

X ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

ANA GOUVEIA MARTINS
ANABELA LEÃO
BENEDITA MAC CRORIE
PATRICIA FRAGOSO MARTINS
(coordenação)





X ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

**ANA GOUVEIA MARTINS
ANABELA LEÃO
BENEDITA MAC CRORIE
PATRICIA FRAGOSO MARTINS**
(coordenação)

Edição

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Dezembro de 2017

ISBN: 978-989-8722-25-6



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt

Imagem da capa:

Arquivo Thinkstock/Getty Images

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com



Índice

- 5** Nota de apresentação
- 7** Programa do X Encontro
- 9** Homenagem ao Prof. Jorge Miranda
Luísa Neto
- 13** Separação dos poderes legislativo e judicial: A difícil estratégia da Constituição Portuguesa para a sua harmonização com o princípio democrático
Pedro Sánchez
- 33** Separação de poderes, reserva de função administrativa e alocação normativa entre acto legislativo e regulamentar
Pedro Moniz Lopes
- 83** Igualdade democrática e despesa pública justa
Maria d'Oliveira Martins
- 100** O futuro do Estado Fiscal Social. O Estado Orçamental na União Económica e Monetária. Desafios democráticos
Diogo Feio

- 133** A democratização do sistema tributário: em especial, da sua importância para a prevenção dos litígios em matéria jurídico-tributária
Cláudia Figueiras
- 160** Democracia transnacional
Susana Tavares da Silva
- 186** E depois do Tratado de Lisboa: União Europeia e democracia - Democracia no plano transnacional
Ana Soares Pinto
- 241** O controlo democrático do poder executivo da UE e a recente evolução da Doutrina de Meroni
Rui Lanceiro
- 266** Democracia, Cidadania e Pluralismo
Luísa Neto
- 297** Democracia, Cidadania e Pluralismo: entre a normatividade e a realidade
João Loureiro
- 325** Democracia e Constituição
Jorge Miranda



Nota de apresentação

Teve lugar nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o X Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema ““Democracia e Direito Público””.

Foi um Encontro especial em que se celebraram os 10 anos dos Encontros de Professores de Direito Público, cuja fundação se deveu à iniciativa e fervoroso empenho do Senhor Professor Doutor Jorge Miranda no sentido de proporcionar um fórum em que os Professores das diversas Faculdades de Direito do país pudessem reunir, dando a conhecer os novos doutorados na comunidade jurídica de Direito público e promovendo o diálogo e o convívio entre as várias gerações de Professores das diversas instituições. Associou-se, assim, a celebração de uma década dos Encontros com uma justa homenagem ao Senhor Professor Doutor Professor Jorge Miranda.

O X Encontro incluiu painéis de tipo clássico, onde cada Professor apresentou um tema específico, a que se fez acrescer duas mesas redondas que permitiram uma discussão mais aberta e alargada dos temas tratados. Na sessão de encerramento, após a intervenção do Senhor Professor Doutor Jorge Miranda, subordinada ao tema ‘Democracia e

X ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

Constituição’, a Senhora Professora Doutora Luísa Neto disponibilizou-se a evocar a génese dos Encontros e a prestar a devida homenagem ao seu contributo fundador, homenagem que ora também se dá a conhecer.

Estiveram presentes cerca de 50 Professores de Direito público oriundos das diversas Faculdades de Direito portuguesas e, na esteira de uma tradição já enraizada, o Encontro permitiu a divulgação, o aprofundamento e o debate dos grandes temas que a Democracia continua a suscitar na actualidade, numa perspectiva ampla que não se cinge ao Direito Constitucional mas também se estende ao Direito administrativo geral e ao Direito especial, maxime, ao Direito fiscal e se integra no plano mais vasto do Direito transnacional.

São algumas das intervenções no X Encontro de Professores de Direito Público que ora se publicam.

A Comissão Organizadora agradece a todos os que participaram no Encontro e a todos aqueles que contribuíram para a elaboração deste livro digital

Lisboa, Setembro de 2017

A Comissão Organizadora,

Ana Gouveia Martins (FDL)

Anabela Leão (FDUP)

Benedita Mac Crorie (EDUM)

Patrícia Fragoso Martins (FDUCP – Lisboa)



X ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

Faculdade de Direito de Lisboa

27 e 28 de janeiro de 2017

“Democracia e Direito Público”

Programa

Sexta-feira, 27 de janeiro

9h30 Welcome coffee

- Boas-vindas: Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva, Presidente do Grupo de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

10h30 Democracia e Separação de Poderes

- Prof. Doutor Pedro Bacelar de Vasconcelos (EDUM)
- Prof. Doutor Pedro Sánchez (FDUL)
- Prof. Doutor Pedro Moniz Lopes (FDUL)
- Prof. Doutor Luis Terrinha (FDUCP- Porto)

Moderadora: Prof. Doutora Helena Pereira de Melo (FDUNL)

Debate

13h00 Almoço

14h30 Mesa Redonda: Democracia e Justiça Social

- Prof. Doutora Maria Oliveira Martins (FDUCP- Lisboa)
- Prof. Doutor Diogo Feio (FDUP)
- Prof. Doutora Cláudia Figueiras (EDUM)

Moderador: Prof. Doutor Jorge Reis Novais (FDUL)

Debate

16h30 Pausa para café

17h00 Democracia no Plano Transnacional

- Prof. Doutor Susana Tavares da Silva (FDUC)
- Prof. Doutora Ana Soares Pinto (FDUL)
- Prof. Doutor Rui Lanceiro (FDUL)

Moderador: Prof. Doutor Manuel Fontaine Campos (FDUCP – Porto)

Debate

Sábado, 28 de janeiro de 2017

10h00 Mesa Redonda: Democracia, Cidadania e Pluralismo

- Prof. Doutora Luísa Neto (FDUP)
- Prof. Doutor João Loureiro (FDUC)
- Prof. Doutor Tiago Duarte (FDUNL)
- Prof. Doutor João Tiago Silveira (FDUL)

Moderadora: Prof. Doutora Marta Portocarrero (FDUCP – Porto)

Debate

12h00 Encerramento

- Prof. Doutor Jorge Miranda (FDUL e FDUCP- Lisboa)
Democracia e Constituição

Presidente da Mesa: Prof. Doutora Luísa Neto (FDUP)



Sessão evocativa do Prof. Doutor Jorge Miranda

1. Nos Encontros do ano passado decidiu-se – e bem- associar o 10.^o aniversário dos Encontros, que este ano se assinalam, a uma homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Ora, ainda que – registe-se que a pedido do próprio Prof. Jorge Miranda, a homenagem tenha de ser discreta -, pediu-me a actual Comissão Organizadora que na qualidade do primeiro Secretariado Executivo (assim se chamava à altura) evocasse a génese dos Encontros. Tarefa simultaneamente difícil e prazeirosa.

2. Como se recordam os então presentes, na reunião tida em Lisboa em 14 de Fevereiro de 2007 – sim, pois, os mais velhos que lá estivemos -, promovida pelo Prof. Jorge Miranda, ficou agendado o primeiro Encontro Anual de Professores de Direito Público para Janeiro de 2008, subordinado ao tema “Estado Social de Direito: hoje”, e com possibilidade de participação dos demais docentes da mesma área científica.

Essa ocasião tem-se renovado anualmente, sem hiatos, tendo corrido Lisboa, Coimbra, Porto e Braga e sempre envolvendo novas caras que se conhecem e reconhecem e novos temas que se renovam e desdobram e

deixando já lastro de significativas publicações. Neste sentido, estivemos nestes dois dias em festa, outra vez. Mas como dizia um homem ímpar da nossa história e cultura, o Padre António Vieira, devemos recusar “subir ao púlpito e não dizer a verdade”.

3. E é por isso que essa verdade impõe lembrar esse momento inicial, essa vontade clara e determinada do Prof. Doutor Jorge Miranda. E que essa verdade impõe lembrar que sempre esteve, sempre corrigiu, sempre admoestou, sempre incentivou, sempre motivou. Porque quando se trata de pessoas com quem mais tarde ficamos próximos, normalmente esquecemos os pormenores desse primeiro encontro, fica aqui apenas a certeza de que me lembro – e sei que o Prof. Doutor Vieira de Andrade, o terceiro elemento da troika organizadora inicial se juntaria a mim nessa evocação do renovado encontro nos primeiros dias de Setembro para organizarmos o encontro do ano seguinte, contando sempre com o voluntarismo do Prof. Doutor Jorge Miranda que tinha – sem recurso a papeis – sempre a generosidade de se lembrar de todos os neófitos doutorados que haveriam de passar pelo ordálio desta soi disant praxe iniciática.

4. O poeta Nuno Júdice tem uma frase muito bonita como lema de vida, que nos diz para acreditarmos que a energia que entregamos às coisas demora, vai dar a volta ao mundo mas depois um dia nos surpreende pelas costas. É essa energia própria que aqui lhe agradecemos: a democracia como “sensação de barulho” de que falava Tocqueville implica um espaço público de discussão e de necessário consenso. Ora, enquanto forma de regulação social, nunca o Direito se viu tão assediado por uma concepção aberta do humano, nem tão permeável à opinião pública. Se o Direito e o Direito público tem uma inequívoca missão de conformação da vida social e de paradigma de coexistência dos comportamentos humanos, é importante que se não alcandore em despuddorada torre de marfim.



5. É pois importante que tenham os professores de Direito – e, maxime? – os professores de Direito Público, essa consciência. Estes encontros visaram sempre precisamente contribuir para essa busca argumentativa no espaço público, acreditando que os quadros formais do entendimento jurídico nos podem sintonizar igualmente as experiências de cidadania. E se todos somos juristas, cidadãos – e cidadãos activos, espera-se – somos também todos.

6. É certo que uma Escola é ensino – e é fundamentalmente ensino –, mas tem que ser também investigação – que é da investigação que vêm os bons professores. Ou, pelo menos, os professores que sabem aquilo que ensinam. Enfim, menos mal. Sebastião da Gama, inspirado pela Serra da Arrábida, a sul, escreveu num dos seus Diários que não há melhor sensação do que a de ter dado uma aula bem dada. E é verdade. Quando isso acontece – infelizmente não é sempre! – é mesmo uma sensação bonita, aquela de que passámos a corrente. E é essa corrente que tem feito destes Encontros uma casa especial, sem lugar geográfico próprio mas conhecida desde logo pela sua hospitalidade para os que chegam, para os que passam e para os que querem ficar.

E se o Direito pode ser um objectivo, têm que ser também outras as coisas a fazer-nos viver com alma, num equilíbrio entre força, inteligência, capacidade de trabalho, perseverança, bom humor, generosidade, lealdade, solidariedade e justiça – no sentido mais amplo que consigamos cultivar. Precisamente por isso, não liguem tanto ao que disse, liguem mais ao que não disse.

Sophia de Mello Breyner escrevia que “[H]á palavras tão ditas que se transformam em saliva”, mas queremos acreditar que obrigada não

X ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

é uma delas. E por isso, e porque muitas vezes nos esquecemos- desastadamente- de agradecer o óbvio, que fique ainda registado, em meu nome pessoal, da Comissão Organizadora do Encontro deste ano e de todos os que aqui estão, estiveram ou têm estado, uma palavra clara de obrigada ao Prof. Jorge Miranda pelo papel inicial mas também pela presença constante ao longo destes 10 anos. É também esta instituição – instituição, no sentido de Maurice Hauriou, de ideia de obra que vive e perdura-, que certamente seremos capazes de continuar a honrar. E a esperança, como dizia o filósofo, é a “vontade razoável de esperar”.

Muito obrigada, Senhor Professor.

Luísa Neto, 28 de Janeiro de 2017



Separação dos Poderes Legislativo e Judicial: a difícil estratégia da Constituição Portuguesa para a sua harmonização com o Princípio Democrático¹

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ²

Resumo: Cada modelo concreto de separação de poderes representa o resultado de uma decisão do poder constituinte, entre diferentes alternativas ou variantes disponíveis, visto que não é possível identificar na História Constitucional do Ocidente um conceito teórico, único e

1 O presente escrito reproduz o essencial da intervenção apresentada no *X Encontro de Professores de Direito Público*, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 27 e 28 de Janeiro de 2017, sob o tema geral *Democracia e Direito Público*, integrando-se no Pannel de Abertura da reunião, subordinado ao tema *Democracia e Separação de Poderes*. Daí que se mantenham várias marcas da sua oralidade, incluindo-se essencialmente observações de âmbito mais genérico e dispensando elementos dogmáticos mais aprofundados. Porém, o teor genérico desta intervenção encontra-se sustentado numa prolongada investigação realizada desde 2009, cujo percurso e cujos resultados podem ser consultados na Dissertação de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2014 e cuja publicação se encontra em curso (cuja consulta, entretanto, pode ser realizada na Biblioteca da referida Faculdade), sob o título *Lei e Sentença – A Separação dos Poderes Legislativo e Judicial no Constitucionalismo Português*.

Agradeço à Comissão Organizadora do Encontro, constituídas pelas Senhoras Professoras ANABELA LEÃO, ANA GOUVEIA MARTINS, BENEDITA MAC CRORIE e PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, pelo amável convite dirigido para participar neste evento.

2 Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: pedrofsanchez@fd.ulisboa.pt

puro de separação de poderes que cada legislador constituinte pudesse ser forçado a seguir. Essa escolha constitucional não consiste num fim em si mesmo, mas é uma consequência de uma opção axiológica prévia quanto à prioridade atribuída à Pessoa ou ao Poder.

No caso da Constituição Portuguesa, a opção axiológica prévia da Assembleia Constituinte – uma fusão, nunca antes bem-sucedida, entre duas concepções radicalmente opostas acerca da Pessoa e da sua relação com o Estado e com o Poder – resultou numa fronteira disruptiva e contraditória de separação dos poderes legislativo e judicial.

Por um lado, a Constituição subordinou a actividade jurisdicional a uma regra geral de obediência ao bloco de constitucionalidade-legalidade, procurando limitar o poder judicial – mesmo o poder de um juiz que fiscaliza a validade das leis – à aplicação não criativa de regras legais prévias. Por outro lado, porém, a Constituição tolerou – e, nalguns casos, aprovou directamente – regras especiais que autorizaram a criação político-legislativa de direito por órgãos jurisdicionais, em certos âmbitos do sistema jurídico, formando um sistema deformado e incoerente de separação de poderes.

Palavras-chave: Separação de poderes; princípio democrático; dignidade da pessoa humana; criação judicial de Direito; processo constituinte

Abstract: *Each concrete model of separation of powers is the result of a decision of the constituent power, among different available alternatives or variants, since there cannot be found in the Western Constitutional History any theoretical, unique and pure concept of separation of powers that every constituent legislator eventually could be forced to follow. That constitutional choice is not an end in itself; it is a mere consequence of a*



previous axiological option concerning the priority given to Person or to the Power.

In the case of the Portuguese Constitution, the axiological option of the Constituent Assembly – a fusion, never succeeded before, between two radically opposed conceptions of the Person and of its relation with the State and the Power – resulted in a disruptive and contradictory frontier of separation between the legislative and the judicial powers.

On the one hand, the Constitution subordinated the jurisdictional activity to a general rule of obedience to the constitutionally-legality block, intending to limit the judicial power – even the power of a judge who reviews the validity of the legislation – to the strict non-creative application of previous legal rules. On the other hand, however, the Constitution tolerated – and, in some cases, directly approved – special rules that authorized the political-legislative creation of law by jurisdictional bodies within certain scopes of the legal system, forming a deformed and incoherent system of separation of powers.

Keyword: *Separation of powers; democratic principle; human dignity; judicial creation of law; constituent process*

1. O tema proposto para a presente intervenção incide sobre os próprios alicerces do constitucionalismo moderno, ao indagar em que termos a Constituição Portuguesa em vigor procurou conjugar democracia e separação de poderes enquanto condição – reconhecida desde os fundamentos do movimento constitucional – para a obtenção de liberdade e de limitação do poder. Trata-se, no fundo, da harmonização entre dois pilares do constitucionalismo.

Porém, a busca dessa harmonização precisa de respeitar uma premissa prévia, sem a qual as suas conclusões seriam prejudicadas: a de que a conjugação entre democracia e separação de poderes é feita de forma singular e irrepetível por cada Constituição; nenhum sistema constitucional pode ser entendido por quem se baseie num conceito ideal e unitário de separação de poderes, a que cada Constituição esteja proventura predestinada a recorrer. A História Constitucional indica que cada sistema de separação de poderes vigente num dado momento e numa dada comunidade política correspondeu, tão-só, àquele que foi escolhido e positivado por cada poder constituinte. Não existe qualquer modelo ideal; subsistem unicamente sistemas concretos que resultam de uma decisão constituinte.

Tal assim é, desde logo, porque jamais foi possível identificar um conceito teórico ideal de separação de poderes, a ser usado, pelo menos, como referência pelos investigadores, à luz do qual os sistemas concretos acolhidos por cada Constituição pudessem ser comparados e testados. Esse conceito ideal inexistente porque a própria ideia de separação de poderes – historicamente associada também aos conceitos de balança de poderes, de constituição mista ou de governo misto, que paradoxalmente, nalgumas formulações, chegavam a negar a própria existência de poderes separados³ – apenas se desenvolveu através de variantes opostas, sem que seja possível apontar uma delas como a mais «genuína» ou «fidedigna».

3 É inevitável remeter neste ponto, para desenvolvimentos, para o mais profundo tratamento que em Portugal já foi oferecido a esta matéria, em NUNO PIÇARRA, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pp. 31 ss.



Nem mesmo em Autores clássicos como LOCKE ou MONTESQUIEU se teria sucesso em vislumbrar semelhante conceito ideal ou puro de separação de poderes: embora relevantes, os seus contributos foram apenas etapas de variantes que se iniciaram muito antes e que haveriam de continuar a ser desenvolvidas depois⁴.

Assim sendo, quando assumiu as suas escolhas, nenhum constituinte arrancou do vazio: cada Constituição mostrou-se enquadrada por um riquíssimo património anterior, que, ao longo de séculos, vinha ensaiando métodos para separar e inter-relacionar as funções e os órgãos do Estado⁵. Daí que se entenda que o conceito de separação de poderes seja dos mais equívocos no Direito Constitucional; e rotular apressadamente – como tantas vezes sucede – um acto jurídico como violador ou não violador do «princípio da separação de poderes» constitui, não raras ocasiões, uma temeridade que mereceria reflexão mais cautelosa.

2. Antes de formular mais rigorosamente a resposta à questão central que foi colocada nesta intervenção – os termos em que a Constituição Portuguesa pretendeu desenhar um modelo específico de separação de poderes à luz da sua visão própria de democracia, conjugando dois

4 Tendo em conta o contexto perfunctório do presente escrito, bastará recordar que os sistemas de distribuição de poderes de MONTESQUIEU e de ROUSSEAU, na segunda metade do século XVIII, representaram, não pontos de partida de uma doutrina ideal e mitológica da separação de poderes, mas pontos de chegada (*subvariantes de referência*) daquela que se tornou a *variante* dominante (legalitária e anti-judicialista) da doutrina compósita da separação de poderes. Variante essa que cada uma das Constituições portuguesas, com diferentes matizes e intensidades mas sem excepções, veio a acolher – cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, cit., Cap. I, § 4.º.

5 Para uma descrição telegráfica do surgimento dessas variantes, surgidas, respectivamente, em Israel e na Grécia, *ibidem*, Cap. I.

conceitos básicos do constitucionalismo moderno –, é inevitável que se questione o motivo por que a ideia de separação de poderes se desenvolveu em variantes opostas, impedindo a formulação de um conceito unitário e obrigando cada poder constituinte a uma difícil escolha entre modelos distintos.

Tal divisão em variantes inimigas é explicada por uma razão básica: a ideia de separação de poderes nunca surgiu como fim em si mesmo, nascendo sempre associada a objectivos de natureza axiológico-material. Foram tais objectivos materiais prévios que complexificaram o desenvolvimento de uma doutrina homogénea ou estável de separação de poderes, perturbando as fórmulas de organização de funções e órgãos do Estado.

Com efeito, a História Antiga, Medieval e Moderna ensina ser um mito a ideia de que seria possível organizar sistemas de separação, distribuição ou indiferenciação de funções e órgãos do Estado alheados de considerações prévias de tipo axiológico-material e unicamente centrados em considerações de eficiência ou de adequação na inter-relação entre poderes. Embora, naturalmente, cada partidário de um certo tipo de esquema orgânico-funcional pudesse acenar acessoriamente com os méritos que tal esquema também produziria para uma actividade eficiente do Poder, não se conhece um único modelo de referência na História Ocidental que não haja sido concebido como instrumento de prossecução de fins materiais previamente definidos, os quais mostraram ser aqueles que realmente moveram o seu desenhador e sem os quais cada esquema orgânico-funcional poderia ser considerado como solução absurda.

Ora, o surgimento de tais variantes opostas da separação de poderes é explicado pela circunstância de estas terem constituído meros coro-



lários de fins materiais assaz antagónicos: se os esquemas de distribuição entre funções e órgãos concretizavam concepções materiais prévias respeitantes às relações entre Pessoa e Poder, dificilmente poderiam vir a redundar num conceito unitário ou homogéneo de separação de poderes.

Com efeito, tais fins variavam entre i) a protecção dos governados perante o Poder como um todo – a protecção de qualquer das suas facetas antropológicas perante ingerências lesivas, independentemente de qual fosse a manifestação do Poder que as aprovasse –; e ii) a protecção da posição constitucional de um dos candidatos ao Poder, entendido como o mais capaz de implementar projectos virtuosos de prossecução do bem comum (poder-beneficiário do sistema) e, logo, merecedor de ser desarmado perante ingerências de contra-poderes opostos que hajam sido associados aos inimigos do progresso (poderes-alvo dos esquemas de separação).

No primeiro caso, tais sistemas organizatórios, formulando já avanços pioneiros no entendimento do significado da dignidade da pessoa humana – pessoa individualmente considerada como ser vivo empírica e concretamente localizado numa determinada situação espaço-temporal –, fixaram a separação-distribuição de poderes como instrumento estritamente funcionalizado para a protecção da Pessoa perante ingerências excessivas do Poder, maxime apontando um dos candidatos ao Poder como a maior ameaça potencial, pela lesividade dos seus actos, à dignidade pessoal. Como mero instrumento, tal separação poderia ser ponderada, comprimida ou derrogada perante hipóteses em que a sua rigidez colocasse em perigo o próprio fim supremo a que fora associada.

No segundo caso, tais sistemas organizatórios, movidos pela crença na superior dignidade da Ideia de Homem, enquanto projecto de Ser

abstracto e aperfeiçoado a que aspiram (ou devem aspirar, mesmo coactivamente) as pessoas humanas vivas e concretas, entenderam ser inegociável a criação de condições para a actividade tendencialmente livre do candidato ao Poder que melhor fosse capaz de conduzir, por meio de imposições verticais e de uma disciplina abrangente, uma ordem empírica viciada na direcção de uma ordem ideal.

