Gunther. 1998. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences. *Modern Law Review*, vol. 61, p. 11-32,

Disponível em <http://ssrn.com/abstract=876950>. Tb. pup. in SNYDER, Francis G. (ed.). 2000. *The Europeanization of Law: the legal effects of European integration*. Oxford: Hart, p. 243-267, e em HALL, Peter A., SOSKICE, David W. (eds.). 2001. *Varieties of Capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*. Oxford: Oxford University Press, p. 417-441.

THAKUR, Ramesh. 2001. Global norms and international humanitarian law: an Asian perspective. *International Review of the Red Cross*, No. 841, p. 19-44.

TÖNNIES, Ferdinand. 1957, 2004. *Community & Society (Gemeinschaft und Gesellschaft)*. New Jersey: Rutgers.

TWINING, William. 2000. *Globalisation and Legal Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

UN. 1992. *An agenda for peace : Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping*. Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, (Doc. A/47/277 – S/24111). New York: United Nations.

WALKER, Neil. 1999. *Flexibility within a Metaconstitutional Frame : Reflections on the future of legal authority in Europe*. Harvard Jean Monnet Working Paper no. 12/99. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers99.html>

WALKER, Neil. 2002. *The Idea of Constitutional Pluralism*. EUI Working Paper LAW No. 2002/1. Disponível em <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/179>.

WALKER, Neil. 2006. *EU Constitutionalism in the State Constitutional Tradition*. EUI Working Paper LAW No. 2006/21. Disponível em <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6248/1/LAW-2006-21.pdf>

WALLACE, Helen. 2000. Flexibility : a Tool of Integration or a Restraint on Disintegration? In NEUNREITHER, Karlheinz, WIENER, Antje (eds.). *European Integration after Amsterdam : Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*. Oxford: Oxford University Press, p. 175-191.

WALLACE, Chloe, SHAW, Jo. 2002. *Education, multiculturalism and the EU Charter of Rights*. conWEB – Webpapers on Constitutionalism & Governance beyond the State, 2002, n. 5. Disponível em <http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb5-2002.pdf>.

WEBER, Max. 1922, 1978. *Economy and Society*. Berkeley and Los Angeles, Ca: University of California Press.

WEILER, Joseph H. H. 1993. Journey to an Unknown Destination : A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice. *Journal of Common Market Studies* 31, p. 417-437.

WEILER, Joseph H. H. 1995. *The State "über alles" : Demos, Telos and the German Maastricht Decision*. Harvard Jean Monnet Working Paper No. 6/95. Disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers95.html>.

WEILER, Joseph H. H., HALTERN, Ulrich R. 1996. The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass. *Harvard International Law Journal*, Vol. 37, No. 2, p. 411-448.

WEILER, Joseph H. H. 1997. The Reformation of European Constitutionalism. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 35, No. 1, 97-131.

WEISS, Thomas G. 2006. R2P after 9/11 and the World Summit. *Wisconsin International Law Journal*, p. 741-760.

WYATT, Derrick. 1982. New Legal Order, or Old? *European Law Review*, vol. 7, p. 147-166.

YOUNG, Iris Marion. 1990. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

YOUNG, Ernest A. 2008. Supranational Rulings as Judgments and Precedents. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 18, p. 477-519. Disponível em <http://www.law.duke.edu/journals/djcil/djciltoc18n2>.