Em todos os casos – insista-se – a separação de poderes não valia por si; constituía um puro reflexo de fins materiais, movendo-se por eles e para eles e carecendo de fundamento sem estes.

3. Ora, esta necessidade de prossecução de fins materiais prévios fez centrar o essencial do desenvolvimento das variantes da separação de poderes na fronteira entre os poderes legislativo e judicial. Apesar de a evolução dos alicerces do constitucionalismo – neste ponto sim, por influência de MONTESQUIEU, que aqui ofereceu o seu contributo mais visível⁶ – ter consolidado uma tripartição nos esquemas de separação-distribuição de poderes do Estado, o património que o pensamento ocidental desenvolveu em matéria de separação de poderes foi elaborado essencialmente em razão daquela fronteira original. E, diga-se, no caso português, a propósito dessa fronteira foram travados alguns dos debates mais relevantes na formação de algumas das nossas Constituições⁷.

3.1. Não é difícil entender o motivo desse fenómeno. Era razoável que os partidários de um Estado-transformador – incumbido da descon-

6 Cfr. NUNO PIÇARRA, *A Separação dos Poderes...*, cit., pp. 91 ss.

7 Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, cit., Caps. III, IV e V.



trução-reconstrução de todas as estruturas sociais, por se achar capacitado para conduzir a sociedade a um modelo ideal – carecessem de um acto jurídico-público tão ágil e abrangente quanto possível para imprimir rapidamente as transformações desejadas na ordem social. Em razão dos atributos que a filosofia política ocidental vem reconhecendo à lei há mais de dois milénios⁸, é claro que nenhum acto como ela teria uma tal transversalidade para a disciplinar eficaz e coactiva da ordem social.

Eis a confirmação da ideia de que as variantes de separação de poderes se desenvolveram como meros corolários de uma filosofia material prévia acerca da comunidade política: quem sustentava um modelo ideal – perfeccionista – de Estado carecia, correspondentemente, de uma variante legicêntrica de separação de poderes, assente num princípio de primazia da lei – princípio concebido, não com o propósito de sujeição do governante às leis (rule of law), mas sim enquanto mecanismo de sacralização do acto legislativo enquanto acto superior, intangível e inderrogável pelos demais actos produzidos por contra-poderes do Estado.

Mais: a História recente veio a revelar que a exigência de primazia da lei não precisava sequer de ser necessariamente associada a uma primazia do Parlamento. No âmbito de uma variante legicêntrica de separação de poderes, a prevalência da função legislativa não tinha automaticamente de ser acompanhada por uma prevalência do órgão legislativo. Neste contexto, o sistema português tomou a dianteira, mostrando-se uma referência para sistemas próximos: desde 1933 (sobretudo com a Revisão Constitucional de 1945), os construtores do sistema português aceitaram que o órgão formalmente qualificado como “executivo” obtivesse a centralidade da vida constitucional, assumindo as vestes de

8 *Ibidem*, Cap. I, § 3.º.

“Governo-Legislador” e fazendo os seus actos jurídicos beneficiar dos atributos previamente desenvolvidos pela Teoria da Lei⁹.

Com efeito, a ambição na intervenção económico-social das duas últimas Constituições Portuguesas¹⁰ forçou o Estado a assumir uma ampla responsabilidade de execução de um programa político que careceria da eleição do órgão ágil, de tipo Gabinete, e não já de um Parlamento pesado e ineficiente, como motor da vida política nacional¹¹. Os constituintes portugueses revelaram, por isso, a impressionante capacidade de reutilizar os esquemas orgânico-funcionais da antiga variante legalista da separação de poderes e de transferir os atributos que haviam definido a primazia da lei parlamentar para benefício do próprio acto legislativo do Governo, dotado de força legislativa equiparada àquela e por isso baptizado como “decreto-lei”¹², usando-o abertamente como acto a recorrer na vida nor-

9 Para desenvolvimento desse contributo orgânico-funcional do Estado Novo para a feição portuguesa da separação de poderes, *ibidem*, § 19.º.

10 Entre muitos, cfr. SOUSA FRANCO / OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 121 ss; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, 2 vols., Lex, Lisboa, 1995, II, p. 519; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 183; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I/2, 10.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, I/2, p. 75; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 2006, I, p. 435. Especificamente sobre o paralelismo entre as duas últimas Constituições Portuguesas no plano da intervenção económico-social, com reflexos no plano organizatório e no sistema de actos legislativos, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas – As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Actos Legislativos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 102 ss.

11 Sobre esta estratégia adoptada de forma paralela nas Constituições de 1933 e de 1976, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Poderes Presidenciais na Formação e Subsistência do Governo*, Coimbra Editora, Lisboa, 2016, pp. 9 ss. e 43 ss.

12 Sobre a iniciativa pessoal de SALAZAR para cunhar o acto legislativo do Governo como “decreto-lei”, cfr. ANTÓNIO DE ARAÚJO, “Na Génese da Constituição Política de 1933 (Apontamentos sobre o Sistema de Governo)”, in *O Direito*, Ano 133, IV, 2001, p. 822;



mal do Estado e não apenas sob pretexto de situações de excepcionalidade constitucional.

Em suma: na adaptação portuguesa da variante legicêntrica da separação de poderes, o conceito de primazia da lei assumiria uma feição mais ampla, incluindo o decreto governamental sob forma de lei.

3.2 Na barricada oposta, é igualmente fácil discernir as motivações materiais subjacentes à formação de uma variante contrária – uma variante anti-legalista e judicialista – na separação dos poderes legislativo e judicial.

O recurso ao juiz como contra-poder do legislador aparentava representar a melhor arma para travar uma concepção expansiva de lei. Quem mais duvidava do mérito de um legislador paternalista que se afirmasse desparametrizado na sua normação em busca de um superior bem comum naturalmente apelava ao juiz e à sua função de fiscalização da validade das normas que aplica como conatural ao poder jurisdicional.

4. Estes esclarecimentos prévios mostram-se cruciais para a compreensão da estratégia dualista ou ambivalente da Constituição Portuguesa na sua conjugação entre democracia e separação de poderes.

Efectivamente, se é verdade que se tornou comum o recurso ao qualificativo “compromissório” para descrever o texto constitucional de 1976¹³, esse termo só pode ser entendido de forma eufemística. Não é

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Poderes Presidenciais...*, cit., p. 16.

13 Cfr., por exemplo, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 – Formação, Estru-*

incorrecta a afirmação de que os constituintes procuraram compatibilizar as legitimidades democrática e revolucionária; ou, ainda, que procuraram somar à liberdade clássica a igualdade material própria de um Estado social¹⁴. Porém, sem que essa afirmação envolva qualquer distorção da realidade, ela apenas abrange uma parte de um exercício bem mais ambicioso – e incomum – que se realizou entre 1975 e 1976. Antes e acima de tudo, procurou-se uma síntese equidistante entre duas concepções radicalmente opostas da pessoa humana e das suas relações com o Estado e o Poder – justamente as duas grandes concepções supramencionadas que haviam polarizado a História do Pensamento Ocidental nos 2.000 anos anteriores¹⁵.

Na realidade, a formação do articulado constitucional combinou contributos de adeptos de visões que criam, ainda, na capacidade modeladora do Estado para conduzir a ordem social a um modelo aperfeiçoado, pelo menos, no plano económico-social, impondo uma drástica alteração, através de imposições verticais coactivas, das estruturas sociais anteriores e, simultaneamente, de adeptos de visões que revelavam

tura, Princípios Fundamentais, Petrony, Lisboa, 1978, pp. 270 ss.; idem, *Manual...*, cit., I/2, pp. 156 ss. e 184 ss.; MANUEL DE LUCENA, *O Estado da Revolução – A Constituição de 1976*, Edições Jornal Expresso, Lisboa, 1978, pp. 87 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 207 ss. e 218; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 2010, I, pp. 155 ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, II/2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, II/2, pp. 66-67; MANUEL AFONSO VAZ *et al.*, *Direito Constitucional – O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 11 ss.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, 2 vols., AA-FDL, Lisboa, 2015, II, pp. 50-51.

14 Cfr., ainda, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976...*, cit., pp. 334 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 335 ss.

15 Para apreciação sintética sobre as suas origens, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, cit., Cap. I; para estudo desenvolvido dessas distintas visões da pessoa humana ao longo da História do Pensamento Ocidental, cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Almedina, Coimbra, 2007.



um claro pessimismo quanto a tais aptidões regulatórias do Estado. A formação atribulada da Constituição, com um processo conduzido por maiorias pendulares e instáveis, redundou numa tal Lei Fundamental ambivalente¹⁶.

Ora, no ponto que aqui importa, sendo certo que a querela entre distintas visões do Homem e do Estado obviamente se reflectiu, antes do mais, sobre a Constituição material¹⁷ – com especial intensidade na Organização Económica¹⁸ –, a consolidação das instituições democráticas e do percurso do país em direcção a um regime constitucional de tipo ocidental haveria de permitir, através das sucessivas Revisões, o esbatimento dessa querela¹⁹. Porém, esse trabalho de mitigação das incoerências do texto constitucional não teria o mesmo sucesso no outro plano em que aquela ambivalência se havia produzido – no plano da Constituição organizatória e da construção do sistema de separação de poderes, no qual as incongruências internas se mantiveram.

Como sempre sucede, a escolha de um modelo de separação-distribuição de poderes para o sistema português consistiria num mero corolário de uma visão material prévia sobre a relação entre Pessoa e Poder. Assim, se a Constituição material procurou uma fusão entre duas con-

16 Para estudo muito desenvolvido do processo constituinte, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, cit., Cap. VI.

17 Cfr., ainda, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976...*, cit., pp. 259 ss., 406 ss., 473 ss. e 505 ss.; idem, *Manual...*, cit., I/2, pp. 153 ss.; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, cit., I, pp. 155 ss.

18 Cfr., ainda, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976...*, cit., pp. 511-515; idem, *Manual...*, cit., I/2, pp. 184-186; SOUSA FRANCO / OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica...*, cit., *passim*.

19 V., sobretudo, JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., I/2, pp. 211 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 207 ss.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, cit., I, pp. 641 ss.

cepções antagónicas que se vinham defrontando ao longo da História Ocidental, também no plano organizatório os constituintes procuraram algo que nunca havia sido feito com sucesso: uma compatibilização entre variantes inimigas da doutrina da separação de poderes.

5. De um lado, constitui um facto histórico o de que, nos trabalhos de formação da Lei Fundamental de 1976, a generalidade das forças constituintes, independentemente da sua origem ideológica, formou um consenso mínimo quanto à necessidade de introduzir, com urgência, profundas alterações em todas as estruturas políticas, económicas e sociais, destinadas a corrigir os erros da herança do Estado Novo²⁰. E, como antes vinha sucedendo, a opção por um Estado-transformador, incumbido da desconstrução-reconstrução das estruturas políticas, económicas e sociais, carecia do apelo a um instrumento jurídico-público dotado da máxima agilidade para disciplina de qualquer âmbito da vida política e social.

Assim, o apelo à variante legicêntrica da separação de poderes permitiria usar os atributos formais de acção e de resistência passiva do acto legislativo em benefício de medidas que se destinam a implementar um modelo de Estado social de Direito.

E se, na verdade, os esquemas organizatórios próprios dessa variante de separação de poderes já haviam, entre nós, sido usados com sucesso num modelo de pendor autoritário (Estado Novo), o legislador constituinte de 1976 soube adaptá-lo à concepção própria de um princípio democrático.

20 Cfr., para estudo desenvolvido dessa parte do processo constituinte, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, cit., Cap. VI; em rápida síntese, idem, *Os Poderes Presidenciais...*, cit., pp. 43 ss.



5.1. Com efeito, quando a Constituição partiu do reconhecimento do corpo popular como fonte de todo o poder político (cfr. artigos 1.º, 2.º, 3.º ou 111.º), forçou à formação de um nexu objectivo de legitimação entre cada acto jurídico-público e o universo democrático de onde emana o poder; sob pena de invalidade (inconstitucionalidade), cada acto jurídico-público nascido no ordenamento português deve, na perspectiva do constituinte, integrar-se num elo de uma cadeia directa ou indirecta, iniciada por um acto eleitoral democrático, que seja usado tanto para (a priori) escolher os respectivos titulares quanto para (a posteriori) proceder à sua responsabilização político-democrática.

Compreende-se bem a compatibilidade entre esse modelo de legitimação democrática e a histórica variante legicêntrica da separação de poderes: é no acto legislativo que se observa – por via directa, no caso do Parlamento nacional ou das Assembleias regionais, ou por via indirecta, no caso do Governo – a intensidade máxima da conexão entre o universo democrático e o exercício do poder político²¹.

5.2. E, justamente, é sob essa perspectiva que os actos próprios do poder judicial se mostram secundarizados: aquela conexão jurídico-orgânica com o corpo democrático encontra-se ausente do poder judicial em virtude da selecção dos respectivos titulares através de um método não eleitoral (seja de modo directo ou indirecto) e da consequente insusceptibilidade de responsabilização político-democrática.

21 Especificamente no caso do acto legislativo do Governo, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Poderes Presidenciais...*, cit., pp. 98-99. Numa perspectiva paralela sobre a construção da legitimidade que beneficia o Governo-Legislador, cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, cit., II, p. 378.

Por isso, a Constituição só pode autorizar a prática de actos jurisdicionais validamente aceites no ordenamento – aprovados “em nome do povo” (cfr artigo 202.º da Constituição) – porque a sua função de “administração da Justiça” há-de ser realizada em termos tais que – sempre na visão ideal do constituinte – se possa afirmar ter sido o sentido da sua decisão predefinido por uma norma imputável ao próprio Povo: o constituinte supõe que a decisão judicial pode ficar (positivamente) “contaminada” pela legitimidade democrática se o juiz que a emitiu, embora desprovido de uma conexão orgânica com o universo democrático, tiver respeitado a obrigação de obediência funcional às normas democráticas e tiver meramente aplicado o critério decisório inscrito num acto aprovado por um órgão beneficiário daquela conexão. A legitimidade democrática presente num acto normativo político, legislativo ou administrativo será emprestada à decisão judicial que lhe dá cumprimento.

No contexto de uma adaptação da antiga variante legicêntrica da doutrina da separação de poderes ao princípio democrático, a função jurisdicional ainda manterá a conexão democrática reclamada a todos os actos jurídico-públicos enquanto cada acto jurisdicional concretizar critérios de decisão fixados em actos políticos, legislativos e, ou, administrativos anteriores e não for forçado a aditar critérios jurisdicionais próprios e autónomos aos critérios fixados em normas elaboradas por centros de autoridade de criação de Direito admitidos pela Constituição.

Daí que a competência de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis – recebida em 1911 por influência do modelo judicialista (anti-legalista) norte-americano – pudesse ser ainda compatibilizada com essa variante legicêntrica: o juiz (constitucional ou comum) continuaria a exercer a Justiça em nome do Povo, através de uma função estritamente não criativa, se meramente procedesse à aplicação de uma lei superior para resolução de uma antinomia com uma lei inferior.



Essa variante de separação de poderes, numa palavra, refugiou-se no dogma da proibição da criação judicial de Direito.

5.3. Esclareça-se: tal leitura dos trabalhos constituintes nada indica quanto à concordância do intérprete no tocante a esta decisão constitucional ou, sequer, quanto à sua razoabilidade e exequibilidade à luz dos actuais parâmetros da Ciência do Direito; trata-se, apenas, de reconhecer a vontade querida pelo constituinte, enquanto instrumento para compreender algumas das soluções positivadas no texto, as quais, de outro modo, dificilmente seriam entendidas.

Desde logo, é sob essa perspectiva que se compreende o debate estratégico em torno da aprovação do artigo 203.^o da Constituição, com a maioria constituinte a esclarecer qual o significado da exigência de submissão do juiz à lei – constitucional, ordinária ou regulamentar, mas em todo o caso lei –, e jamais ao Direito, tendo em vista o repúdio de qualquer possibilidade de confiar ao juiz a invocação de Direito criado por si para derrogar a legalidade positiva vigente²². E é também sob essa perspectiva que se entende a recusa – mantida até 1997 – de acolher o conceito de “Estado de Direito” no texto constitucional, substituído pelo conceito de “legalidade democrática” – mais coerente com a variante legicêntrica de separação de poderes –, não meramente pelos factores ideológicos que mais prontamente seriam apresentados como justificativos dessa opção, mas justamente com o propósito específico de limitar a normatividade que poderia ser invocada por um juiz não criador de Direito e unicamente sujeito ao Direito legal²³.

22 Para a descrição desse debate, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, cit., § 33.^o.

23 *Ibidem*. E por isso se entende o esforço para a inclusão do qualificativo “de-

6. Porém, reflectindo a referida ambivalência da Constituição material compromissória, o modelo da Constituição organizatória não poderia deixar de contemplar a tentativa de absorção de elementos da variante judicialista da separação de poderes. Algumas das bancadas da Constituinte, embora minoritárias, arrancando de pressupostos axiológicos de tipo juspersonalista (que reuniam elementos extraídos do pensamento judaico-cristão, tomista e lockeano, ultimados pelo tratamento jurídico-positivo dado pelo sistema constitucional norte-americano), aproveitando o carácter pendular da formação de diferentes maiorias no processo constituinte, conseguiram fazer positivar na Lei Fundamental soluções frontalmente incompatíveis com o modelo legicêntrico que vinha dominando a maior parte do processo constituinte.

Procurando introduzir elementos juspersonalistas na Constituição material, tais sensibilidades conseguiram, em certos pontos, reflectir essa corrente também no plano organizatório, sujeitando o modelo de separação de poderes a soluções próprias à referida variante judicialista da doutrina da separação de poderes. E essa circunstância, se tornou a Constituição menos sujeita a uma obediência radical a um modelo legicêntrico – algo que pode ser considerado satisfatório por quem não é partidário de um tal modelo ou por quem o considera irrealista para a actual Ciência do Direito –, indiscutivelmente sacrificou a sua coerência interna e a operatividade da sua fronteira de delimitação entre os espaços próprios de actuação do legislador e do juiz.

mocrático” junto do conceito de “Estado de Direito”, mesmo quando ele foi admitido no texto constitucional em 1997, o qual se não limita à mera síntese entre os conceitos de Estado de Direito e de Estado democrático a que normalmente tem sido reconduzido. Precisamente com uma crítica ao sentido do (“infeliz”) conceito de “Estado de Direito democrático”, cfr., por exemplo, MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei*, Universidade Católica Editora, Porto, 1992, pp. 244 ss., *maxime* pp. 251-252.



De facto, se a ideia de primazia da lei e o dogma da proibição de criação judicial de Direito haviam sido eleitos como pilares centrais da fronteira de separação dos poderes legislativo e judicial, aquela (forte) minoria constituinte conseguiu, em certos pontos, convocar o juiz para a dupla função de legislador principal (“Corte-legislature”, em casos excepcionais de intolerabilidade de ações e omissões legislativas contra valores fundantes da ordem constitucional) e, mais comumente, de co-legislador (“Corte-co-legislature”, na generalidade dos casos de construção conjunta pelo legislador e pelo juiz, em cooperação ou em litígio, da normatividade vigente no ordenamento constitucional)²⁴.

Por isso, independentemente da crítica científica que se entendesse fazer ao utopismo de uma proibição de criação judicial de Direito, mais relevante do que expressar uma discordância contra a solução constituinte – algo pouco relevante para um intérprete que se sujeita à vontade normativa de um legislador legitimado para aprovar uma Constituição – será verificar, segundo uma metodologia juscientífica, que, sujeitando-se a visões antagónicas sobre o modelo de separação de poderes a adoptar, o constituinte traiu a sua própria coerência e abriu a autorização para a emissão de bolsas de Direito pretoriano.

7. Assim, através de um modelo esquizofrénico de separação de poderes, o legislador constituinte português i) fixou uma regra geral de subordinação funcional da actividade jurisdicional ao bloco de constitucionalidade-legalidade, pela qual pretendeu reduzir o poder judicial

²⁴ Para o estudo muito desenvolvido das bolsas de Direito judicial integradas na Constituição Portuguesa, que aqui não se poderiam sintetizar em razão da natureza do presente escrito, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, cit., § 37.º.

– mesmo quando exercido por um juiz-fiscal da lei – à estrita aplicação não-criativa de efeitos de direito predeterminados por normas aprovadas por autoridades dotadas de conexão orgânica directa ou indirecta com o corpo democrático eleitoral; ii) porém, em simultâneo, tolerou e, nalguns casos, inclusivamente aprovou por sua iniciativa regras especiais de criação político-legislativa de efeitos de direito por órgãos jurisdicionais em certos âmbitos do sistema jurídico, formando um sistema de separação de poderes disforme e desprovido de coerência interna.

Repita-se, contudo, em conclusão, que uma tal fronteira lacunar e não linear de separação dos poderes legislativo e judicial representa o mero reflexo organizatório da natureza igualmente ambivalente de uma Constituição material que pretendeu o propósito impossível de reunir num só sistema jurídico as duas visões opostas acerca do Homem e do Estado que vinham batalhando no pensamento ocidental nos últimos dois milénios e meio. A fusão entre duas variantes incompatíveis da separação de poderes não constitui mais do que o efeito colateral dessa opção material contraditória prévia.



Separação de poderes, reserva de função administrativa e alocação normativa entre acto legislativo e regulamentar

PEDRO MONIZ LOPES

Resumo: Uma das questões mais complexas, em matéria da teoria da normação, incide sobre a definição rigorosa de critérios para a alocação normativa entre acto legislativo e regulamentar. As fronteiras fluidas, perceptíveis para todos os que se deparem com esta problemática, na teoria ou na prática, traduzem uma zona cinzenta carente de clarificação. O presente artigo não aborda, naturalmente, a questão na sua plenitude. Pretende-se apenas enquadrar a solução nos quadros de uma adequada dogmática principiológica e de derrotabilidade normativa, concretamente aplicáveis à separação de poderes enquanto norma constitucional. As consequências são inúmeras. De entre estas, salienta-se, como ponto crucial da teoria, o rebate dos principais argumentos negacionistas da reserva da função administrativa. Neste âmbito, dá-se particular relevância à norma constitucional de competência governamental para a boa regulamentação dos actos legislativos.

Palavras-chave: separação de poderes; derrotabilidade normativa; normas de competência; reserva funcionais *prima facie*; função administrativa regulamentar

Abstract: One of the most complex issues, concerning a theory of legislation *lato sensu*, is the rigorous definition of criteria for allocating normative powers between legislation and administrative rulemaking. These blurred boundaries constitute a grey area, in need of clarification, detected by all that take interest in this problem, whether theoretically or in practice. Naturally, the present article does not cover the issue in its entirety. It merely intends to frame the solution within adequate theories of principles and normative defeasibility, specifically applied to the separation of powers *qua* constitutional norm. The consequences of the theory are vast. Among them, one should stress the rebuttal of the main arguments against the exclusive functional allocation to the administrative power. In this particular field, special focus is given to the constitutional norm granting competence to the Portuguese Government to provide for good administrative rulemaking in connection with legislative acts.

Keywords: separation of powers; normative defeasibility; norms of competence; *prima facie* exclusive functional allocation; administrative rulemaking

Sumário: 1. Enquadramento normativo da separação de poderes; 1.1. Uma teoria jurídica que parte do texto constitucional; 1.2. Indeterminação e desdobramento da norma de separa-



ção de poderes; 1.3. O desdobramento normativo subsequente; 2. A estrutura principal da separação de poderes; 2.1. A genericidade das condições da norma; 2.2. A derrotabilidade dos efeitos da norma; 3. Problemas da diluição material e fluidez funcional, em especial na reserva da função administrativa; 3.1. *Traditional vestment* e fluidez funcional; 3.2. Imposições *prima facie* de alocação: a reserva de função administrativa; 3.3. Quatro argumentos negacionistas e quatro contra-argumentos; 4. Argumentos constitucionais para uma reserva *prima facie* de regulamento; 4.1. Reserva *prima facie* de execução e auto-responsabilidade administrativa; 4.2. A norma constitucional de competência para a boa execução: a permissão *prima facie* de exercício e a proibição *prima facie* de preempção; 4.3. Proposições finais.

1. ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1. UMA TEORIA JURÍDICA QUE PARTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A separação de poderes ainda oscila entre duas distintas, por vezes misturadas, compreensões: como ideário político-filosófico (no contexto de uma *teoria política*) e como norma constitucional (no âmbito de uma *teoria jurídica*)¹. Justifica-se, porém, uma viragem no seu tratamento

1 Sobre a separação de poderes como uma *theory of government* e uma *theory of law*, cfr. M. VILLE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2.^a ed., Indianapolis, 1998, p. 252. Com uma separação semelhante, entre a teoria política e a teoria jurídica, no contexto de uma temática constitucional distinta mas relacionada (os direitos sociais), cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, pp. 17 ss.

dogmático, afastando-a de recapitulações relativamente consensuais do discurso eloquente de teóricos políticos, porém desfasadas da realidade jurídica actual. Entre todos os factores distintivos entre uma teoria jurídica e uma teoria política, avulta o facto de os instrumentos da primeira serem normas. Numa verdadeira teoria jurídica produzem-se *rule-based conclusions* mediadas por um *rule-guided reasoning*². Importa, portanto, centrar o discurso na análise da estrutura e operatividade jurídicas, tendo em vista saber o que traduz o enunciado da separação de poderes, como funciona e quais as consequências jurídicas que a ele se associam.

A separação de poderes é, antes de tudo, uma norma jurídica de hierarquia constitucional. A sua compreensão, em direito, deve, por esse motivo, partir do enquadramento interpretativo do texto constitucional – o *direito que é* – e não de uma construção arquetípica de uma teoria abstracta ou de qualquer *wishful thinking* constitucional. Uma compreensão não estritamente normativa da separação de poderes – *i.e.*, que não a reconduza essencialmente ao enunciado do princípio constitucional, bem como às regras que a densificam e que naquela se justificam – sempre implicaria a sua própria violação. Estar-se-ia, sem habilitação competencial ou legitimidade para o efeito, ao abrigo de puros ideários de filosofia política (ou outros), a criar, muito ao jeito do *Juristenrecht*, imposições normativas ilegítimas de divisão e alocação de poderes. A teoria jurídica implica, nessa medida, uma relativa desconsideração da herança histórica da separação de poderes. Esta, contudo, não pode ser interpretada propriamente como uma desvalorização absoluta, mas apenas como a avaliação da medida necessária da herança para a contextualização da norma vigente³.

2 Cfr., por todos, F. SCHAUER, *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, 1991, pp. 42 ss.

3 “[D]evemos procurar uma compreensão da separação constitucional de pode-



1.2. A INDETERMINAÇÃO E DESDOBRAMENTO DA NORMA DE SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição Portuguesa prescreve que os órgãos de soberania devem observar a separação e interdependência nela estabelecidas⁴. Trata-se de duas imposições distintas: (i) de um lado, devem os órgãos de soberania observar a *separação* estabelecida na Constituição e, (ii) do outro, devem observar a *interdependência* naquela imposta. A primeira impõe uma divisão e alocação funcional de competências, ao passo que a segunda prescreve um controlo mútuo pelos órgãos, no plano do exercício dessas mesmas competências⁵. Como o controlo mútuo no exer-

*res, não no que os constituintes (Framers) pensaram, nem no que os filósofos políticos do iluminismo escreveram, mas no que a Constituição, em si, diz e faz (...). O que conta não é qualquer teoria abstracta de separação de poderes, mas a concreta separação de poderes operativamente definida pela Constituição. Consequentemente, onde o texto constitucional seja informativo a respeito de uma matéria de separação de poderes, é importante não «saltar» o texto em favor de princípios abstractos que se deseje ver inseridos no nosso regime de separação de poderes, mas que possam, de facto, não ter integrado a estrutura da Constituição», cfr. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, vol. I, 3.ª ed., New York, 2000, p. 127. Com esta abordagem, também, H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, New York, 1961 (tradução portuguesa “Teoria Geral do Direito e do Estado”, de L. C. Borges, 4.ª ed., São Paulo, 2005), pp. 385 ss..*

4 Alude-se ao disposto no artigo 2.º e n.º 1 do artigo 111.º da Constituição, epígrafados “Estado de Direito Democrático” e “Separação e Interdependência”.

5 Concebendo a norma de separação de poderes como duas imposições normativas distintas, designadamente a da *especialização de poderes* e a de *independência recíproca de poderes*, cfr. R. GUASTINI, *La Sintassi del Diritto*, Torino, 2011, p. 346. Já assim, quanto à “*separation of functions*” e ao “*balance of powers*”, afirmando que, muito contrariamente ao que frequentemente se refere, um princípio não segue logicamente do outro e que, inclusivamente, tem sido a pouca precisão em delimitá-los a evitar uma abordagem crítica sobre cada um, cfr. M. ELIZABETH MAGILL, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, in Va. L. Rev., vol 86, n.º 6, 2000, pp. 1130-1131. A alocação de poderes a órgãos (núcleos competenciais) distintos, reportados a diferentes funções do Estado (*core functions*), relativa à *norma de separação*, juntamente com a criação de uma tensão competitiva (*balancing*) no exercício dessas competências pelos vários centros de competên-

cício de competências (interdependência) pressupõe a sua separação (mas não o inverso), a norma autónoma por defeito é, neste sentido, a da separação de poderes e não a da interdependência. É esta que primordialmente aqui interessa.

A norma de separação de poderes é uma norma de condições relativamente indeterminadas, cuja expressão não tem um sentido imediatamente apreensível. Essa indeterminação é fruto, desde logo, da incerteza semântica das palavras *separação* e *poderes*. Esta propriedade linguística dificulta, com refracções várias, a concretização das condições objectivas da norma e, a título de consequência, o cumprimento da sua função ao nível da resolução de problemas normativos, essencialmente problemas competenciais⁶. A construção de uma estatuição hiper-expansiva de qualquer norma repercute-se necessariamente na amplitude heterogénea da previsão normativa. Simetricamente, ao aplicar-se a norma a situações de facto qualitativamente distintas, dilui-se o sentido homogéneo de dever ser estatuído⁷. Em última análise, dificulta-se o manuseamento

cias, relativa à *norma de interdependência*, encontram-se funcionalizadas à prevenção da acumulação excessiva de poder em determinadas esferas, visando, em última análise, essa repartição e interdependência orgânico-funcionais obviar ao totalitarismo e, simultaneamente, promover a protecção de liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos. Cfr. P. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions-A Foolish Inconsistency?*, in Cornell L. Rev., n.º 72, 1987, p. 513; J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Coimbra, 1997, p. 9.

6 Sobre a capacidade do princípio da separação de poderes para fornecer critérios de solução de problemas competenciais, pese embora o autor se centre fundamentalmente na aptidão justificativa de declarações de inconstitucionalidade de normas com força obrigatória geral, cfr. N. PIÇARRA, *A Separação de Poderes na Constituição de 76*. Alguns Aspectos, Coimbra, 1986, p. 164

7 Para dar um exemplo extremo, a norma não pode compreender, simultaneamente, uma imposição de divisão e alocação das diferentes funções estaduais, uma imposição de repartição de atribuições entre o Estado e pessoas colectivas infra-estaduais e, ainda, uma imposição de tratamento justo (*principle of fairness*) a dar pelos órgãos do poder público aos cidadãos em geral. Sobre este último entendimento da norma de sepa-



da própria norma no contexto da ciência jurídica prática: mitifica-se a separação de poderes e, se muito ou tudo for separação de poderes, em boa verdade, pouco ou nada o é⁸.

Todas as normas que compõem o direito são necessariamente reconduzidas a normas constitutivas (de competência ou outras) ou a normas regulativas (de conduta): a norma de separação de poderes insere-se, necessariamente, nesta última categoria. Trata-se de uma norma que determina condições de exercício de competências pelos órgãos de soberania e outros órgãos estaduais ou infra-estaduais: é, portanto, uma **norma sobre o exercício de competências**. Impõe que, sempre que se conceba qualquer exercício de competências, nomeadamente também quando

ração de poderes, por exemplo, P. STRAUSS, *Administrative Justice in the United States*, 2.^a ed., Durham, 2002, p. 18. É frequente associar as garantias de isenção e imparcialidade de titulares de cargos públicos à separação de poderes. Fala-se, a este propósito, de uma **separação pessoal** de poderes, que estende a imposição de separação aos próprios titulares, estatuindo a proibição *prima facie* de ocupação dos diferentes órgãos do Estado, exercendo diferentes funções, por titulares idênticos. Por exemplo, H. MAURER, *Staatsrechts*, I, München, 2005, p. 359. No direito norte-americano, o exemplo de escola é a '*Incompatibility Clause*', onde se dispõe que "(...) *nenhum sujeito em funções no Executivo dos Estados Unidos será membro de qualquer das câmaras enquanto assim for*" (artigo I, § 6, cl. 2 da Constituição Americana), cfr. R. J. KROTOSZYNSKI, JR., *The Separation of Legislative and Executive Powers*, in T. GINSBURG / R. DIXON (Eds.), *Comparative Constitutional Law*, Northampton, 2011, p. 241. Por outro lado, é frequente aludir-se, também, a uma **separação vertical** ou **territorial** de poderes, nomeadamente no que tange ao respeito, pelos órgãos de soberania, pela autonomia normativa de órgãos de pessoas colectivas infra-estaduais (e.g., autarquias locais). Nesse sentido, por exemplo, C. BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional – As funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português* – Tomo I, Coimbra, 2012, p. 58 ou M. NOGUEIRA DE BRITO, *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, Lisboa, 2013, p. 100.

8 A potenciação da indeterminação da norma de separação de poderes pode, inclusivamente, conduzir a um grau relativo de inefectividade funcional, propiciando a conclusão de que as decisões aparentemente adoptadas ao seu abrigo são, na realidade – o que é muito caro à escola realista do direito –, tomadas com base noutras variáveis e, *ex post facto*, ou seja, normativamente justificadas através de uma modelação *ad hoc* da separação de poderes. Neste sentido, E. CAROLAN, *The New Separation of Powers – A Theory for the Modern State*, Oxford, 2009, pp. 44-45.

se projecte a criação das próprias normas de competência, esse exercício deverá ocorrer no respeito por uma integração objectiva da competência exercida numa determinada categoria, ocorrendo no respeito por uma correlação entre a categoria de competências em causa e um órgão típico da função constitucionalmente definida.

Para os presentes efeitos, admite-se como válido que o conceito de “poderes” se reporta, essencialmente, a categorias de competências (*i.e.*, funções estaduais) e, nessa medida, a acções deônticas, *actes juridiques* ou *acts-in-the-law*⁹. A principal questão interpretativa incide, portanto, sobre o conceito de “separação”. É tradicional referir-se que a norma de separação de poderes traduz uma imposição de divisão, na sua *variante negativa liberal*, e uma imposição de alocação orgânico-funcional no exercício de competências estaduais e infra-estaduais, na sua *vertente positiva, organizatória e racionalizadora*. É aqui bem visível, descontando a norma autónoma de interdependência de poderes, que a norma de separação de poderes se desdobra em duas normas distintas. Em rigor, *separação de poderes* significa *imposição* de divisão de poderes (*i.e.*, proibição de conjunção ou *aggrandizement* de poderes) e *reserva de poderes* (*i.e.*, alocação exclusiva e proibição de partilha de poderes)¹⁰. Ao

9 A questão é desenvolvida em P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, dissertação de doutoramento (inédita), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016, pp. 88 ss.; 351 ss., para onde se remete. Sobre o conceito de acções deônticas, *actes juridiques* ou *acts-in-the-law*, cfr. A. ROSS, *Directives and Norms*. New York, 1968, p. 130; T. SPAAK, *Norms that Confer Competence*, in *Ratio Juris*, 16, 1, 2003, p. 91. A distinção entre funções *jurídicas* e *não jurídicas*, ainda que com distintos fundamentos, integra-se na teoria integral das funções do Estado de M. CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, 2003, pp. 196 ss. Cfr., também, C. BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 22-23.

10 Dividindo o conceito de separação em (i) separação-distinção, relativa à divisão de funções, (ii) separação-balanceamento, já relacionada com a medida de interferência necessária para equilibrar a dispersão de poderes por diferentes esferas competenciais e



passo que a norma de divisão de funções apenas traduz um imperativo de dispersão de categorias de competências por distintos órgãos constitucionais – correspondendo, portanto, ao desiderato liberal, garantístico e negativo da separação de poderes, pressuposto pela norma da interdependência de poderes, dado que só há interdependência num cenário de divisão – a norma de reserva de funções é tributária da dimensão positiva da separação de poderes na vertente racionalizadora do mandato organizatório-funcional do Estado de direito democrático.

A *(i)* norma da divisão de poderes traduz uma imposição de dispersão de categorias objectivamente diferenciadas de competências nessa distribuição orgânica; a *(ii)* norma de reserva de poderes prescreve, por outro lado, uma alocação exclusiva, determinante de uma independência orgânica recíproca de categorias objectivas de competências a órgãos institucionalmente distintos e tipicamente referenciados na Constituição como órgãos de uma função¹¹. Revertendo o operador deôntico das normas, pode ver-se que a *(i)* primeira norma, impositiva da divisão de funções, veda a cumulação de categorias de competências qualitativamente diferenciadas em órgãos tipicamente identificados na Constituição como órgãos de específicas funções estaduais; por outro lado, a *(ii)* segunda

(iii) separação *stricto sensu*, relacionada com alocação exclusiva de competências a órgãos cujos atributos institucionais permitem uma especialização funcional, cfr. A. VIGNUDELLI, *Separazioni dei Poteri*, in D&Q, n.º 7, 2007, p. 204. Salientando a dimensão positiva, organizatória e racionalizadora da norma de separação de poderes, cfr. J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., pp. 25 ss., e pp. 38 ss.. Nessa sequência, aludindo à pluralidade de funções constitucionais da norma de separação de poderes, na dimensão da alocação funcional, designadamente a *função de medida*, *função de racionalização*, *função de controlo* e *função de protecção*, cfr. Ac. TC n.º 214/2011, disponível em: www.dgsi.pt.

11 As competências constitucionalmente estabelecidas são, em princípio, singulares exclusivas (ou *prima facie* singulares exclusivas), ainda que essa exclusividade seja *derrotável*. Neste sentido, F. SCHNAPP, *Der Verwaltungsvorbehalt*, in *VVDStRL*, vol. 43, 1985, pp. 186 ss.

norma, impositiva da alocação exclusiva de funções, proíbe uma conjugação de uma categoria objectiva de competências diferenciadas em órgãos subjectiva e funcionalmente idênticos (ou no mesmo órgão) e, simultaneamente, uma disjunção de categorias objectivas de competências idênticas em órgãos subjectiva e funcionalmente diferenciados. Por conseguinte, ao estabelecer alocações orgânicas de exercício de determinadas categorias de competências, a (ii) norma de reserva de funções integra na respectiva previsão uma condição implícita, agora explicitada: a condição *quanto à respectiva alocação funcional* (i.e., de categorias de competências). Paralelamente, a (i) norma de divisão de funções, ao impor uma dispersão de categorias de competências por órgãos típicos de funções distintas, integra uma condição implícita distinta: *quanto à respectiva divisão funcional* (i.e., de categorias de competências).¹²

1.3. O DESDOBRAMENTO NORMATIVO SUBSEQUENTE

O desdobramento da separação de poderes em duas normas distintas não é ainda final. Como se viu, a norma de reserva de funções é tributária da dimensão positiva da separação de poderes na vertente racionalizadora do mandato organizatório-funcional do Estado de direito democrático. Desdobra-se, portanto, em tantas normas quantas funções estaduais se estipule¹³. Assim, a proposição de quatro funções estaduais

12 Segue-se aqui o entendimento paradigmático de G.H. VON WRIGHT (*Norm and Action*, London, 1963, pp. 77-78). As normas integram, na respectiva previsão, condições implícitas de oportunidade para exercer uma conduta de acordo com o efeito jurídico: em rigor, só é possível estabelecer reservas orgânicas *em matéria de alocação* e, da mesma forma, só é concebível dispersar funções por órgãos distintos *em matéria da respectiva divisão*.

13 Cfr., entre tantas referências desnecessárias neste contexto, H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 385 ss.; A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927 (tradução espanhola “Teoría general del derecho administrativo”, edição ao cuidado



(política, legislativa, administrativa e jurisdicional) dá azo a quatro normas de reserva de funções distintas, cada uma das quais determinante de um núcleo funcional relativo avesso a interferências de acções de-ônticas realizadas por outras funções estaduais¹⁴. Cada uma das normas bebe, na respectiva previsão, das propriedades definitórias da respectiva função, nomeadamente e entre outros, *(i)* os contextos normativos do exercício de competências; *(ii)* a espontaneidade ou passividade no exercício de competências; *(iii)* o âmbito subjectivo de eficácia do exercício de competências; *(iv)* a (in)dependência no exercício da competência e *(v)* os predicados do produto do exercício de competências (*i.e.*, o conteúdo dos actos jurídico-públicos)¹⁵.

Como mero exemplo, a norma de alocação exclusiva da função jurisdicional pode ser estruturada do seguinte modo: “*para todos os x, (a) quanto à sua alocação funcional, (b) se x são competências [jurisdicionais] exercidas por órgãos estaduais ou infra-estaduais, então x devem ser (c) exclusivamente reservadas aos órgãos típicos dessa função (= tribunais)*”. A referência (a) ao *definiens* “jurisdicional” é, fora do contexto do essencialismo conceptual (*i.e.*, numa perspectiva nominalista), uma

de J. L. Monereo Pérez, Granada, 2004) pp. 11 e ss., 30 ss.; M. CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, cit., pp. 158 e ss.; M. REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, p. 247, e J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 552. No segundo caso, J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – V - Actividade Constitucional do Estado*, Coimbra, 2010, pp. 22 ss.; C. BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 29 ss.

14 Sobre um conceito *relacional* de reserva, distinto do conceito *absoluta* (ainda que *prima facie*, como se verá) aqui adoptado, cfr. M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, Lisboa, 2008, pp. 136 ss.. Sobre essa liberdade de interferência – excepcionada, como adiante se verá, pela norma de interdependência de poderes –, cfr. R. GUASTINI, *La Sintassi del Diritto*, cit., p. 347.

15 Não é este o local adequado para expender essas vastas considerações, naturalmente. Remete-se para P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, cit., pp. 371-399.

mera sùmula descritiva das propriedades identificativas dessa categoria de competências, nomeadamente do contexto normativo em que se exerce, a saber (sem pretensão de exaustividade): a (i) independência, a (ii) passividade, a (iii) inamovibilidade, a (iv) irresponsabilidade; a (v) sujeição plena ao direito e à lei. Assim, a condição (b) “jurisdicionais” é especificada pela descrição das propriedades definitórias da função, nomeadamente $(b_1 + b_2 + b_3 + b_4 + b_5)^{16}$. Por conseguinte, a norma de alocação exclusiva da função jurisdicional denota uma estrutura mais complexa, integrante de todas as propriedades detectadas no exercício das respectivas competências, a saber: *“para todos os x, (a) quanto à sua alocação funcional, (b) se x são competências exercidas por órgãos estaduais ou infra-estaduais caracterizadas pela (b₁) independência, (b₂) passividade, (b₃) inamovibilidade, (b₄) irresponsabilidade e (b₅) sujeição plena ao direito e à lei, então x devem ser (c) exclusivamente reservadas aos órgãos típicos dessa função (= tribunais)”*.

2. A ESTRUTURA PRINCIPAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES

2.1. A GENERICIDADE DAS CONDIÇÕES DA NORMA

A norma de separação de poderes, bem como as normas de divisão e de reserva de funções – em que aquela se desdobra – consubstanciam, como se viu, normas de conduta definitórias de condições de exercício de competências estaduais e infra-estaduais. A rigidez regulativa com que agora se definiu o efeito das normas levaria a crer que, à luz des-

16 Sobre a distinção entre o essencialismo e o nominalismo, K. POPPER, *The Open Society and its Enemies. Vol. II. The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx and the Aftermath*, London, 1949, pp. 12-15; S. KRIPKE, *Naming and Necessity*, Reprint. Oxford 1990, pp. 39 ss..



ta concepção, aquelas traduziriam imposições definitivas de dispersão e alocação de competências, o que resultaria particularmente contra-intuitivo e, em contraposição com a realidade constitucional, poderia inclusivamente suscitar a própria *inefectividade da separação* dos poderes. Tratar-se-ia, como se sabe, de uma concepção que, para além de desmentida pela vasta jurisprudência constitucional sobre esta matéria, esbarra na própria construção normativa constitucional do sistema de governo semi-presidencialista, marcado, entre outros aspectos, pela conjugação de funções legislativas e administrativas no Governo. A razão para uma *compreensão não rígida* da separação de poderes em nada invalida, ainda assim, a estruturação normativa aqui adoptada, que apenas espelha o paradigma de partida para a explicação do comportamento da norma. Importa, portanto, explicar, sempre a partir desse paradigma prototípico, as razões da introdução de excepções nas normas aludidas, dado que as mesmas, naturalmente, não podem ser moldadas consoante uma conveniência circunstancial.

Em primeiro lugar, pode afirmar-se que a designada fluidez entre funções estaduais não resulta, pelo menos não directamente, da introdução de matizações decorrentes de transformações e ampliações das funções do Estado, da emergência de um estado administrativo ou da proeminência, temporalmente circunstanciada, de um órgão de soberania sobre os demais (*e.g.*, a administração num Estado prestador ou os tribunais numa aproximação a um governo de juízes)¹⁷. Em segundo lugar, e por

17 Enumerando um misto de fenómenos políticos, normativos e sociológicos como fundamento da descaracterização do princípio da separação de poderes, tais como *“a ascensão do poder executivo não político; o declínio do parlamentarismo; a ascensão do Estado administrativo; partidos políticos; o «boom» das agências tecnocráticas; a proliferação da fiscalização constitucional; a privatização de entidades reguladoras; e a internacionalização das ordens jurídicas nacionais”*, cfr. M. GÁMEZ MEJÍAS, *El Significado Jurídico del actual Principio de División de Poderes en las Constituciones Parlamentarias*, Madrid,

outro lado, constituirá no mínimo uma comodidade intelectual, que apenas desvia o ponto de análise da estrutura das normas, apelidar o surgimento de qualquer modelo normativo híbrido de exercício de competências, que comprima imperativos de dispersão e de alocação de funções, como um novo (quarto ou quinto) poder¹⁸. Essa metodologia provaria, aliás, demais: diante de qualquer caso em que a correlação (o *matching*) entre o exercício de competências de determinada categoria e a alocação orgânico-funcional se não verificasse, estar-se-ia na presença de uma nova função do Estado, o que não só inviabilizaria a compreensão, como comprometeria o próprio efeito e operatividade da norma de separação de poderes¹⁹.

2004, p. 295. Sobre a fluidez na alocação constitucional de funções, referindo que, pese embora a falta de acordo sobre a extensão e forma da fluidez, esta é incontestada, cfr. M. E. MAGILL, *Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law*, in U. Pa. L. Rev., 2001, n.º 150, p. 634. Tenha-se, porém, em atenção que a fluidez descrita por M. E. MAGILL, na senda de S. G. CALABRESI, *Some Normative Arguments for the Unitary Executive*, in Ark. L. Rev., n.º 48, 1995, pp. 34-35, se reporta ao carácter não estático da alocação, portanto mais próxima de uma fluidez ou variabilidade sociológica, descritiva do engrandecimento circunstanciado de uma função sobre a outra, tal como identificada na nota de rodapé anterior, do que, propriamente, uma fluidez decorrente do carácter principiológico da norma de separação de poderes.

18 Por exemplo, P. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in Colum. L. Rev., vol. 84, n.º 3, p. 573. Particularmente crítico, aludindo a essa terminologia como *preguiça intelectual*, e também ao facto de não ser consensual a existência de três funções estaduais, nem tão pouco alguma vez ter sido, C. MÖLLERS, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, 2013, p. 232.

19 Parece ser o entendimento, por exemplo, de A. VIGNUDELLI (*Separazioni dei Poteri*, cit., p. 208), quando critica o excessivo reducionismo da tripartição – ou quadripartição – das funções estaduais, num actual quadro de hipertrofia funcional mediante a crescente complexidade social contemporânea. A crítica, no entanto, não tem como proceder: a definição de funções estaduais serve o mero propósito dogmático, mas também prático, de arrumação de categorias de competências a partir de inferências constitucionais. Trata-se, de certa forma, de conceitos normativos – como os referidos por C. S. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, 2003, pp. 165-166 – para permitir tornar operativa a norma de separação de poderes, sem os quais esta se tornaria, naturalmente, vazia. Assim,



A fluidez funcional tem uma razão de ser estritamente estrutural. Assente que a norma estabelece condições para o exercício de competências, como atrás se demonstrou, é patente a omissão do enunciado em relação ao *género de competências* às quais a norma se aplica: não se referem quais as competências em cujo exercício se deve observar a separação estabelecida na Constituição²⁰. Essa omissão de especificação de género traduz, verdadeiramente, uma *indistinção das condições de aplicação* da norma no quadro das oportunidades para a aplicar: a norma aplica-se a *quaisquer exercícios* de competências estaduais ou infra-estaduais e, independentemente da função estadual pertinente, devem ser separadas as respectivas categorias de competências. Consequentemente, em virtude do desdobramento normativo, pode afirmar-se que, em *quaisquer exercícios* de competências estaduais ou infra-estaduais, deve ser observada (i) a divisão de funções e a (ii) alocação orgânico-funcional (= reserva) exclusiva constitucionalmente estabelecidas.

A diferença e respectiva correlação entre, de um lado, *todos* e uma proposição de generalidade aplicativa (*em todos os exercícios de competências*) e, do outro, *quaisquer* e uma proposição de genericidade ou indeterminabilidade aplicativa (*em quaisquer exercícios de competências*),

o mero *registo* de novos modelos de exercício de competências não parece poder suscitar a tão propalada questão de «*o que resta da separação de poderes?*» ou «*terá esta norma algum préstimo?*» Questionando esse préstimo, cfr., por exemplo, R. SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, in BFDUC, 1981, vol. LVII, pp. 179-180.

20 Sobre a necessidade de respeitar a indeterminação normativa do princípio da separação de poderes, pese embora a qualifique como uma questão de *generalidade* das alocações orgânico-funcionais (*generality of the vesting clauses*), J. F. MANNING, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in Harv. L. Rev., in Harv. L. Rev., 2011, n.º 124, pp. 2017 ss.. Porém, particularmente crítico sobre a indeterminação do princípio, alegando que a mesma levou, inclusivamente, à sua invocação para suportar argumentos e conclusões contrárias às aspirações da sua formulação inicial, E. CAROLAN, *The New Separation of Powers*, cit., pp. 77-78.

é, como se sabe, subtil, mas plena de consequências²¹. É precisamente aqui que reside a razão explicativa normativo-estrutural de a aplicação monotónica (usualmente descrita como aplicação mecanicista) da norma de separação de poderes se encontrar, actualmente, posta de parte e de, aliás, nunca ter chegado a ser realisticamente sustentada e verificada na prática²². O enunciado da separação de poderes abstrai, na sua previsão, da definição de um género específico de competências a cujo exercício se aplica, para se aplicar ao exercício de *qualquer uma*, cabendo na previsão, tanto da norma de divisão, como da norma de alocação exclusiva de funções, todas as acções deónticas realizadas por órgãos do poder público, desde a criação de actos legislativos – incluindo a criação legal das próprias normas de competência –, passando pela aprovação de actos regulamentares, prática de actos administrativos e terminando na prolação de sentenças individuais e concretas ou de acórdãos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

As condições objectivas e subjectivas das normas de divisão e alocação exclusiva de funções são dispostas numa disjunção lógico-inclusiva: a norma de separação de poderes, bem como as normas desta derivadas, aplicam-se objectivamente *em quaisquer exercícios de competências (vel, vel)* e subjectivamente no exercício por *quaisquer órgãos (vel, vel)*, independentemente do género de competências exercidas e do género de órgão que as exerça. Consequentemente, e à luz dos critérios

21 Sobre as diferenças entre generalidade e genericidade, remete-se para o que se afirmou em P. MONIZ LOPES, *Implicazioni derivanti dalla Genericità sulla (In)coerenza e (In) completezza dei Sistemi Giuridici in Diritto & Questione Pubbliche*, XVII, 2017 / 1 (giugno), pp. 275-327 e demais literatura aí citada. Veja-se, também, P. MONIZ LOPES, *The Syntax of Principles: Genericity as Logical Distinction between Rules and Principles* in *Ratio Juris*, 2017, no prelo.

22 Entendendo tratar-se de um erro histórico, cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 402.



definidos para a categorização paradigmática das normas em regras e princípios, em função da estrutura normativa, as normas de divisão e alocação de funções, como a própria linguagem da separação de poderes demonstra, são *normas de princípio*²³. Considerando o desdobramento normativo já verificado, pode ver-se que a norma de separação de funções corresponde ao (i) princípio de divisão de funções e ao (ii) princípio de reserva de funções, este último subdividido no (iia) princípio de reserva de função política (também referido como *reserva de direcção política*), no (iib) princípio de reserva de função legislativa, no (iic) princípio de reserva de função jurisdicional e no (iid) princípio de reserva de função administrativa.

2.2. A DERROTABILIDADE DOS EFEITOS DA NORMA

A relevância da caracterização das normas de divisão e reserva de funções como princípios jurídicos, residente na disposição das respectivas condições numa disjunção lógico-inclusiva, é tudo menos um exercício estilístico. Mais do que de qualquer pré-compreensão política ou

23 Caracterizando a norma da separação de poderes como um princípio, designadamente por ser expressa em termos “*largos e indefinidos*”, cfr J. F. MANNING, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, cit., p. 1944. Também assim, sem aduzir grandes fundamentos nessa sede, J.J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 46; M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, cit., p. 141. Mais fundamentadamente, assacando as consequências em matéria de ordenação *prima facie* e derrotabilidade condicional, com outras expressões, cfr. A. SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Coimbra, 2004, p. 296, Nota 1091. Contra, caracterizando a norma de separação de poderes como uma regra, por considerar que a sujeição do princípio da separação de poderes a ponderações no caso concreto traduziria uma dissolução tendencial da rigidez e supremacia da Constituição formal face às decisões de ponderação pelos poderes constituídos, o que seria incompatível com a natureza de um Estado constitucional democrático, J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, cit., p. 228.

variabilidade da realidade factual e sociológica, é da morfologia principal da estrutura normativa da separação de poderes que resulta a compreensão da sua específica capacidade ordenatória *prima facie*.²⁴ Disto resulta, por necessária consequência, o desajustamento de qualquer perspectiva da norma de separação de poderes, bem como das normas desta derivadas, como regras, em especial quando, de modo distinto ao aqui sustentado, por tal se compreenda, no clássico entendimento *dworkiniano*, mandatos definitivos e inderrotáveis de aplicação tudo ou nada (*all or nothing*)²⁵. Essa construção, ao abstrair da estrutura da norma de separação de poderes, atribui à norma uma capacidade regulativa que esta não pode exercer, dado que não define *a priori*, como nunca poderia definir – *nenhuma norma isolada o define* –, todas as condições da respectiva aplicação²⁶.

A norma de separação de poderes, bem como as normas de divisão e reserva de funções, denotarão sempre a capacidade regulativa juridicamente possível, regulando gradualmente até ao ponto em que justificadamente cedam perante, ou vejam o respectivo efeito jurídico

24 O que, sucedendo também nas regras, em virtude de se tratar de generalizações deonticas impossibilitadas de determinar todas as condições suficientes da sua própria aplicação, ocorre em superior grau nos princípios.

25 Neste sentido, de que se discorda, expressando literalmente que “*fixando a Constituição um sistema, havendo um entendimento jurisprudencial solidificado sobre o sentido da divisão de poderes, ela é de aplicação tudo ou nada, tem um carácter de regra*”, e identificando essa qualificação como regra com um mandato de aplicação *all or nothing*, cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, cit., p. 228. Porém, admitindo, aparentemente, excepções à separação de poderes, na vertente positiva da dimensão racionalizadora e organizatória da norma, desde que se verifiquem os “*requisitos que [as] justificam*”, cfr. J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., p. 44.

26 As normas não contêm instanciações próprias, dependendo o respectivo efeito da sua contextualização sistémica. Quanto à primeira parte da afirmação, cfr. H.L.A. HART, *Problems of the Philosophy of Law*, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, New York, 1983, p. 106.



gradualmente comprimido por, outras normas de idêntica hierarquia²⁷. A variabilidade de competências criadas por actos legislativos e de competências exercidas em cada caso, bem como a variabilidade de normas e de interesses constitucionais aí suscitadas em simultâneo, cujos efeitos jurídicos sejam deonticamente contraditórios com os efeitos das normas de divisão e alocação exclusiva de funções, impede que a norma de separação de poderes regule de forma definitiva, sem sujeição a uma ponderação determinativa da norma conflituante prevalecente ou, pelo menos, de um grau de interferência mínimo em ambas as normas conflituantes.

3. PROBLEMAS DA DILUIÇÃO MATERIAL E FLUIDEZ FUNCIONAL, EM ESPECIAL NA RESERVA DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1. TRADITIONAL VESTMENT E FLUIDEZ FUNCIONAL

O problema de caracterização das funções estaduais, actualmente abordado sob a respectiva diluição material ou fluidez funcional, condiciona a alocação subsequente, dado que, evidentemente, para se poder dividir e alocar algo, é necessário delimitar previamente o *quid* a dividir e a alocar²⁸. A definição das funções estaduais, inerente à categorização e alocação de determinados actos a determinados centros de competência

27 Sobre a graduabilidade nos princípios jurídicos (extensão e retracção), entre tantos outros, cfr. R. ALEXI, *On the Structure of Legal Principles* in *Ratio Juris* 13, 2000, p. 295; G. PINO, *I Principi tra Teoria della Norma e Teoria dell'Argomentazione Giuridica* in *Diritto & Questione Pubbliche*, 2011, p. 86. A questão apenas se coloca, naturalmente, num conflito entre normas constitucionais, na medida em que uma norma de hierarquia legal em conflito com a norma de separação de poderes será necessariamente inválida, nos termos da norma *lex superior*.

28 Sobre os sintomas da fluidez entre funções estaduais, por exemplo, E. CAROLAN, *The New Separation of Powers*, cit., p. 123.

(órgãos) – o *traditional vestment* do constitucionalismo norte-americano –, não deve claudicar perante a constatação, particularmente realista aliás, de que órgãos tipicamente dotados de competências reportadas a uma função estadual acabam por, sem inconstitucionalidades implicadas, praticar actos que parcialmente se sobrepõem a actos típicos integrados em funções distintas²⁹. Esse argumento não compreende qualquer razão para renunciar à definição descritiva das funções estaduais: a admissibilidade constitucional desta sobreposição parcial de funções, desde que não atente sobre a componente mínima identitária de qualquer função estadual sem justificação normativa contraposta (o *núcleo relativo funcional*), é necessariamente enquadrada sob a estrutura principal, capacidade ordenatória *prima facie* e contextualização sistémica da norma de separação de poderes no âmbito de outras normas conflituantes. O que não será admissível, ao invés, é perverter o sentido normativo da separação de poderes em função de uma pretensa *capitulação pelos factos*, desconsiderando o texto constitucional e centrando toda a teoria jurídica da separação de poderes em meros argumentos ajurídicos de pura *good governance*. Como já se viu, se de um lado essa concepção pode traduzir o benéfico desiderato da eficiência dos poderes do Estado, gizando uma teoria política da separação de poderes assente em atributos institucionais dos órgãos estaduais para a prossecução de determinadas funções – *e.g.*, o grau de suficiência democrática do órgão que exerce a competên-

29 Exemplificativamente, a constatação de que autoridades administrativas independentes criam, ao abrigo de normas de competência, praticamente incondicionadas, regulamentos de natureza regulatória, próximos do exercício da função legislativa, ou procedem à resolução de disputas e litígios ou aplicação de coimas, próximas do exercício da função jurisdicional, não é motivo para abandonar o empreendimento descritivo das funções estaduais, essencial para compreender o *quid* sobre que recai a imposição de separação e interdependência. Sobre estes “desvios” normativamente justificados ao “*traditional vestment*” das competências nos órgãos de determinada função, por exemplo, Cfr. M. ELIZABETH MAGILL, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, cit., p. 1141.



cia, a respectiva proximidade do poder aos destinatários ou os custos de informação implicados no exercício das competências –, a verdade é que, do outro, traduz uma verdadeira tábua rasa do edifício constitucional de repartição de competências³⁰. A consideração de argumentos de *good governance* em matéria de separação de poderes é necessariamente remetida para uma eventual fase de ponderação onde, em *hard cases*, seja à partida concebível a alocação do exercício de uma competência tanto numa função estadual como noutra adjacente³¹.

3.2. IMPOSIÇÕES PRIMA FACIE DE ALOCAÇÃO: A RESERVA DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A compreensão global do princípio da separação de poderes, no seu desdobramento nas normas de reserva e alocação, apenas se alcança com uma definição *prima facie* nuclear de uma reserva de função administrativa, sem a qual a ordenação daquele princípio se encontraria irremediavelmente amputada³². Esta reserva funcional, como qualquer ou-

30 Neste sentido, que se critica, E. CAROLAN, *The New Separation of Powers*, cit., p. 161.

31 Como sucede, por exemplo e com todas as questões implicadas, em matéria de reserva funcional de administração.

32 Assim, numa afirmação quase sem paralelo na literatura nacional, M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, cit., pp. 140-141. Consequentemente, a afirmação de J. M. SÉRVULO CORREIA (*Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, reimp. de 2003, p. 49), nos termos da qual “à ideia de separação de poderes não repugna o conceito de uma «reserva de administração» que delimite um cerne da função administrativa sobre o qual não sejam consentidas ingerências de outros poderes” fica necessariamente aquém do que se entende decorrer do conteúdo da norma: a reserva de função administrativa não é apenas uma ideia que se pode aceitar, mas uma decorrência lógica do princípio da reserva de funções globalmente considerado. Sobre o assunto, numa postura mais céptica, E. SCHMIDT-AßMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Heidelberg, 1998 (tradução espanhola “La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema – Objecto y fundamentos de la construcción sis-

tra, é definida na sua contraposição concreta com cada uma das demais funções estaduais, em todas as suas variáveis lógicas de confronto³³. No ponto de análise deste texto, tratando-se exclusivamente do confronto entre actos da função legislativa e actos da função administrativa, a questão torna-se particularmente complexa dada a inexistência de regras definitórias dos limites à intromissão funcional³⁴.

A título de circunscrição prévia, note-se que o problema de delimitação da reserva de função administrativa apenas se coloca *para além* das reservas expressamente consagradas por normas constitucionais de competência exclusiva. Na realidade, é relativamente consensual – abstractando agora das reservas sectoriais da administração autónoma e independente, que consubstanciam normas de competência regulamentar exclusiva –, que as competências administrativas governamentais constitucionalmente fixadas, tanto em matéria de execução orçamental, como na criação decisória ou normativa de comandos sobre órgãos e pessoas colectivas inseridas na administração directa, indirecta e autónoma – e como ainda na prática de actos legalmente previstos sobre funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas – são exclusivas na dimensão em que, embora sujeitas a regulação legal primária, o seu exercício se demonstra insusceptível de apropriação total por acto legislativo³⁵.

temática”, de M. Bacigalupo *et al.*, Madrid, 2003), p. 217 ss.; A. VIGNUDELLI, *Separazioni dei Poteri*, cit., p. 216.

33 Sobre a análise das reservas funcionais numa perspectiva de contraposição entre funções estaduais, cfr. M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, cit., pp. 136-141.

34 Ao contrário do que sucede, por exemplo, na contraposição entre a função administrativa e a função jurisdicional, por via do n.º 3 do artigo 95.º do CPTA.

35 Da Constituição resulta, nos termos prescritos pelas alíneas b) do artigo 199.º



A complexidade da delimitação funcional surge, portanto, e na consideração das competências aludidas como *espécies de um género*, quanto ao aquilatar de uma limitação genérica à interferência legislativa em todos os restantes e concebíveis modos de exercício deontico da função administrativa.³⁶ Na realidade, ainda que a reserva *prima facie* de função administrativa possa ser conceptualmente desdobrada em esferas funcionais orgânicas (*e.g., reserva de Governo*), formais (*e.g., reserva de*

(sob a epígrafe *Competência Administrativa*), uma exclusividade competencial para executar, através de normas regulamentares e decisões, a Lei do Orçamento. Em Portugal, a sustentação de uma tendencial reserva de administração surgiu precisamente como uma indução, por identidade de fundamentos, a partir da atribuição de conteúdo útil aos mecanismos constitucionais de responsabilização parlamentar do Governo em matéria de execução da lei do orçamento. Da alínea d) do mesmo artigo resulta idêntica exclusividade competencial, no sentido em que, embora o conteúdo dos poderes hierárquicos, superintendência e tutela deva ser objecto de legislação que os modela, o exercício da competência de direcção sobre a administração directa (*i.e.* emissão governamental de ordens, instruções e outros comandos compreendidos por maioria de razão), superintendência sobre a administração indirecta (emissão governamental de directivas, orientações e recomendações dirigidas a órgãos de institutos públicos e entidades do sector empresarial estadual) e tutela sobre a administração autónoma [nomeadamente, dependendo da geometria dos poderes tutelados legalmente fixados, decisões governamentais sobre inspecções, inquéritos e sindicâncias ou prática de actos integrativos de eficácia (autorizações e aprovações) ou o exercício de competências sancionatórias] é insusceptível de apropriação legislativa. Também da alínea e) do mesmo artigo tem sido inferida, sem prejuízo dos actos legislativos reguladores do estatuto da função pública – cujas bases constituem reserva relativa da Assembleia da República (cfr. alínea v) do n.º 1 do artigo 164.º da Constituição) –, uma norma de competência governamental exclusiva para a criação de decisões de gestão, organização e direcção, concretamente ao nível do recrutamento, nomeação, classificação, promoção e exercício de competências disciplinares. Sobre o assunto, com os argumentos inerentes à vertente positiva da reserva de funções, como a racionalidade imanente à autonomia e auto-responsabilidade governamental perante o Parlamento, cfr. J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., pp. 66 ss.; N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração II*, in OD, 1990, Ano 122, n.º 3, p. 581.

36 Surgindo, desde logo, a questão da razão subjacente à *desanalogia* entre as competências administrativas elencadas nas alíneas b), d) e e) do artigo 199.º da Constituição, tendencialmente caracterizadas como insusceptíveis de apropriação legislativa plena, e a competência governamental para proceder à criação de regulamentos necessários à boa execução das leis, prevista na alínea c) desse mesmo artigo, relativamente à qual se gera, como se verá, quase um consenso absoluto em torno da inexistência de uma reserva de regulamento administrativo.

regulamento ou de *acto administrativo*) e procedimentais (*reserva de procedimento administrativo*), a sua existência compreende sempre um padrão normativo de limitação ao grau de predeterminação da actividade administrativa pelo conteúdo do acto legislativo³⁷.

A literatura e jurisprudência nacionais, com as diferenciações inerentes a uma afirmação generalizadora, denunciam um cepticismo maioritário que grassa a propósito, a um tempo, da admissibilidade constitucional e, a outro tempo, da definição consensual dos contornos da reserva de função administrativa, nomeadamente pela aceitação generosa do designado *método subtractivo* na definição de função administrativa. Este, na realidade, nada mais significa, convocando as críticas já tecidas à subordinação ontológica de funções estaduais, do que uma definição funcional a partir do *remanescente* das demais funções.³⁸

37 Sobre o desdobramento da reserva em esferas orgânicas, formais e procedimentais, B. AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Coimbra, 1995, p. 41; N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração II*, cit., p. 580. Falando de uma violação da dimensão positiva, de alocação e reserva, da separação de poderes, por sobrecarga normativa do legislador face à Administração, cfr. J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 844.

38 Com especial relevância para a defesa do método subtractivo, cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 740. Sobre o método, cfr. N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração*, in OD, 1990, Ano 122, n.º 2, p. 335. Na jurisprudência constitucional, é interessante consultar o Parecer n.º 16/79 (Pareceres da Comissão Constitucional, 8.º vol., pp. 205 ss., especialmente p. 212), o Ac. TC 461/87 e o Ac. TC 1/97 (cfr. J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., p. 23 e p. 25; N. PIÇARRA, *O Princípio da Separação de Poderes e os Limites da Competência do Parlamento face ao Governo na Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda - vol. III – Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra, 2012, p. 44) e, também, o Ac. TC 24/98.



3.3. QUATRO ARGUMENTOS NEGACIONISTAS E QUATRO CONTRA-ARGUMENTOS

Podem enumerar-se quatro argumentos geralmente aduzidos para negar esta reserva. Afirma-se que se trata de uma construção impossível, *(i)* dado o policentrismo de actividades em que se traduz a função administrativa, *(ii)* violadora do princípio democrático e *(iii)* da estrutura hierárquica do ordenamento e que *(iv)* assenta num apriorismo inconcebível, dada a impossibilidade de definir *ex ante* o âmbito da função administrativa. Como se compreende, os primeiros três argumentos são de ordem geral e, nessa medida, aplicáveis à generalidade dos Estados constitucionais modernos; o quarto argumento, mais complexo, assenta numa concreta interpretação do texto constitucional português que merecerá maior detalhe adiante.

O primeiro argumento arranca da caracterização da função administrativa como uma função de largo espectro – compreendendo actividades multiformes que se estendem desde recomendações administrativas, a operações materiais infra-estruturais, actos de licenciamento ou de aprovação de decretos regulamentares, entre muitas outras –, para concluir que esta, ao contrário das demais funções estaduais, se demonstra pouco atreita a uma redução taxativa e subsequente categorização das condutas compreendidas, necessárias para definir com rigor um âmbito de intromissão funcional³⁹. O argumento consubstancia, segundo se entende, uma falsa questão. As acções administrativas *qua tale* não deônticas que, constituindo o grosso da actividade administrativa técnica, justificam a qualificação desta função como policêntrica e heterogénea,

39 Com este argumento, apoiado no entendimento de F. OSSENBÜHL, cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 739-740. Também, N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração II*, cit., pp. 573-574.

não são pertinentes a respeito do que se discute: faz tão pouco sentido delimitar-se o âmbito funcional de acções não deónticas a propósito da função administrativa como a respeito de qualquer outra função estadual, bastando pensar na impertinência, a este propósito, de se conceber o âmbito e a limitação de intromissão funcional, tanto da realização de operações materiais de demolição de edifícios ou da prestação de informações administrativas, como da elaboração de notificações judiciais ou realização de discursos por um Ministro. Como se viu a propósito da compreensão das funções como categorias de competências, o objecto da delimitação funcional deve centrar-se em exclusivo nas acções administrativas *qua tale* deónticas, as quais, tal como nas demais funções, se caracterizam pela alteração directa do ordenamento através da produção de normas e decisões, sob diferentes formas e procedimentos e em distintos cenários normativos. A heterogeneidade da função administrativa – *se é que chega a ser uma propriedade exclusiva desta particular função* – não obsta, portanto, a uma definição do seu âmbito funcional de um modo tão, ou tão pouco, rigoroso quanto é objectivamente possível para qualquer outra⁴⁰.

O segundo argumento aduzido para criticar a admissibilidade de uma reserva funcional administrativa assenta na implicada violação do princípio democrático, enquanto princípio que se desdobra numa *(i)* permissão genérica de disciplinar legislativamente *qualquer matéria* e com *qualquer grau de precisão normativa*, incluindo a aprovação de normas legais gerais e abstractas ou de decisões individuais e concretas sob a forma de acto legislativo, bem como numa *(ii)* optimização do grau de

40 Assim, as actividades planificadoras, normativas, de gestão financeira, de produção de bens e de prestação de serviços, a que alude N. PIÇARRA [A *Reserva de Administração II*, 1990, p. 573], na sua relevância deóntica directa, consubstanciam sempre a criação de normas ou decisões administrativas.



transitividade (levado ao máximo) na heterovinculação das condutas administrativas através da pormenorização das condições do respectivo exercício por órgãos democraticamente legitimados⁴¹. O entendimento de que o poder de criação de normas jurídicas é necessariamente alocado à categoria de competências legislativas exercidas por titulares eleitos de órgãos traduz, porém, uma compreensão ultrapassada e estritamente liberal da democracia representativa, sem respaldo no texto constitucional⁴². Na realidade, a expansão regulativa deste princípio, sem consideração de normas constitucionais de sinal contrário, implicaria a concentração de todas as competências nos órgãos eleitos democraticamente pelo povo: no limite, imporiam um regime de democracia directa e heterodeterminante de todas as condições e efeitos no exercício da função administrativa, que não se coaduna com a compreensão conflitual das normas constitucionais. O princípio democrático não constitui a única norma constitucional relevante para a questão que se trata, não lhe podendo ser conferido maior peso relativo, na tensão conflituante inter-normativa, do que venha a merecer numa determinada classe de casos. Uma vez que a definição da reserva da função administrativa suscita um conflito entre vários princípios constitucionais, com ênfase na contraposição entre o princípio democrático e o princípio da separação de poderes, a sua compreensão monolítica à luz do primeiro será sempre equivocada⁴³. Retirada a carga ideológica e emotiva, quando se au-

41 A sustentação do princípio democrático como argumento definitivo no estabelecimento de um descondicionamento normativo global ao conteúdo de actos legislativos detecta-se em N. ACHTERBERG, 2.^a ed., Heidelberg, 1986, pp. 350 ss.. De modo menos definitivo, veja-se K. VOGEL, *Gesetzgeber und Verwaltung*, in VVDStRL, 1966, n.º 24, 1966, pp. 221 ss.

42 Sobre a ilegitimidade da criação normativa (*rulemaking*) por órgãos não directamente eleitos ou publicamente responsabilizados à luz dos padrões da democracia liberal, cfr. E. CAROLAN, *The New Separation of Powers*, cit., p. 49.

43 Criticando a absolutização – no sentido de consideração exclusiva – do princípio de-

tonomiza o conteúdo normativo do princípio democrático facilmente se detecta o conflito entre esta norma, em qualquer das acepções acima referidas, e a norma de separação de poderes. A separação de poderes tem uma *dimensão claramente anti-democrática*, na medida em que veda, na sua variante constitutiva de reservas funcionais, a atribuição de todas as competências a órgãos dotados de legitimidade democrática directa.⁴⁴ Neste enquadramento, pese embora a associação ideológica, não se pode afirmar que a norma de separação de poderes dê cumprimento ao princípio democrático: as normas estão em *conflito abstracto*.⁴⁵ A definição de quaisquer limites à intromissão na função administrativa compreende, portanto, sempre, a atribuição de um mero peso relativo,

mocrático, “*como se este fosse o único princípio estruturante do Estado moderno*”, cfr. B. AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial*, cit., p. 55. É relevante, a esse respeito, o voto de vencido de M. ASSUNÇÃO ESTEVES, em declaração de voto anexa ao Ac. TC 1/97, afirmando que, a ser assim e nessa lógica de “*absolutismo democrático*”, dar-se-ia ao “*Parlamento a indemnidade de uma actuação que é, afinal, o contrário da razão de ser do Parlamento*”, especialmente num sistema jurídico-constitucional estruturado de acordo com o Estado de direito.

44 Essa dimensão anti-democrática não traduz, aliás, nada de especialmente surpreendente, já que, assentando o constitucionalismo de Estado de direito na limitação do exercício democrático de competências, também a vinculação directa dos poderes constituídos às normas constitucionais, em especial a normas de direitos fundamentais – não obstante essa vinculação ser *democrática na ideologia*, o que transporta um outro sentido, fora do plano normativo de análise – comporta a dimensão enfatizada: é precisamente nesse ponto que assenta a construção de direitos fundamentais como *trunfos contra a maioria* (sobre o conceito, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, Cambridge (Mass.) (tradução portuguesa “*Levando os Direitos a Sério*”, de N. Boeira, São Paulo, 2002, pp. 283 ss.). Sobre a dimensão anti-democrática da vinculação aos direitos fundamentais, sem prejuízo de – algo paradoxalmente – os conteúdos normativos de vários direitos fundamentais como a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão expressarem, em si, *condições para a democracia*, cfr. M. BOROWSKI, *La Restricción a los Derechos Fundamentales*, in REDC, 2000, ano 20, n.º 59, pp. 30 ss.

45 Assim, H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 403; M. ELIZABETH MAGGILL, *The Real Separation in the Separation of Powers*, cit., p. 1154. Aludindo à necessidade de estabelecer, neste plano, uma *concordância prática* entre o princípio democrático e o princípio da separação de poderes, o que só demonstra o conflito abstracto, cfr. B. AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial*, cit., p. 56.



intenso mas não absoluto, ao princípio democrático enquanto mandato impositivo da manutenção em aberto da formação da vontade legislativa democrática.

O terceiro argumento usado para criticar a reserva de função administrativa adopta como ponto de partida a estrutura escalonada do ordenamento. Todavia, enreda-o numa fundamentação errónea. Em termos sintéticos, enuncia que, se a função administrativa se subordina à legislativa, sendo as competências exercidas pela primeira competências sempre *delegadas* pela segunda, então a aposição de limites à função subordinante para estancar uma pré-ocupação global da segunda seria normativamente inconsistente com a lógica subjacente de delegação⁴⁶. Sucede que a dependência funcional entre uma e outra não se traduz numa subordinação ontológica que permita o *desaparecimento* da função administrativa por vontade da função legislativa: do modelo de legalidade aplicável ao relacionamento entre acções deonticas da função administrativa e o ordenamento jurídico, nomeadamente as normas constantes de actos legislativos, quer na dimensão de conformidade para a produção de decisões administrativas, quer na dimensão de compatibilidade para a criação de normas administrativas, não se infere uma liberdade de pré-ocupação preemptiva da função administrativa pela legislativa. É que da Constituição não resulta – *quando só da Constituição poderia resultar* – qualquer subordinação ontológica funcional que abra espaço a que a própria existência da função administrativa consubstancie uma simples concessão da função legislativa⁴⁷. A compreensão da hie-

46 Com este argumento, N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 351-352.

47 No ordenamento jurídico português, sobre a idêntica legitimidade constitucional de todas as funções estaduais, no sentido que se subscreve integralmente, afirmando que a função administrativa não é uma *dádiva da lei*, cfr. P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, 2003,

rarquia normativa nos termos referidos, se é argumento definitivo para a proibição de uma norma administrativa inferior contradizer o prescrito pela norma legal superior – pelo menos fora do contexto de normas de conflito de segundo grau onde outras normas de conflitos sejam suscitadas –, não impede, salvo proibição legal expressa, que uma norma inferior regule a mesma matéria da qual se ocupa a norma superior, desde que a preceda, no conjunto, norma de competência para o efeito e que tal competência se exerça no *espaço de intransitividade* em que a norma superior confere discricionariedade⁴⁸. O problema não resulta, portanto, do facto de normas legais deverem suscitar a criação de direito por outros centros de competência de produção de normas inferiores mas, quando muito, da consideração do grau de legitimidade democrática desses centros competenciais como variável relevante para a alocação legislativa de discricionariedade⁴⁹. Ao centrar-se totalmente na necessidade de predeterminação legislativa das acções deonticas, o argumento lateraliza a questão da regulação normativa do *quantum* de discriciona-

p. 752; IDEM, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, 2013, p. 182. Em geral, sobre a inexistência de uma subordinação ontológica de funções, cfr. M. ELIZABETH MAGILL, *The Real Separation in the Separation of Powers Law*, cit., pp. 1174 ss.. Em sentido distinto, C. BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, cit., 2012, p. 231.

48 Assim, H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960 (tradução portuguesa “Teoria Pura do Direito”, de J. Baptista Machado, 7.ª Edição, Coimbra, 2008), p. 278; E. MELERO ALONSO, *Reglamentos y Disposiciones Administrativas: Análisis Teórico y Práctico – Una Proposta de Diferenciación desde un Paradigma Social de Derecho*, Valladolid, 2005, p. 171. Quanto à modificação da norma superior pela norma inferior sempre que respeite a questões técnicas e secundárias, mas sem apoio argumentativo do espaço de intransitividade da norma, IDEM, *op. cit.*, p. 211. A visão que aqui se retrata é próxima dos problemas graves que se colocam a propósito do disposto no n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, enquanto norma que veda explicitamente que normas regulamentares interpretem o texto ou integrem as normas constantes de actos legislativos com eficácia externa.

49 Assim, quanto ao *judicial lawmaking* como consequência da criação de normas legais vagas (no sentido aqui adoptado de *normas parcialmente intransitivas*) pelo Congresso, no contexto norte-americano, cfr. J. MANNING, *Textualism as a Non Delegation Doctrine*, in Colum. L. Rev., 1997, n.º 97, n.º 3, pp. 673 ss.



riedade atribuída por normas legais (ou o grau de *poder delegado*, para usar os termos da própria crítica).

O quarto e último argumento contrário à reserva de função administrativa, precisamente o mais complexo, prende-se com a determinabilidade *ex ante* o seu conteúdo. Não está em causa a crítica ao essencialismo e o construtivismo pré-constitucional do âmbito natural da função administrativa, mas sim ao próprio conceito de núcleo essencial (*der Wesensgehalt*) enquanto determinação apriorística de condições para a proibição de invasão da função administrativa por actos da função legislativa⁵⁰. As posições negacionistas, subscritoras deste argumento, são posições que denotam alguma hiperracionalidade, aparentando desconsiderar os limites da racionalidade que pretendem veicular⁵¹. A crítica

50 Como já se referiu, o âmbito de uma função estadual não pode corresponder ao âmbito *natural* de qualquer arquétipo teórico: deve ser interpretativamente obtido a partir da concreta ordenação constitucional de competências que, por um lado e quanto à sua dimensão alocadora, funcionaliza a repartição de categorias de competências por órgãos cuja estrutura, serviços, legitimação, procedimentos de actuação e mecanismos de responsabilização se demonstrem mais adequados e, por outro, quanto à sua dimensão divisora, proíbe a conjunção num único órgão de categorias distintas de competências. Sobre esta crítica, relativa à “*inexistência de critérios gerais válidos para a definição do conceito de núcleo essencial aplicável à organização do poder estadual*”, com várias referências, pese embora o autor correlacione a crítica com a heterogeneidade da função administrativa, que se considera ser um assunto distinto, cfr. N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração*, cit., p. 339. Também, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 560. Sustentando a teoria do núcleo essencial, como explicativamente essencial para a compreensão do sistema de separação de poderes, cfr. E. SCHMIDT-ARßMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*, cit., p. 218.

51 Diz-se hiperracional quem não reconhece os limites da própria racionalidade (assim, C. BERNAL PULIDO, *La Racionalidad de la Ponderación*, in M. CARBONELL (ed.) *El Principio de la Proporcionalidad y Interpretación Constitucional*, Quito, 2008, p. 47). Como refere K. GÜNTHER (*Critical Remarks on Robert Alexy's Special Case Thesis*, in RJ, 1993, vol. 6, n.º 2, pp. 151 ss.), é normal que a ponderação não garanta uma perfeita objectividade. Tal deve-se, sobretudo, ao facto de a perfeita objectividade ser um ideal que não se alcança em qualquer âmbito normativo (basta pensar no aparentemente simples caso “*no vehicles in the park*” e dos milhares de páginas que, sem grande consenso, já se escreveram a esse propósito).

prova demais porque pode ser suscitada a propósito da impossibilidade de definição *ex ante* do âmbito de qualquer função estadual.

O problema da indefinição apriorística coloca-se tanto a propósito da tão criticada reserva de função administrativa, quanto ao nível simétrico da reserva vertical da função legislativa, também não expressamente resolvido pela Constituição, a propósito do mínimo ou máximo *critério de direcção* que uma norma legal deve conter. O problema surge, igualmente, a propósito da reserva de função legislativa no confronto com a função jurisdicional e, a respeito da função política, quanto a eventuais limites de interferência na definição da condução política do país pelo Governo⁵². É aqui essencial ter-se presente que a definição apriorística do âmbito previsivo de qualquer norma, regra ou princípio (*i.e.*, a enumeração de todas as condições suficientes para a produção desse efeito), é impossível fora do contexto normativo conflitual.

A descrição do núcleo essencial de uma função estadual, quando realizada isoladamente, é cientificamente incorrecta e, na prática, infrutífera: ao admitir como possível a definição de um âmbito irreduzível à intromissão de outras funções estaduais, incorre-se na falácia de supor

52 Pelo que não se compreende que se afirme que, ao contrário da reserva de administração, o núcleo material da função legislativa seja “*firme*” (assim, porém, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 740). No contexto da contraposição entre a reserva de função legislativa e a função jurisdicional (exercida pelo Tribunal Constitucional), sobre a implicação do princípio da separação de poderes nas sentenças intermédias do Tribunal Constitucional, cfr. C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional – Tomo II - O Contencioso Constitucional Português entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio*, Coimbra, 2011, pp. 267 ss.; P. MONIZ LOPES, *Sobre as Sentenças de Inconstitucionalidade Parcial Qualitativa* in C. BLANCO DE MORAIS (Coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, 2009, pp. 553 ss.. A respeito da problemática da limitação da liberdade de conformação política dos órgãos da função legislativa pelos órgãos da função jurisdicional, *vide* a declaração de voto de M. LÚCIA AMARAL no Ac. TC n.º 413/2014, pesquisável em: www.tribunalconstitucional.pt.



que uma norma individualmente considerada – precisamente a norma de princípio que determina a proibição de invasão da esfera funcional administrativa –, pode definir as suas condições suficientes de aplicação fora de cenários conflituais construídos a partir de categorias de casos concretos⁵³. No entanto, nenhuma norma, regra ou princípio, define isoladamente as suas próprias condições de aplicação. Acresce que o desenho dos contornos desse âmbito funcional, mesmo quando inserido no cenário ponderatório de normatividade conflitual, não é logrado com total objectividade. Se a objectividade constitui, em grande parte das matérias atinentes à ciência jurídica, um ideal cuja plenitude é dificilmente alcançável, nomeadamente em virtude de problemas linguísticos e de inconsistência normativa, seria irrealista – e, porventura, contraproducente – esperar outra realidade num âmbito tão controverso como o que se analisa⁵⁴.

53 Qualificando precisamente a questão da reserva de administração como uma questão de conflito entre princípios constitucionais, cfr. L. PEREIRA COUTINHO, *As Duas Subtracções – Esboço de uma Reconstrução da Separação entre Legislar e Administrar*, in RFDUL, 2000, p. 115.

54 Frequentes vezes marcado por pré-concepções, quer no âmbito dos direitos fundamentais dos administrados, quer no âmbito da estruturação política do Estado. A quimera da objectividade plena apenas poderia alcançar-se num sistema jurídico ideal – num *direito sem factos*, virado exclusivamente para si próprio – onde a Constituição e os demais centros jurídicos competenciais determinassem o direito aplicável (neste caso, a alocação funcional de competências) com exactidão, sem recurso a generalizações deonticas – *i.e.*, numa correlação um-a-um – através de normas de decisão individuais e concretas, objectivamente justificadas, sobre o estatuto deontico (permitido, proibido ou imposto) de qualquer conduta concebível. Deve reconhecer-se em geral, e em concreto no que respeita ao apuramento normativo do âmbito de reserva de função administrativa, que tal sistema jurídico não é possível nem conveniente. Por um lado, é impossível porque os enunciados que estabelecem princípios são, por definição, genéricos, criados numa conjuntura de limitação de tempo e informação para prever os conflitos normativos futuros. Por outro lado, também dificilmente se trataria de um sistema conveniente, na medida em que uma sociedade inteiramente regulada por normas constitucionais individuais comprimiria ao mínimo o âmbito de deliberação política parlamentar e governativa – de um modo evidentemente desproporcional e tremendamente conservador, dado que precludiria a possibilidade de

O facto de a reserva de função administrativa ser definida a partir de uma normatividade *prima facie*, cuja regulação definitiva apenas é aferível no confronto com normas cujos efeitos se lhe contraponham, é tão-só a consequência que segue de a ordenação sobre a reserva de função administrativa decorrer de uma norma de princípio individualmente considerada.⁵⁵ Não é por esse motivo, naturalmente, que se dilui a relevância jurídica da reserva. A inexistência dessa definitividade regulatória não implica, porém, a inexistência de padrões de conduta. Apenas significa compreender a reserva como uma reserva *prima facie* e não, hiperracionalmente e à partida, como uma reserva *all things considered*, onde a sua definição apriorística, naturalmente, se presta a críticas pela forma como a própria questão se coloca⁵⁶.

adaptação do direito às necessidades correntes da sociedade – e, desse modo, o próprio princípio democrático. Neste sentido, C. BERNAL PULIDO, *La Racionalidad de la Ponderación*, cit., pp. 48-49.

55 Cfr. E. SCHMIDT-AßMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., pp. 218-219. Já assim, B. DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial*, cit., p. 53; Posteriormente, também, M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, cit., pp. 140-141. No sentido de os órgãos da função legislativa não devem *prima facie* intervir em casos individuais na ausência de uma intermediação normativa concretizadora, C. MÖLLERS, *The Three Branches*, cit., p. 114.

56 Saliente-se, aliás, que, para a consideração da reserva de função administrativa como uma reserva *prima facie* não é condição sustentar-se uma *concepção estatutária* das funções estaduais, como defende J. REIS NOVAIS. Este autor, aparentando principiar pela compreensão *prima facie* da reserva de administração, assenta na definição de um critério objectivo generalizador de violação da norma de separação de poderes quando, por força de excessiva determinação normativa parlamentar, o Governo seja “*degradado ao nível de um órgão subordinado que recebe ordens ou instruções vinculativas da Assembleia da República*” ou veja frustrada, por força dessas mesmas imposições, “*a possibilidade de determinação auto-responsável, na medida em que lhe esteja constitucionalmente atribuída, o sentido e o conteúdo do exercício de competências*” (cfr. IDEM, *Separação de Poderes*, cit., pp. 60-61). Os argumentos aduzidos, com os quais se concorda, consubstanciam, todavia, a definição e generalização de condições obtidas por ponderação entre o princípio democrático, na vertente autorizativa de uma geometria global de precisão de actos legislativos parlamentares, e o princípio da reserva funcional administrativa, quando essa precisão normativa compreenda o esvaziamento de normas constitucionais, respectivamente, e por



4. ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA UMA RESERVA *PRIMA FACIE* DE REGULAMENTO

4.1. RESERVA *PRIMA FACIE* DE EXECUÇÃO E AUTO-RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição pressupõe uma reserva *prima facie* de administração, quer como limite de princípio às leis individuais e leis-medida, quer como imposição de um grau mínimo aceitável de discricionariedade normativa e linguística, quando define a competência parlamentar de fiscalização da actuação de actos de Governo e da administração, bem como os decorrentes mecanismos de responsabilização política.⁵⁷ A atribuição de conteúdo a esta norma de competência de fiscalização, não apenas sobre a actuação político-legislativa, mas no próprio plano da actuação administrativa do Governo, incluindo a actuação da administração directa e indirectamente dependente, bem como a administração autónoma sob sua tutela, só é compreensível com a suposição, em condições normais (*prima facie*), de limites funcionais à predeterminação normativa dessas condutas administrativas, isto é, como uma permissão normativa do mínimo de amplitude de governação onde o Governo surja como auto-responsável em qualquer dos domínios fiscalizados⁵⁸. Esse espaço mínimo

exemplo, a norma que confere competência do Governo para a *boa execução das leis* e a norma que estabelece a responsabilização política (*accountability*) da actuação administrativa governamental pelo Parlamento.

57 Onde se contam, nos mecanismos concretos de fiscalização, a realização de perguntas ou pedidos de esclarecimento a membros do Governo, em Plenário ou em Comissões, as interpelações ao Governo e a possibilidade de constituição de comissões parlamentares de inquérito, levando à efectivação dessa responsabilização pela não aprovação de uma moção de confiança ou pela aprovação de uma moção de censura.

58 Alude-se ao disposto na alínea a) do artigo 162.º da Constituição, que confere competência parlamentar para *vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os actos do Governo e da Administração*, o qual se desdobra numa panóplia de actos

de intransitividade legal, fora do contexto de uma heterodeterminação legislativa absoluta por actos legislativos parlamentares e independente de cenários políticos de governos minoritários ou não, é a contrapartida da dependência política constitucionalmente prescrita do Governo face à Assembleia da República e dos mecanismos dela decorrentes⁵⁹.

que incluem as intervenções, perguntas e interpelações ao Governo, apreciação de petições e inquéritos parlamentares e, bem assim, a discussão sobre a constitucionalidade de actos do Governo e da Administração directa e indirectamente dependente, excluindo-se a actividade administrativa dos governos regionais, sob fiscalização das respectivas assembleias (cfr. J.J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit. p. 299) É, aliás, argumento corrente para a autonomização do âmbito funcional administrativo, a diferenciação constitucional entre essa competência genérica de fiscalização da actividade administrativa e outra competência de apreciação de decretos-leis prevista na alínea c) do artigo 162.º e 169.º da Constituição: se, na primeira, o Parlamento se limita a uma fiscalização passiva de mera apreciação ou *accountability*, na segunda pode modificar ou suspender actos governamentais da função legislativa. Sobre a norma de fiscalização, o seu objecto relativo à actuação administrativa do Governo e das entidades dependentes e a sua correlação com a reserva de administração, cfr. M. REBELO DE SOUSA, *10 Questões sobre a Constituição*, o Orçamento e o Plano, in AA. VV., *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1987, p. 141, Nota 22; N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração*, cit., p. 334; Cfr. B. AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial*, cit., p. 47.

59 Neste sentido, referindo que o Parlamento não se pode substituir funcionalmente ao Governo, devendo conferir liberdade de governação de acordo com o programa e orientação política próprios, excepto se dispuser de fundamento constitucional expresso e bastante para o fazer (como se referiu a propósito das leis-medida), cfr. J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., p. 52. Esta questão colocou-se com particular acuidade no ordenamento jurídico norte-americano, a propósito do *'legislative veto'* e do *'unitary executive'*. Trata-se, no Acórdão *Ins. v. Chadar*, de apurar a constitucionalidade de normas constantes de actos legislativos que atribuíam competência ao Congresso para revogar ou modificar, em processos relativamente expeditos, os actos de execução praticados pela Administração. O *Supreme Court* veio, pela primeira vez, nesse acórdão, a declarar inconstitucional o veto legislativo previsto no *Immigration and Nationality Act* de 1954, pese embora o motivo da inconstitucionalidade fosse de ordem essencialmente procedimental (*i.e.*, tratando-se de um acto materialmente legislativo, a decisão modificativa deveria ter sido adoptada nesse contexto procedimental, com sujeição à promulgação presidencial). Já no Acórdão *Bowyer v. Synar*, em que estava em causa a *natureza materialmente executiva de poderes de nomeação e destituição de cargos administrativos de chefia*, o *Supreme Court* fundamentou a sua decisão de inconstitucionalidade na violação da reserva de um poder executivo. A defesa do *'unitary executive'*, alterada, entretanto, no Acórdão *Morrisson v. Olson*, de 1988, decorre da leitura da *'Executive Power Clause'* como uma competência



A responsabilização governamental, tradução portuguesa pouco fidedigna da *accountability* do executivo ao nível da prestação de contas, só tem razão de ser num contexto de alternativas administrativas de acção⁶⁰. Não está aqui em causa se os mecanismos de responsabilização fundam a competência genérica para administrar ou vice-versa⁶¹. A competência para administrar, no plano deontológico da criação de decisões e normas, só pode resultar de normas de competência, sejam explícitas ou implícitas, concretamente as que, sob definição do Governo como órgão de condução da política geral do país e órgão superior da administração pública, são definidas na Constituição como suas competências administrativas.⁶² A norma de competência de fiscalização parlamentar fundamenta, isso sim, uma margem de manobra, tanto do Governo como das pessoas colectivas directa ou indirectamente dependentes, no exercício da função administrativa: não funda a competência, dado que esta é constitucionalmente atribuída, mas funda as *condições mínimas* de autonomia para o exercício dessa competência⁶³.

exclusiva, no sentido de “*The executive Power of the United States shall be vested in one President*” e não como “*The executive Power of the United States shall be vested in one President and in such inferior entities as the Congress may from time to time ordain and establish*”, como sugestivamente se pode ver em S.G. CALABRESI / S. PRAKASH, *The President’s Power to Execute the Laws*, in Yale L. J., 1994, vol. 104, n.º 3, p. 581.

60 É compreendida como “*checks on decisionmaking*” (K. BAMBERGER, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking and Accountability in the Administrative State*, in Duke L. Rev., vol. 56, n.º 2, 2006, p. 404), sendo que uma decisão, por definição, comporta sempre alternativas. No sentido, usado pelo Tribunal Constitucional (cfr. Ac. TC 214/2011) da “*escolha entre várias alternativas de decisão no espaço não delimitado previamente pela lei parlamentar*”, precisamente o grau mínimo de discricionariedade conferida em matéria de reserva de lei. Assim, cfr. Ac. TC 1/97 (pesquisável em www.dgsi.pt) e, sobre o mesmo, R. MEDEIROS, *Artigo 199.º*, 2006, p. 714.

61 Sobre essa questão, L. PEREIRA COUTINHO, *As Duas Subtrações*, cit., p. 122.

62 As competências administrativas previstas no artigo 199.º da Constituição.

63 Consequentemente, a respeito das condições de legalidade da actuação administrativa governamental, pressupõe que estas ocorram com uma dimensão mínima de

A fiscalização parlamentar da actuação governamental, extensível à actuação das entidades sob directa e indirecta dependência, compreende-se, por outro lado, indistintamente, em todos os planos da actividade administrativa. A norma de competência de fiscalização não especifica qualquer actuação, aplicando-se a todas. Incide, contudo, com alusão à expressão de Montesquieu, no poder parlamentar de *examinar de que modo* são *executadas as leis que fez*⁶⁴. Se a reserva de caso individual e concreto fundamenta um grau mínimo de discricionariedade decisória, a alusão à execução de actos legislativos suscita, como último ponto de análise desta problemática, aquilatar de que modo uma hipotética reserva normativa a favor do Governo na execução de leis se compreende como um limite funcional à transitividade das normas legais.

4.2. A NORMA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA PARA A BOA EXECUÇÃO: A PERMISSÃO PRIMA FACIE DE EXERCÍCIO E A PROIBIÇÃO PRIMA FACIE DE PREEMPÇÃO

Se é certo que, ao contrário da congénere francesa, a Constituição portuguesa não compreende uma reserva de regulamento – no sentido de excluir determinadas matérias da competência legislativa horizontal, por alocação dessas matérias à forma de acto regulamentar –, nem por

compatibilidade e não num estrito cenário de *conformidade*. O que justifica, como norma deduzida dessa norma (constitutiva) de competência de fiscalização, uma norma (regulativa) *prima facie* de permissão de exercer a função com o mínimo de liberdade. No sentido que se subscreeve, cfr. J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., p. 54. Como se referiu no Ac. TC 214/2011, num contexto mais concreto, ainda que susceptível de indução, “*não se concebe, nesta medida, o funcionamento do sistema de responsabilidade política do Governo (...) na estrutura triádica de organização do poder político constitucionalmente definida (...) perante actuações totalmente heterodeterminadas ou para cuja prossecução foi privado dos meios instrumentais de acção autónoma*” (pesquisável em www.dgsi.pt). Sobre o assunto, também, N. PIÇARRA, *O Princípio da Separação de Poderes*, cit., p. 58.

64 A expressão é usada por N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração*, cit., p. 352.



isso a questão de uma reserva normativa *prima facie* da função administrativa deixa de poder surgir como reforço argumentativo de uma limitação funcional à predeterminação legal da actividade administrativa regulamentar. Tem, neste contexto, relevo aludir, desde já, à norma que atribui competência ao Governo para aprovar os *regulamentos necessários à boa execução das leis*, a qual, tratando-se de uma competência administrativa, se integra no domínio de fiscalização parlamentar atrás referido⁶⁵. O enunciado compreende uma norma de competência regulamentar genérica, habilitando o Governo à criação de normas regulamentares executivas sobre *quaisquer matérias* prévia e primariamente disciplinadas por normas legais constantes de leis ou decretos-leis. O conceito de execução das leis, por sua vez e como se sabe, não diz respeito à execução enquanto *conformação do mundo real* – ou não se trataria de uma acção deontica normativa –, mas a uma *concretização normativa* através de normas restritas a aspectos secundários e, objectiva ou subjectivamente, conexas com a disciplina material constante de acto legislativo⁶⁶.

65 A questão da hipotética reserva normativa de administração é usualmente enquadrada em dois pontos específicos: de um lado, a norma de competência enunciada na alínea c) do artigo 199.º da Constituição, de que agora se trata e nos termos da qual “*competete ao Governo, no exercício de funções administrativas: c) fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis*” e, do outro, a norma de competência enunciada na alínea g) do artigo 199.º, segundo a qual “*competete ao Governo, no exercício de funções administrativas: g) praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas*”. Esta última norma de competência, porém, não transporta qualquer significado para uma reserva de função administrativa, na medida em que não compreende nos actos regulamentares criados ao seu abrigo – questão a abordar adiante – qualquer desenvolvimento do programa normativo previamente disciplinado por acto legislativo: as normas regulamentares independentes só podem ser compreendidas como *normação secundária* no sentido em que, predicando da força infra-legal de regulamento, são prevaletidas por normas legais, não se reconduzindo a normação secundária, de pormenor ou a complementos normativos. Consequentemente, a norma de competência enunciada na alínea g) do artigo 199.º da Constituição é imprestável como argumento normativo para sustentar uma limitação funcional à pormenorização de actos legislativos.

66 Neste sentido, cfr. G. LAWSON, *Discretion as Delegation: The “Proper” Under-*

Por definição, uma norma de competência traz residualmente agregada uma norma regulativa, distinta daquela, que, por defeito, permite o exercício da competência constituída⁶⁷. Tratando-se de uma norma de competência de direito público, como é o caso, a norma que define o *status* deôntico do exercício da competência regulamentar executiva pelo Governo assume, por projecção do princípio da prossecução do interesse público, uma modalização impositiva: o Governo tem, tendo em vista a sua boa execução, o *dever de regulamentar as normas legais*.⁶⁸ O facto de se tratar de uma competência de exercício obrigatório não obsta, no entanto, a que a norma confira discricionariedade: a avaliação das alternativas entre regulamentar ou não e, em caso positivo, entre as alternativas de normas regulamentares executivas a criar, é exercida pelo Governo num quadro de imposição de prossecução do interesse público⁶⁹.

standing of the Nondelegation Doctrine, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2005, n.º 73, p. 243 e pp. 247 ss.; M. RAPPAPORT, *The Selective Nondelegation Doctrine and the Line Item Veto: A New Approach to the Nondelegation Doctrine and its Implications for Clinton v. City of New York*, in *Tul. L. Rev.*, 2011, n.º 76, pp. 305-309.

67 Paradigmaticamente, entre outros, cfr. A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2.ª ed., Erlangen, 1873, p. 221 *apud* L. LINDAHL, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht, 1977, p. 289; J. FERRER BÉLTRAN, *Las Normas de Competência. Un Aspecto de la Dinámica Jurídica*, Madrid, 2000, p. 69 e p. 165; F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit., pp. 6-7 e p. 168.

68 Como se trata de uma norma de competência de direito público, e por convergência de uma norma impositiva genérica da função, o operador deôntico residualmente permissivo é alterado para impositivo. Qualificando a competência regulamentar executiva do Governo como um dever, A. RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez – Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012, p. 51. Sobre as normas de competência de direito público como normas de exercício obrigatório, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa - A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Coimbra, 2006, p. 376.

69 Ou seja, que o Governo exerça essa competência regulamentar ou não, é algo que dependerá do seu juízo autónomo que, no entanto, terá de ser compatível com as normas regulativas que convergem na disciplina do exercício dessa competência.



A localização da expressão semanticamente vaga da “*necessidade para a boa execução*” na previsão da norma comporta necessariamente uma determinada margem de livre apreciação governamental para a oportunidade de criação da norma regulamentar. Essa margem desdobra-se em dois planos: em primeiro lugar, na atribuição ao Governo de uma determinada autonomia na avaliação qualificada da necessidade de regulamentação de normas legais para a sua *boa execução*; por outro lado, a norma compreende um efeito que se desdobra em permitir todas as alternativas reconduzíveis às *normas regulamentares necessárias a essa boa execução*. A fixação constitucional desta competência regulamentar executiva genérica do Governo habilita a que alguns sectores doutrinários entendam que, muito embora o domínio material de competência se encontre sujeito a uma compressão variável, dado que depende da maior ou menor intransitividade da norma legal, a norma de competência não deixará de consubstanciar um limite à expropriação total desta competência a partir de uma total pormenorização das condições e efeitos das normas legais⁷⁰. O argumento consiste, sinteticamente,

70 Cfr. P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pp. 752-755; IDEM, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, II, 1995, p. 602; menos explicitamente, L. PAREJO ALFONSO, ¿Existe una *Reserva Constitucional de «Ejecución»?* *Apuntes para la Individualización de la Función Ejecutiva en el Orden de las Funciones Estatales*, in CDP, 1997, n.º 1, pp. 37-38. Pese embora pouco consistente com outro nível de argumentação aí vertido, resulta da passagem do Ac. TC 214/2011 (pesquisável em www.dgsi.pt), quando se refere que “*no espaço não ocupado por acto legislativo, cabe ao Governo determinar qual o conteúdo do acto regulamentar exigido pela «boa execução da lei»*”. E isso, só a ele compete no exercício da competência administrativa [alínea c) do artigo 199.º da Constituição]. De lado ficam as posições que, por desconsiderarem a questão em discussão no seu ponto mais básico – a recondução da discricionariedade à norma jurídica – se bastam com afirmações sociológicas sobre os órgãos legislativos não poderem pretender deter o monopólio da criação de normas jurídicas num sistema onde a discricionariedade administrativa predomine. Como a discricionariedade resulta de uma atribuição normativa, esse predomínio de discricionariedade, ou pelo menos a sua própria existência terá, para que a afirmação seja juridicamente relevante ao invés de uma simples constatação empírica, de consubstanciar uma imposição de uma norma superior, que é precisamente o que se discute. A afirmação que se critica é de E. CAROLAN (*The New Separation of Powers* cit., p. 138).

num juízo de equiparação dos efeitos práticos entre uma norma legal que proíba expressamente a regulamentação executiva pelo Governo das normas constantes desse acto legislativo, evidentemente inconstitucional, e a *privação fáctica* da possibilidade de regulamentar pela excessiva pormenorização de normas legais⁷¹. Contraposta é a posição que sufraga a imprestabilidade da norma de competência governamental de execução regulamentar para operar uma limitação à pormenorização normativa de actos legislativos. Nesta, enfatiza-se a competência legislativa para pré-determinar e pré-ocupar regulativamente uma dada matéria ao abrigo da competência legislativa genérica. A norma de competência para a regulamentação executiva é apreendida como atribuindo uma competência de exercício condicionado à medida da intransitividade das normas legais, a qual, embora não deva ser totalmente intransitiva, sob pena de violação da reserva de lei, não exclui a possibilidade simétrica de um acto legislativo geral e abstracto ser totalmente predeterminado nas respectivas condições e efeitos⁷².

71 Concluindo P. OTERO, não obstante a inexistência de “*linha precisa*” que demarque a actividade de legislar e a de administrar (normativamente) – e daí a reserva ser *prima facie* e não *all things considered* –, pela inconstitucionalidade das normas legais que “*deixem sem qualquer operatividade um espaço mínimo de exercício da actividade administrativa de execução*”, fazendo equivaler, em matéria de inconstitucionalidade material por violação da norma enunciada na alínea c) do artigo 199.º da Constituição, tanto uma norma legal que vede expressamente a regulamentação pelo Governo, como a que, pela excessiva precisão normativa, esgote a competência regulamentar de execução. Cfr. P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 752.

72 Ou seja, e no sentido *schmittiano* já referido, um acto legislativo que contenha, simultaneamente, normas legais e normas executivas (no original, “*leis e execução de leis*”), cfr. C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1932 (na tradução espanhola “*Legalidad y Legitimidad*”, de J. Díaz García, Madrid, 1971), pp. 196 ss.). A reserva de execução normativa é, de acordo com esta posição, uma reserva segundo a *medida da densidade de regulação das leis*, o que lhe retira, na quase totalidade, o verdadeiro significado de reserva. Neste sentido, referindo que quaisquer limites constitucionais à predeterminação normativa resultam apenas de princípios constitucionais aplicáveis, relativos a direitos fundamentais, cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 740-741. A posição deste autor é, aliás, consen-



As duas posições radicam num entendimento distinto da norma de separação de poderes, que se dissocia pela tónica interpretativa que cada uma coloca no enunciado da competência regulamentar executiva do Governo. Se esta é colocada meramente no aspecto da *necessidade de regulamentar*, numa leitura que, em termos aparentemente parciais,

tânea com o seu entendimento mais geral, segundo o qual *“no campo do direito constitucional (...) o poder é atribuído em função da concreta possibilidade de exercício”*, cfr. IDEM, *op. cit.*, p. 762. Afirmando com segurança que o poder regulamentar constante da alínea c) do artigo 199.º da Constituição não corresponde, ao contrário do que resulta do ordenamento germânico e, especialmente, do francês, a uma reserva de regulamento, cfr. J. MIRANDA, in Estudos sobre a Constituição, 3.º vol., Lisboa, 1979, p. 633. Respondendo à questão em termos semelhantes, N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração*, cit., p. 575. No contexto do ordenamento espanhol, com idênticas conclusões, E. MELERO ALONSO, *Reglamentos y Disposiciones Administrativas*, cit., pp. 170 ss.. Como se viu, a jurisprudência constitucional tem-se igualmente pronunciado contra uma reserva geral de regulamento, afirmando-se não contrariar as normas constitucionais que a *“matéria susceptível de ser objecto de actividade administrativa, como a regulamentação de leis, não possa igualmente, ser objecto de lei da Assembleia da República”*, na medida em que o contrário significaria a existência de um limite da competência legislativa do Parlamento quanto a determinadas matérias *“que a Constituição não permite deduzir”*, em face da norma de competência genérica enunciada na alínea c) do artigo 161.º da Constituição. Concretamente, *“o poder regulamentar conferido ao Governo (...) não corresponde a qualquer reserva de regulamento, no sentido de a lei não poder ultrapassar um determinado nível de pormenorização ou particularização de modo a deixar ao Governo (...) um nível de complementação normativa relativamente a cada uma das leis”*, acrescentando que é no *“espaço não ocupado pelo legislativo”* que *“cabe ao Governo determinar qual o conteúdo do acto regulamentar exigido pela boa execução da lei.”* Assim, cfr. Acs. TC 1/97 e 24/98, e doutrina neles citada, ambos pesquisáveis em www.tribunalconstitucional.pt). Mais recentemente, e ainda que do acórdão resultem conclusões pouco coerentes, voltou a negar-se expressamente qualquer *“reserva de regulamento, no sentido de a lei não poder ultrapassar um determinado nível de pormenorização ou particularização de modo a deixar sempre ao Governo, enquanto titular do poder regulamentar, um nível de complementação normativa relativamente a cada uma das leis”* (cfr. Ac. TC 214/2011, pesquisável no endereço acima indicado). Também o Supremo Tribunal Administrativo tem negado acolhimento a esta *reserva geral de regulamento*, como se pode ver na seguinte passagem: *“(...) tal matéria prende-se com a questão, bastante controversa, de saber se existe uma reserva de regulamento administrativo e, a existir, quais os seus limites. A jurisprudência e a doutrina têm, em geral, entendido que não existe uma reserva geral de regulamento administrativo, no essencial, porque a lei pode abranger qualquer matéria susceptível de ser objecto de actividade administrativa, o que decorre da interpretação do art.º 161.º, n.º c), conjugada com art.º 198.º, n.º 2, ambos da CRP”*, cfr. Ac. STA de 18-12-2013 (proc. 0856/10); Ac. TCA Sul de 18-10-2012 (proc. 08974/12); Ac. TCA Norte de 25-10-2012 (proc. 00008/10.8BCPRT); Ac. TCA Norte de 02-02-2012 (proc. 00007/10.0BCPRT); Ac. TCA Norte de 18-03-2011 (proc. 00416/10.4BEVIS-A) – todos pesquisáveis em www.dgsi.pt.

lateraliza o aspecto qualitativo da *boa execução de normas legais*, sobreleva-se o princípio democrático na variante da permissão global de regular com qualquer nível de pormenorização e conclui-se que o domínio material da norma de competência se encontra exclusivamente sob a medida da regulação legal. A competência regulamentar executiva é contingente, não porque o Governo decida, ou não, exercê-la nas condições normativas prescritas pela Constituição, mas porque essa competência pode, ou não, ser exercitável consoante a norma legal confira as necessárias condições para o efeito⁷³. Distintamente, se o enunciado da competência regulamentar executiva é compreendido na sua globalidade, abrangendo a necessidade de regulamentar para a *boa execução* de normas legais, então essa norma já poderá ser vista como reserva *prima facie*, oponível a uma permissão geral de heterodeterminação normativa, mais consentânea com o mandato constitucional impositivo de que o exercício de uma função estadual não exerça uma preempção, antes suscite uma participação colaborativa das demais funções.

Não se subscreve a primeira posição. Para além dos argumentos já sumariamente aduzidos em sustento da segunda, entende-se que será pragmaticamente inconsistente qualquer sistema normativo que contenha uma norma *prima facie* permissiva, e *all things considered* impositiva, do exercício de uma competência (regulamentar) e, simultanea-

73 Exemplo dessa posição é a conhecida passagem do Ac. TC 461/87, totalmente centrada na competência legislativa genérica da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, onde se afirma que o legislador parlamentar dispõe “*no mínimo da faculdade - constitucionalmente reconhecida - de planificar e racionalizar a actividade administrativa, pré-conformando-a no seu desenvolvimento, e definindo o espaço* que ficara à liberdade de critério e à autonomia dos respectivos órgãos ou agentes, ou antes pré-ocupando-o (preferência de lei)”(cfr. Ac. TC 461/87, disponível em www.dgsi.pt). Suscitando a necessidade de interpretação desse trecho em conformidade com a Constituição, cfr. P. OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pp. 181-182.



mente, uma proibição genérica de todos os exercícios possíveis dessa competência. A proibição genérica veda a realização das acções deonticas que a autoridade normativa tornou possível através da criação da norma de competência⁷⁴. Além desta inconsistência pragmática, incorre-se numa inconsistência lógica, aliás subjacente ao juízo de inconstitucionalidade de uma norma legal que proíba explicitamente o exercício governamental da competência regulamentar executiva. A aceitação de que (i) o poder constituinte reconhece e define, ainda que genericamente, o âmbito de função administrativa e de que (ii) o poder constituinte vincula os poderes constituídos não é consistente com a aceitação de que (iii) o exercício de uma competência constituída (legislativa) possa precluir o exercício de outra competência constituída (regulamentar) expressamente atribuída pelo poder constituinte. Visto isto, parece clara a aplicação do argumento de identidade de razão entre, de um lado, uma proibição legal expressa de regulamentação governamental executiva e, do outro, uma subtracção fáctica, por excesso de pormenorização legislativa, da possibilidade naturalística de exercício dessa competência, uma vez que é, para este efeito, irrelevante o carácter expresso ou implícito da proibição de regulamentar.⁷⁵ A alocação constitucional ao Governo do

74 Estar-se-ia, através de uma contradição pragmática, a excluir qualquer possibilidade de exercício da competência atribuída, inutilizando a norma que a atribui. Assim, com o argumento da contradição pragmática da autoridade normativa que cria normas de competência e normas de conduta sobre o exercício da competência, proibitivas do exercício em todas as hipóteses concebíveis, cfr. J. FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia*, cit., p. 69. Também assim, de modo menos explícito, J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford, 1999, p. 106.

75 A sustentação de que um acto legislativo pode ter qualquer densidade normativa de pormenorização implica, na realidade, admitir um cenário hipotético em que qualquer acto legislativo seja, em qualquer caso, de conteúdo totalmente pormenorizado: esse cenário, particularmente sensível no que toca aos actos legislativos parlamentares – dado o confronto institucional com o Governo daí adveniente –, traduziria uma simples opção de pura política legislativa, deixada à álea da Assembleia da República. Na realidade, o próprio

ajuizamento qualitativo sobre a necessidade de regulamentar normas legais com vista à *boa execução*, constitui um corolário da dimensão positiva da separação de poderes, permitindo interpretar, pelos atributos institucionais, procedimentais e orgânico-funcionais desse órgão, que o tornam especialmente apto para essa tarefa, a norma de competência governamental como uma norma de competência *prima facie* exclusiva, salvo as excepções já anteriormente indicadas a propósito das leis-medida. Decidir sobre se existe, ou não, a necessidade de *executar* a norma legal para que esta resulte *bem executada* é algo que tipicamente corresponde ao órgão com competência e dever associado de administrar⁷⁶. A tal não é alheia, aliás, a necessidade de adaptação permanente,

conceito de execução – no sentido de concretização normativa – de normas legais se torna relativamente espúrio num contexto onde o *comando a concretizar* é, já de si, uma decisão individual e concreta (*lei individual*) ou um acto geral e concreto (*lei-medida*). Cfr. A. RAQUEL MONIZ, *A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português (algumas questões)*, in BFDUC, LXXX, 2004, pp. 507, Nota 76. Para todos os efeitos, a *impossibilidade prática* de concretizar normativamente comandos individuais e, ou, concretos equivale, neste caso e para este efeito, a uma *proibição normativa expressa*. Neste sentido, mas fora deste contexto explicativo, P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., p. 752.

76 Cfr. M. TITUM, *Operativizando la Relación Ley-Reglamento: una Propuesta de Redefinición del Rol de la Reserva Legal*, in Revista de Derecho (Valdivia), 2012, XXV, n.º 1, p. 140. Nos termos estabelecidos pela dimensão alocadora da norma de separação de poderes, o Governo é o órgão, pelos atributos atrás referidos – menores custos informacionais fácticos e jurídicos, especialização técnica, maior proximidade às realidades reguladas, etc. –, mais apto para o exercício desta competência regulamentar de execução. Aliás, no contexto de um estatuto constitucional do Governo que lhe confere a necessária legitimação democrática, na qualidade de órgão de soberania, as competências políticas e administrativas que a Constituição atribui ao Governo permitem a delimitação de um âmbito funcional próprio onde a *autonomia do Governo* constitui o elemento de interpretação capital, como afirma J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., p. 56. Também J. J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa*, I, cit., p. 209), pese embora sustentem a posição contrária à agora descrita, retiram da dimensão positiva e alocadora da norma de separação de poderes que as acções públicas devem ser adoptadas pelos órgãos que “*segundo a sua organização, função, atribuição* e procedimento de actuação, estão em melhor posição para analisar os pressupostos, os juízos e os resultados indispensáveis a medidas ou decisões constitucionalmente ajustadas”. Em sentido convergente, sobre a adequação da estrutura orgânica e procedimental do órgão ao tipo de



já realçada no contexto de uma realidade dinâmica, que não se compadece com a morosidade e inflexibilidade típicas do procedimento legislativo, servindo de argumentos ponderatórios, na sequência da aplicação do princípio da proporcionalidade à função legislativa, para a alocação a esta última dos vectores estruturais das políticas públicas, remanescendo para a função administrativa, na variante regulamentar, o desenvolvimento de aspectos conjunturais dessas políticas⁷⁷. E não se julga possível contrapor que a proibição *prima facie* de sobre-pormenorização normativa de actos legislativos, que daí se retira, se limitaria aos casos em que, no contexto de uma lei parlamentar, a Assembleia da República o faça com o fito de *iludir a repartição de competências* em vigor e impedir o exercício de competências administrativas pelo Governo. Este juízo, *mutatis mutandis* próximo de um abuso de direito legislativo, implicaria sempre uma apreciação altamente subjectiva da vontade do legislador a qual, excepto quando claramente expressa em trabalhos preparatórios, cenário obviamente excluído neste caso, dificilmente se pode deduzir em termos objectivos a partir de textos legislativos criados por órgãos de composição plural e pluri-representativa⁷⁸.

competência a exercer, cfr. J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional - Tomo VII – Estrutura Constitucional da Democracia*, Coimbra, 2007, p. 83. Sobre a posição privilegiada da administração, por contraposição aos órgãos legislativos, para, através da criação de normas regulamentares, atender aos vários interesses subjacentes a essa normação, cfr. E. SCHMIDT-AßMANN, *Cuestiones Fundamentales sobre la Reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la Innovación y Presupuestos Metodológicos*, in J. BARNÉS (coord.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilha, 20062006, pp. 56 ss.; M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1980, p. 103.

77 Expressamente nesse sentido, cfr. A. RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração*, cit., p. 113, na senda do preconizado por M. GLÓRIA GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, Coimbra, 2009, pp. 124-128.

78 No sentido que não se subscreve, cfr. J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., p. 68. É que o apuramento da vontade do legislador não se compadece da averiguação da intenção do “*legislador de carne e osso*” – nomeadamente com a apreciação subjectiva do

4.3. PROPOSIÇÕES FINAIS

A norma de competência regulamentar do Governo para a boa execução das leis não pode deixar, nesta medida, de impor a criação de normas legais susceptíveis ou carecidas de execução regulamentar, o que significa que se devem incluir em actos legislativos de conteúdo não apenas *prima facie* geral e abstracto, como também desprovidos de uma densidade excessivamente intensa, densa ou minuciosa⁷⁹. O dever de regulamentação funcionalizado à *boa execução* de normas legais não tem grande relevância normativa quanto a actos legislativos de conteúdo individual e concreto (ou mesmo geral e concreto), dado que estes, pela sua morfologia, dificilmente suscitam concretização jurídicas por normas regulamentares⁸⁰. Ao implicitamente conferir ao Governo a permissão

significado que deputados ou governantes atribuem aos enunciados legislativos –, mas com uma distinta, impalpável e quase metafísica *ratio legis*. Sobre a dificuldade em apurar a vontade do legislador, com estes e outros argumentos, nomeadamente os perigos da substituição da *política jurídica dos órgãos legislativos* pela *política jurídica do intérprete*, cfr. R. GUASTINI, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica* (tradução castelhana de M. Gascón e M. Carbonell, Cidade do México, 1999, pp. 33-34; G. RATTI, *El Gobierno de las Normas*, Madrid, 2013, p. 31, Nota 24.

79 H. MAURER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, in VVDStRL, 1985, n.º 43, p. 168. N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração*, cit, p. 344.

80 Como referem J.J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada* I, cit., pp. 486-487), “*se ele* [a norma constante da alínea c) do artigo 199.º da Constituição] *visa a “boa execução das leis”, então ele implica, desde logo, a preexistência de leis que sejam susceptíveis e careçam de execução, a nível normativo, por parte da Administração, não podendo haver regulamentos sem lei*”. Dubitativamente, N. PIÇARRA, *A Reserva de Administração*, cit, p. 577. No entanto, este autor aceita que a reserva de execução disposta na alínea c) do artigo 199.º da Constituição – que qualifica como uma reserva *relativa* de execução – pode ser invocada contra a privação da competência executiva do Governo por acto legislativo, ainda que se refira apenas ao caso de uma lei que expressamente retire ao Governo a sua competência executiva, impondo-lhe a adopção da forma de decreto-lei para todos os actos praticados ao seu abrigo, nomeadamente com o intuito de sujeitar as respectivas normas à apreciação parlamentar, prevista no artigo 169.º da Constituição.



de criação de regulamentos executivos no domínio material previamente disciplinado por normas legais, essa norma – ainda que não exclua ponderações com outras normas constitucionais, concretamente normas de direitos fundamentais cujo cumprimento exija, para determinada categoria de casos, a criação de leis-medida ou, no limite, de leis individuais não regulamentáveis – veda, em princípio, a possibilidade de essa faculdade de regulamentação ser esvaziada por outras normas de hierarquia inferior.

Como o exercício de competências legislativas não pode resultar, sem fundamento constitucional específico, numa preempção da competência regulamentar governamental, serão inconstitucionais os actos legislativos que, ao arrepio de qualquer justificação constitucional determinante da *excepcionalidade* desses actos legislativos – como se viu para o caso das leis-medida ou mesmo de leis individuais –, implicitamente precludam o exercício da competência regulamentar genérica do Governo⁸¹.

O juízo de inconstitucionalidade subjacente apenas se verifica, naturalmente e sob pena de excessiva compressão do princípio democrático, quando o conteúdo dos actos legislativos exproprie desproporcionalmente a faculdade de regulamentação executiva. Tanto basta, porém, para que se afirme que o acto regulamentar executivo, não expressamente imposto por normas legais, não consubstancia uma realidade contingente consoante a *voluntas* dos órgãos da função legislativa: a sua criação, ou não, constituirá sempre o efeito de um juízo autónomo do

81 Neste sentido, sustentando uma reserva normativa da Administração que preclua que os actos legislativos *devorem* a respectiva execução, cfr. P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, cit., 2003, p. 752-753. No sentido de um adequado entendimento da norma de separação de funções precludir as preempções de competências indexadas a outras funções do Estado, cfr. C. MÖLLERS, *The Three Branches*, cit., pp. 84 ss.. Em sentido menos intenso, limitando a proibição constitucional *prima facie* ao legislador se transformar num executor individual e concreto dos próprios actos legislativos, o que implica a exigência de que uma determinada medida – não quantificada – da execução do acto legislativo seja deixada ao Governo, J. REIS NOVAIS, *Separação de Poderes*, cit., pp. 33 ss.

Governo sobre a necessidade de regulamentação para a boa execução das leis, concluindo-se que a susceptibilidade de execução regulamentar constitui um predicado *prima facie* tido pela Constituição como correlativo ao conteúdo dos actos legislativos⁸². A existência de fundamento constitucional para o efeito altera, porém, a composição do conflito normativo, abrindo espaço à legitimidade constitucional excepcional de actos legislativos não regulamentáveis: aqui, o conflito normativo deixa de se retratar como um conflito de resolução exclusiva pela norma de prevalência *lex superior*, como atrás se ilustrou, passando a suscitar duas normas de prevalência conflituantes entre si: por um lado, a norma₁ **é superior em relação à norma**₂, mas, neste caso, a norma₂ **já é excepcional** em relação à norma₁ dado que o fundamento constitucional determinante da admissibilidade de leis-medida ou, no limite, de leis individuais, justifica o estatuto de excepcionalidade do conteúdo do acto legislativo que implicitamente vede a faculdade governamental de proceder à regulamentação executiva⁸³.

82 Fundando uma imposição de auto-contenção legislativa, sem prejuízo da reserva de acto legislativo constitucionalmente consagrada, que permita a *respiração administrativa* a que alude J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria*, in AA. Vv., *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1995*, p. 82.

83 O argumento, estritamente normativo, tem paralelo no direito comparado, como se pode ver em G. LAWSON, *Discretion as Delegation*, cit., pp. 260-261. À luz da norma de competência constante do artigo II (*Vesting Clause*) da Constituição Norte-Americana, que atribui ao Presidente o “*executive power*”, incluindo a competência para “*executar actos legislativos federais*”. Infere G. LAWSON que, se o artigo II (*Vesting Clause*) traduz uma norma atributiva de competência (*Granting Clause*), ao Presidente, para proceder à execução de actos legislativos federais e, nessa medida, exercer a competência de acusar e determinar a prisão de determinados suspeitos, então o Congresso não deverá *prima facie* exercer essa competência. A conclusão é, naturalmente, derrotável porque a norma apenas ordena *prima facie*, sujeita a “*rebuttal by contrary evidence*” ou seja, “*unless the Constitution instructs to the contrary*”; todavia, constitui o cerne da máxima, derivada da dimensão positiva da norma de separação de poderes, da “*interdepartamental decisional independence*” ou independência funcional (cfr. G. LAWSON, *Controlling Precedent: Congressional Regulation of Judicial Decision-Making*, in *Const. Comment.*, 2001, pp. 223-224).



Igualdade democrática e despesa pública justa

MARIA D'OLIVEIRA MARTINS¹

RESUMO: O presente texto estabelece uma associação entre a despesa pública e uma certa ideia justiça social e de transformação assumida pela Constituição. A partir daqui esclarece o conceito de despesa pública justa, extraindo dele o efeito transformador que pode trazer para a compreensão dos direitos fundamentais, do Orçamento e do controlo jurisdicional da actividade financeira do Estado.

PALAVRAS-chave: Despesa pública justa; igualdade democrática; reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des Möglichen*); direitos fundamentais; orçamento do Estado.

ABSTRACT: *This text establishes an association between public spending and a certain vision of social justice and transformation assumed by the Constitution. From here on, it clarifies the concept of fair public*

1 Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa | Lisboa- Palma de Cima, 1649-023 Lisboa – Portugal. Email: mariaoliveiramartins@fd.lisboa.ucp.pt.

spending, drawing from it the transformative effect it can bring to the understanding of fundamental rights, of State budget and of the judicial control of the public financial activity.

KEYWORDS: *Fair public spending; democratic equality; reserve of what is financially possible (Vorbehalt des Möglichen); fundamental rights; State budget.*

IGUALDADE DEMOCRÁTICA E DESPESA PÚBLICA JUSTA

1. Igualdade democrática e despesa pública justa

O meu estudo tem incidido, nos últimos anos, sobre a despesa pública, porque me propus descobrir a ideia de despesa pública justa.

Embora desconhecido em Portugal, este tema é tratado em Espanha² e pode ser adaptado à Constituição portuguesa bem como à maioria das Constituições europeias, uma vez que elas estão profundamente enraizadas numa concepção moderna de despesa pública que chama o Estado a uma transformação social que seja capaz de responder aos problemas dos mais pobres dos pobres da sociedade.

É sobre isto que venho falar-vos hoje.

2 *Vide* artigo 31.º, n.º 2 da Constituição espanhola: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Sublinhando esta falha nas Constituições italiana, alemã, francesa, grega e portuguesa v. FERNANDO GARRIDO FALLA, LUÍS MARIA CAZORLA, RAFAEL ENTRENA, RAMON ENTRENA, F. JAVIER GALVÉS, EMÍLIO RECORDER, JUAN A. SANTAMARIA, F. SANTA OLALLA, JOSÉ MARIA SERRANO – *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, p. 740. V. também CRISTINA PAUNER CHULVI – *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid, 2001, p. 96.



Na minha investigação descobri uma interessante associação da despesa pública com uma certa ideia justiça social que obriga a reequacionar, em muitos aspectos, a forma de encarar a intervenção pública e a liberdade do legislador orçamental. A partir daqui formulei o conceito de despesa pública justa, correspondente a obrigações de dispêndio para o Estado. Obrigações estas que se prendem com a necessidade de fazer face a compromissos assumidos na Constituição, mas também e sobretudo obrigações que se prendem com a necessidade de erradicação da pobreza extrema e a satisfação de necessidades ligadas com a concretização de uma justiça social que vá progressivamente retirando as pessoas de situações de submissão, exploração, dominação, violência ou carência.

Foi através deste conceito de despesa pública justa que consegui libertar-me da visão economicista imperante nas finanças públicas (que muito desvaloriza, aliás, as finanças públicas como disciplina jurídica) que é tributária da centralidade conferida ao tratamento do défice e dívida pela União Europeia. Este conceito permitiu-me também rejeitar a visão puramente contabilística de despesa que tem, nos nossos dias, conduzido a encarar o gasto público como liberto de qualquer compromisso social.

O caminho para chegar aqui resulta do estudo da história da despesa pública e reflete a descoberta da ideia da igualdade democrática.

A história da despesa pública mostra o longo caminho percorrido de intervenção social do Estado: desde a desconfiança em relação aos pobres (deixando-os entregue à esmola) até ao momento que houve uma clara integração da benevolência na Justiça, favorecendo a Justiça social, muito influenciada pelos pensamentos de Rousseau, Adam Smith e Kant. Mas mais, a história da despesa mostra sobretudo que são as medidas

de apoio aos pobres que estão no centro da grande alteração da intervenção pública: de uma intervenção minimalista para uma intervenção que se quer cada vez mais protectora da dignidade da pessoa, a qual acabou por ser potenciada no século XX³.

Foi através do conhecimento dos grandes debates e linhas de pensamento sobre a despesa pública que aderi ao conceito de igualdade democrática, que é actualmente defendido por Elisabeth Anderson⁴, na esteira da teoria das potencialidades de Amartya Sen e de Martha Nussbaum, e que parece responder na perfeição às questões colocados pelo mundo contemporâneo. A ideia da igualdade democrática consiste na defesa de obrigações negativas e positivas para o Estado, tendo em vista assegurar a todos os cidadãos condições que os coloquem em pé de igualdade na sociedade, para que todos tenham liberdade e para que todos possam viver a vida que verdadeiramente valorizam.

Superando a teoria de Rawls, muito assente em prestações de bens primários, a igualdade democrática propõe uma métrica diferente de medida da liberdade em sociedade: a liberdade é medida, não em rendimento, mas em potencialidades (*capabilities*). Ou seja, a liberdade é medida na disponibilidade de escolhas e oportunidades que estão efectivamente abertas a todos. É, pois, um pensamento que se insere numa lógica personalizante de desenvolvimento humano, que permite encontrar resolução para problemas que não se resolvem com distribuição de bens primários ou rendimentos (exemplos: caso de mulher com pós-doutora-

3 MARIA D'OLIVEIRA MARTINS, A despesa pública justa: uma análise jurídico constitucional do tema da Justiça na despesa pública, Coimbra, 2016, pp. 15 e ss.

4 ELISABETH S. ANDERSON, What is the point of equality?, *Ethics*, vol. 109, n.º 2 (jan. 1999), 287-337 (disponível em <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/ElizabethAndersonWhatIsThePointofEquality.pdf>)



mento numa sociedade machista preconceituosa; caso de deficiente motor que não consegue comunicar com ninguém pelo facto de as pessoas se recusarem encará-lo).

O que a igualdade democrática propõe é, pois, a colocação do foco na vulnerabilidade e nas interdependências geradas pela vida social, exigindo que a assistência prestada pelo Estado não seja indiscriminada, mas dirigida primordialmente àqueles que pela sua situação não conseguem ser tratados como iguais e aceder às mesmas oportunidades que os seus concidadãos.

2. Como é que isto se reflecte em termos constitucionais?

Se estas foram as premissas de partida, todo o caminho foi percorrido à luz da Constituição.

A despesa pública justa é uma decorrência da nossa Constituição, a qual adere claramente a uma visão de transformação social. Primeiro, por causa do seu enquadramento cultural, que a encaixa na tradição europeia de integração da benevolência no seio da Justiça e a faz prever a intervenção pública com o objectivo do cuidado aos mais pobres. Segundo, porque a sua génese aponta claramente para uma missão de modificação da sociedade através do cruzamento de ideais marxistas-leninistas, socialistas-democráticos e personalistas. E terceiro, porque o próprio texto – não obstante o apagamento do seu carácter e expressões mais socializantes – aponta para deveres de intervenção e despesa pública, longe de minimalismo liberal: vejam-se os deveres de intervenção pública que resultam seja da interpretação dos artigos 81.º, 84.º e 86.º, seja das normas determináveis que são identificadas pela doutrina constitucionalista no seio dos direitos fundamentais⁵.

5 MARIA D'OLIVEIRA MARTINS, *A despesa*, pp. 287-334.

Apesar de o texto constitucional assumir esta vocação social, a abordagem constitucional tradicional é insuficiente para a construção de uma ideia clara de despesa constitucionalmente imposta, que de alguma forma espelhe a evolução que o gasto do Estado tem sofrido e a discussão de justiça distributiva que se faz em torno do mesmo. Com efeito, a abordagem nos termos tradicionais tem conduzido nos últimos anos, seja a uma politização da decisão de despesa, seja à adoção de uma visão contabilística de despesa que deixa a mão do legislador praticamente livre para alocar os meios económicos ao seu dispor e que apenas permite o questionamento das decisões de despesa que violam clamorosamente os valores constitucionais do Estado de Direito.

Como explicitar então uma ideia de despesa pública que seja expressão das preocupações sociais evidenciadas pela história da despesa pública, pela génese da Constituição e pela letra da Lei Fundamental que claramente abre espaço a esta mesma intervenção social?

Através de uma ideia de despesa pública justa formulada a partir dos limites da reserva do financeiramente possível, uma vez que este é o conceito que nos mostra as prioridades de intervenção do Estado e que descobre os deveres de despesa pública que a Constituição mais claramente assume.

Identificamos em Portugal essencialmente três limites à reserva do financeiramente possível, a partir do texto constitucional:

1. A reserva do financeiramente possível não pode ser imposta, seja perante o direito ao mínimo vital, seja relativamente ao direito a um mínimo de existência condigna. Este é o núcleo da despesa pública justa e inclui os gastos, destinados a assegurar um mínimo de vida condigna para aqueles que não têm outros meios para o fazer. É esta a despesa pú-



blica que resulta do consenso existente em relação ao respeito do igual valor e dignidade de todos;

2. A reserva do financeiramente possível não pode ser invocada perante o conteúdo mínimo dos direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga, no que respeita às normas determináveis. Isto porque quando conjugada com um direito directamente exigível a partir da Constituição, a reserva do possível nunca poderá conceder liberdade legislativa plena para a definição da despesa pública necessária à concretização dos direitos fundamentais em si mesmos, sob pena de restrição inconstitucional dos mesmos;

3. A reserva do financeiramente possível também não pode ser invocada para impedir a realização de um conteúdo mínimo dos direitos económicos sociais e culturais.

Nestes limites que identificamos à reserva do financeiramente possível, a liberdade do legislador orçamental fica condicionada.

Apenas fora destes constrangimentos substanciais à reserva do financeiramente possível é que a decisão orçamental surge como uma decisão legislativa, com plena liberdade de conformação legislativa. Vale aqui plenamente o regime da reserva do financeiramente possível: os direitos só serão invocáveis na medida da previsão legal e da previsão orçamental e o poder judicial ficará limitado na sua acção por força do princípio da separação de poderes. Isto não significa, porém, que a decisão possa ser tida como arbitrária; pelo contrário, fora dos limites da despesa justa, a decisão sobre gasto público deve ser tida como correspondendo ao exercício de um poder discricionário com limites, estando, por isso, sujeita à fiscalização judicial sempre que se ultrapassarem as fronteiras de legalidade e de constitucionalidade.

3. O efeito transformador do conceito de despesa pública justa de acordo com esta visão de igualdade democrática

A formulação do conceito de despesa pública justa a partir dos limites da reserva do financiamento possível acaba por ter um efeito transformador em vários domínios: direitos fundamentais; compreensão do Orçamento; e controlo por parte do Tribunal Constitucional.

3.1 Compreensão dos direitos fundamentais

O conceito de despesa pública justa altera a forma como encaramos os direitos fundamentais, na medida em que põe em evidência que entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais há três níveis distintos de prioridades a atender em termos de despesa pública.

Com o primeiro nível de despesa justa desenha-se a prioridade das prioridades dentro dos direitos, liberdades e garantias. Neste nível encontra-se a despesa que deriva do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, lendo-o à luz de uma concepção moderna de despesa, assente numa visão personalista do Homem. É neste nível que se encontra, portanto, o conteúdo mínimo da função de distribuição que o Estado assume – o mínimo dos mínimos. Neste círculo de gastos do Estado inclui-se a despesa pública relativa ao mínimo vital, já reconhecido, de resto, na nossa ordem jurídica, muito por força da intervenção do Tribunal Constitucional.

Mas o mínimo vital que é reconhecido não aquele que em Portugal corresponde ao rendimento social de inserção (RSI). À luz de uma ideia de despesa pública justa, este (RSI) não pode deixar de ser considerado inconstitucional, por se tratar de “um rendimento mínimo tão baixo que só pode ser satisfatório para um vagabundo de pé descalço, que seja feliz



a acampar na praia”⁶. Neste nível de despesa, não pode, assim, deixar de se incluir o gasto público derivado da promoção pública de uma “vida minimamente condigna”, da *minimally decent life* de que fala Cécile Fabre⁷.

Nos termos da nossa Constituição, desenha-se, pois a partir da ideia da protecção da dignidade da pessoa humana, um núcleo de despesa pública que parte da necessidade de acorrer às situações de pobreza extrema, sem que o Estado possa fazer qualquer julgamento moral sobre a conduta do indivíduo que pede ajuda e prova estar nessa situação.

A recente substituição das cantinas sociais por cabazes de alimentos por confeccionar terá alterado este estado de coisas? Penso que com esta medida, o Estado deu um passo importante no sentido de acorrer às necessidades mais prementes dos mais pobres com menos custos. Deu um passo importante, porque melhora em termos de economia, eficiência e eficácia o apoio dado a quem não tem mais do que o RSI. Porém, não posso deixar de reconhecer que fica aquém daquilo que deve fazer para atingir o tal nível da vida minimamente condigna. Com esta medida, o Estado mostra-se paternalista e intrusivo na resolução dos problemas da extrema pobreza (continuando a desconfiar das pessoas, recusando-lhes uma prestação que lhes permita alimentar-se livremente, chegando

6 “Such a low basic income might be satisfactory to footloose beach bums, who might be happy camping on the beach” - ELISABETH S. ANDERSON, *What is the point of equality?*, p. 299

7 *Vide* CÉCILE FABRE, *Social Rights under the Constitution*. Oxford, 2000, *passim*. O direito a uma “vida minimamente decente” incluiria em concreto direito a uma prestação (a quem não possuísse outro meio de subsistência) que tivesse em conta as necessidades sentidas por uma pessoa enquanto ser humano (alimentação, roupa e calçado decente) e por uma pessoa enquadrada numa determinada sociedade (ex. acesso a televisão); o direito a exigir do Estado uma educação que permitisse ter noções de numeracia e literacia funcionais; o direito a exigir cuidados médicos primários (medicina preventiva: vacinas) e cuidados médicos para as pessoas que se encontram à partida abaixo do limiar de pobreza ou, que por virtude do custeamento do tratamento, fiquem nessa posição.

mesmo a querer dominar as preferências alimentares), sem que altere a sua política de atribuição de RSI que é insatisfatória para uma vida decente, uma vez que obriga a escolher entre comer e ter um abrigo. Insistindo numa prestação em géneros, o Estado não prevê sequer que esta distribuição de cabazes seja acompanhada de um subsídio para pagamento de luz e água para confeccionar os alimentos...

Quando falo do direito a uma vida minimamente condigna não digo que se trata de oferecer um rendimento sem condições (até porque o texto da Constituição é tão plástico que tanto permite aderir a um entendimento mais liberal, quanto a um entendimento mais socializante), mas de oferecer um rendimento mínimo a quem nada tem, de modo a que quem dele beneficia possa ser tratado, não como um marginal irresponsável, mas como uma pessoa que merece igual consideração e respeito no seu caminho para a autonomia e responsabilidade.

Não se trata aqui também – sejamos claros – de defender o rendimento básico universal. Esta poderá ser uma ideia interessante para resolver no futuro o problema do desemprego numa sociedade tecnológica muito robotizada, mas de momento não está configurado na Constituição como obrigatório ou como uma realidade que se imponha. Aquilo que a dignidade da pessoa humana impõe é o acesso mínimo a oportunidades que façam com que a vida tenha valor e esse acesso não carece de ser implementado por um rendimento básico universal. Se o legislador quisesse hoje implementar esse rendimento básico universal, poderia fazê-lo, mas essa medida caberia inteiramente no espaço da reserva do financeiramente possível. Ou seja, o legislador poderia implementá-lo, por sua livre iniciativa (sujeitando-se naturalmente aos constrangimentos do Estado de Direito democrático) na medida em que houvesse meios para isso, mas nada na Constituição o impõe.



O que o debate feito em torno desse rendimento básico universal não é porém despreciando. Ele interessa na reflexão quanto ao mínimo dos mínimos a ser considerado como núcleo *a se* da dignidade da pessoa humana, na medida em que questiona o rendimento necessário para que uma pessoa leve uma vida decente, numa sociedade como a nossa. Esse debate deve levar-nos a não estar de bem com a nossa consciência quando nos limitamos a dar aos mais pobres dos pobres pouco mais do que cento e oitenta euros por mês.

Do que falamos então, quando defendemos um rendimento que assegure uma vida minimamente condigna?

De uma prestação – não universal – oferecida a quem não tem comprovadamente outras fontes de rendimento. É o mínimo dos mínimos para quem não tem nada mais. Uma ideia que resultaria do consenso de que ninguém deve ser privado de uma vida que valha a pena ser vivida. É a ideia de que o Estado não pode ficar indiferente à sorte das pessoas que se encontram no seu substrato, devendo, isso sim, promover uma vida em que todas as pessoas se apresentem como seres autónomos, livres de sofrimento, com capacidade de tomar decisões e com a possibilidade de aproveitar as oportunidades que as podem ajudar a realizar-se. A despesa deste núcleo deve ser de inscrição prioritária, até mesmo à frente das despesas decorrentes de leis e de contratos que nos termos da Constituição pareciam ser as únicas limitações ao legislador orçamental.

No segundo nível de despesa justa surgem os direitos, liberdades e garantias a que se deve atender depois de satisfeito o imperativo da dignidade humana. Neste nível encontram-se os gastos que resultam da identificação do conteúdo mínimo de despesa pública para a realização dos direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga. No âmbito destes gastos identifico como despesa pública cons-

titucionalmente prioritária a que se baseia no carácter determinável de algumas normas constitucionais. Isto porque quando conjugada com um direito directamente exigível a partir da Constituição, a reserva do possível nunca poderá conceder liberdade legislativa plena para a definição da despesa necessária à concretização dos direitos fundamentais em si mesmos, sob pena de restrição inconstitucional do direito. Nesta medida, a actividade do legislador orçamental poderá e deverá ser controlada pelo poder jurisdicional, no sentido deste último aferir da constitucionalidade das escolhas feitas. No que toca às normas de direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga, a reserva do possível tolher-se-á, surgindo, as mais das vezes, reduzida a uma reserva geral de ponderação. Esta reserva impedirá o poder judicial de controlar, por princípio, o *como* e o *quanto* decididos pelo legislador orçamental; mas é uma vez que estamos no âmbito das normas determináveis, o controlo judicial será sempre possível. Desde logo, no que toca ao *quando* do direito em causa. Para além disso, no que toca à despesa que resulta destas normas, ela deverá sempre ser controlada quer de acordo com o parâmetros mínimos de respeito pelo conteúdo essencial do direito em causa, quer de acordo com os limites impostos pelo Estado de direito democrático (igualdade, proporcionalidade ou protecção da confiança).

No seio destas normas, a reserva do possível pode estreitar-se ainda mais quando é a Constituição que impõe especificamente ao legislador a adopção de despesas públicas específicas.

No terceiro nível de despesa obrigatória, encontram-se as prioridades do Estado no que toca ao cumprimento dos direitos económicos, sociais e culturais. Este nível corresponde à identificação de um conteúdo mínimo de realização destes direitos. Atendendo a preocupações com a sustentabilidade financeira, defendemos, porém, neste domínio, uma vi-



são que admite necessariamente a uma certa abertura à conformação do legislador orçamental, para que este em cada momento possa adequar as despesas às necessidades e aos recursos do momento.

No que toca à definição do universo de pessoas para quem o Estado deve prestar serviços gratuitamente, propomos a adopção do conceito de *necessidade receptiva* para melhor se compreender este conteúdo mínimo dos direitos económicos, sociais e culturais. Este conceito afasta o igualitarismo puro e adere a uma perspectiva de igualdade complexa, como o defende Michael Walzer, obrigando o Estado a uma permanente e multiforme intervenção, impondo-lhe a prestação de serviços a todos aqueles que demonstrem, quer incapacidade para aceder a eles, quer que sem essas prestações poderiam ficar numa situação de vulnerabilidade ou numa situação que pudesse fazer perigar uma vida condigna.

Na determinação do conteúdo mínimo dos direitos sociais – na parte que corresponde ao terceiro nível da despesa obrigatória – assumimos claramente a superação constitucional de uma visão rawlsiana de distribuição de bens, aderindo à tal ideia de igualdade democrática, já referida, e à uma ideia de Estado de “bem-estar reforçado”, tributário do pensamento de Amartya Sen e Martha Nussbaum, tendo em vista as metas que a Constituição fixa para a intervenção pública⁸. Encarando a

8 JOANNA COAST, RICHARD D. SMITH, e LORGELLY – Welfarism, extra-welfarism and capability: The spread of ideas in health economics, *Social Science & Medicine*, n.º 67, 2008, p. 1192 e WERNER B. F. BROUWER, ANTHONY J. CULYER, N. JOB A. VAN EXEL, e FRANS F. H. RUTTEN – Welfarism vs. Extra-welfarism, *Journal of Health Economics* 27, 2008, pp. 330 e ss. – Para estes autores o contributo de AMARTYA SEN é muito relevante, embora estes últimos autores identifiquem também como sementes deste “bem-estar reforçado” a noção de bens de mérito utilizada por MUSGRAVE ou a ideia de JAMES TOBIN quando se refere a uma certa preocupação de igualdade no fornecimento de alguns bens básicos e serviços ou até mesmo os conceitos de bens primários de RAWLS (*vide* JAMES TOBIN, On limiting the domain of inequality, *Journal of Law and Economics*, vol. 13, n.º 2, Oct. 1970, pp. 263-277, *passim*).

realização dos direitos sociais dentro da lógica do Estado de “bem-estar reforçado”, consideramos que a liberdade orçamental se tolhe à medida que estas metas ou objectivos constitucionalmente fixados se vão definindo e desenvolvendo. Deixa de se falar em liberdade orçamental máxima, mesmo sabendo que estamos no domínio dos direitos sociais, para se ir amarrando o Estado às metas ou objectivos constitucionalmente já alcançados no sentido da concretização de uma visão de justiça social que vá retirando paulatinamente as pessoas de situações de submissão, exploração, dominação, violência ou carência.

Aquilo que proponho é, pois, que a concretização da Justiça Social seja cada vez mais entendida, não apenas como a realização de normas, mas como a concretização de uma visão substancialista de Justiça Social. A minha proposta é, então, a de que a despesa pública justa seja ancorada numa ideia geral de protecção do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, tal como ele se vai consolidando na ordem jurídica.

Não se trata aqui de despesismo ou de obrigar o Estado à criação ou a multiplicação contínua de prestações ou subsídios – incompatível com o reconhecimento de uma liberdade de conformação orçamental – mas o de o obrigar continuamente à promoção de esforços – que não são necessariamente sempre traduzíveis em dispêndio público – no que toca ao aumento das potencialidades e do aumento de poder por parte das pessoas.

Defendendo uma visão substancialista da despesa pública, derivada da promoção do desenvolvimento humano, e advogando a existência de um conteúdo mínimo mesmo nos direitos fundamentais *não determináveis*, sustento que o reconhecimento do conteúdo mínimo dos direitos sociais só faz sentido se esses mesmos direitos puderem ter uma leitura dinâmica, reeditando de novo uma certa ideia de proibição de retrocesso: não hesitamos, assim, em afirmar que sempre que o legislador dê



passos na concretização da Justiça Social, no sentido de promover melhorias nas situações concretas das pessoas e de as tirar de situações de vulnerabilidade, deve ficar impedido de colocar as pessoas que estavam protegidas por essa medida numa situação pior do que aquela que já tinha sido encontrada ou até de desprotecção. O objectivo é pois o de impedir que o Estado volte atrás em medidas de protecção às pessoas, em casos que as coloquem em perigo de ficar em situações de submissão, exploração, dominação, violência ou carência.

Esta consideração de um conteúdo mínimo dos direitos sociais, reeditando a proibição do retrocesso, leva-nos até a alargar o âmbito de despesa obrigatória que vislumbramos no seio dos direitos, liberdades e garantias. Aplicando também aí uma visão substancialista que permita ao poder judicial travar a mão do legislador, advogamos que, até mesmo nos casos de restrição desses direitos em que não seja atingido o seu conteúdo essencial, o poder judicial deve poder intervir mais activamente no sentido de garantir a forma como os direitos, liberdades e garantias se vai consolidando no tempo; isto faz com que admitamos que o poder judicial possa ter uma palavra a dizer quanto à reorganização e ao desmantelamento de alguns serviços que o Estado leva a cabo, puramente por razões de poupança (ex. escolaridade obrigatória/ desmantelamento das urgências dos hospitais por razões de poupança)

3.2 Compreensão do Orçamento

A forma como o Orçamento é feito fica também em causa com a perspectiva da despesa pública justa.

Antes de mais, porque à luz deste conceito, o Orçamento passa a ficar sujeito a prioridades que devem ser atendidas. Deixa de se aplicar a lógica que é aplicada até aqui de que só há aumentos de pensões quando se criam folgas orçamentais.

Para além disso, a ideia da despesa pública justa obriga-nos também a rever o entendimento sobre a única fonte de despesa indicada pela Constituição, que é o Orçamento do Estado. Admitimos, desta forma, que os tribunais possam, nalguns casos proferir *sentenças aditivas*, colmatando as falhas do legislador quanto à previsão das despesas que ele deveria ter incluído no Orçamento do Estado, nos termos da despesa imposta pela Constituição ou pela lei. Não obstante a defesa desta ideia, repudiamos todos os excessos que têm sido apontados às *sentenças aditivas* enquanto fontes de despesa: apenas defendemos as *sentenças aditivas* “*a rime obbligate*” à italiana, em casos em que a despesa surge como claramente imposta pela visão que a Constituição sufragou⁹.

3.3 Controlo por parte do Tribunal Constitucional

Em último lugar, destacamos ainda que nem mesmo a forma como encaramos o controlo do Tribunal Constitucional pode ser a mesma depois de considerarmos o conceito de despesa pública justa. De facto, contrariando a tendência de deixar o legislador com a mão livre para decidir sobre o gasto público, a despesa pública justa coloca as decisões orçamentais sob escrutínio jurídico-constitucional. Escrutínio este que deve assentar numa análise das prioridades a que o Estado deve atender e aos recursos disponíveis, de forma a perceber se eles não estão a ser desviados para outras necessidades com menos importância.

Em suma, nada disto significa que a despesa pública não pode continuar a servir os interesses do Estado, como até aqui. O que se impõe é que seja dada uma primazia às despesas que possam aliviar as vulnerabi-

9 MARTINS, 2016, pp. 430-446.



lidades que todos sentimos e que possam contribuir para que as pessoas no substrato do Estado sejam a sua primeira prioridade, de forma a que todos sejam iguais e sejam tratados com igual consideração e respeito.

O futuro do Estado Fiscal Social. O Estado Orçamental na União Económica e Monetária. Desafios democráticos¹

DIOGO FEIO²

Resumo: Este texto pretende sistematizar alguns dos reptos que a União Económica cria aos Estados que nela participam e que se tornaram mais evidentes na sequência da crise financeira iniciada em 2008. Desde esse momento criou-se um conjunto de normas e de intervenções que criaram uma ideia de um Estado Orçamental como evolução face ao Estado Fiscal Social. Entre os desafios salientou-se a necessidade de fazer

1 O texto que agora se publica foi a base da intervenção feita no X Encontro de Professores de Direito Público, realizado nos dias 27 e 28 de janeiro de 2017 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na mesa redonda “Democracia e Justiça Social” sob moderação do Prof. Doutor Jorge Reis Novais e a participação da Prof^ª. Doutora Maria d’Oliveira Martins e Prof^ª. Doutora Cláudia Figueiras. Muito agradeço a possibilidade de participação à Comissão Organizadora deste Encontro, mais precisamente à Prof^ª. Doutora Anabela Leão, Prof^ª. Doutora Ana Gouveia Martins, Prof^ª. Doutora Benedita Mac Crorie e Prof^ª. Doutora Patrícia Fragoso Martins. Termino, homenageando também o Prof. Doutor Jorge Miranda para quem todas as palavras são poucas face à enorme admiração, respeito e consideração que bem merece.

2 feyo@direito.up.pt

Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Rua dos Bragas, 223. 4050-123 Porto
Sérvulo & Associados, Rua Garrett, 64. 1200-204 Lisboa



evoluir a democracia representativa e, simultaneamente, de defender patamares sustentáveis do Estado Social. No fundo, dentro de um cenário de alteração do quadro soberano pretende-se encontrar as soluções que possam sustentar um quadro inter-constitucional mais adequado.

Abstract: *This text aims to systematize some of the challenges that the Economic Union creates to participating States and that became more evident in the wake of the financial crisis that began in 2008. Since then, a set of norms and interventions that have led to an idea of a State Budget as an evolution from the Fiscal Social State have been created. Among the challenges the need to develop a representative democracy and, simultaneously, to defend sustainable levels of the Social State have arisen. Finally, in a scenario of change of the sovereign framework the objective is to find solutions that can sustain an inter-constitutional framework.*

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O Estado fiscal social. Uma forte componente nacional. Evolução democrática; 3 – Evoluções no âmbito da moeda única. O Estado Orçamental; 4 – A crise financeira iniciada em 2008; 5 – O desafio democrático: patamares materiais e formais. Propostas de futuro; 5 – Conclusões

1 – Introdução

Hoje, os Estados da zona euro estão perante um conjunto de desafios amplos. Desde logo, todos os que estão relacionados com a determinação da sua natureza jurídico-política, os limites da intervenção soberana, a sua ligação ao povo e as formas de intervenção democrática num espa-

ção pós-estadual³, bem como todas as consequências que estas questões têm na forma de proteção dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais.

Parece evidente que todos estes desafios ganharam um maior relevo com o aparecimento da crise financeira e elaboração das respostas normativas que foi necessário encontrar para lhe responder. As soluções que se foram encontrando para responder à crise financeira que se iniciou em 2008, ou até os recentes casos de assistência financeira, geraram um conjunto de jurisprudência constitucional interna⁴ que revelou um aglomerado de interrogações que se podem corporizar na limitação da intervenção das regras e instituições europeias face às regras nacionais, em especial as constitucionais.

Mas mais do que a determinação de problemas interessa começar a construir pistas para o futuro. Para esse feito, é óbvio que tem de se começar pela determinação do cenário atual e dos problemas que levanta. Mas mais relevante será entender qual o papel e sustentabilidade que se pode desenhar para o Estado neste início do século XXI, bem como a importância concreta que teve a crise financeira na construção de soluções normativas inovadoras e alteração do quadro jurídico existente. Nesta

3 Numa perspetiva que parte do Tratado Orçamental *vide* MIGUEL POIARES MADURO, *A Crise de Governação Democrática do Euro, Questões Legais e Políticas de uma Crise Orçamental*, in “Relações Internacionais”, n.º 33, 2012, pp. 15 e ss.. Sobre a incapacidade de a União Europeia responder à crise encontra uma lacuna política pois “...o âmbito e o nível de política não acompanharam o âmbito e o nível dos problemas na Europa”.

4 A referência e análise crítica dessa jurisprudência podem ser encontradas, entre outros, em RUI MEDEIROS, *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional*, in “O Tribunal Constitucional e a Crise”, Coimbra, 2014, pp. 263 e ss.



senda, ter-se-á de encontrar a sua relação com o princípio democrático⁵, num cenário de *déficit* de intervenção de instituições representativas⁶ do povo e um *superavit* de soluções baseadas na preponderância de instituições tecnocráticas. Por fim, será possível estabelecer as bases das soluções mais adequadas para o futuro por forma a encontrar um compromisso entre o respeito por princípios essenciais de justiça social e o funcionamento eficaz da zona euro.

2 – O Estado fiscal social. Uma forte componente nacional. Evolução democrática

Durante o século XX consolidou-se a ideia de que existia, e se estava a construir de forma irreversível, um estado fiscal social. Completa-se, desta forma aqui, a expressão usada por Casalta Nabais⁷ - “Estado fiscal” - que centra a sua classificação no facto de a grande maioria dos Estado

5 É muito feliz a definição de democracia feita por MARCELO REBELO DE SOUSA, *Democracia Hoje*, in “XXI Ter Opinião”, n.º 7, 2016, p. 150. De acordo com a posição que expressa “Democracia supõe garantia cumulativa de pluralismo de doutrinas e ideologias, pluralismo de formas de expressão dessas doutrinas e ideologias, direitos fundamentais – pessoais, políticos, económicos, sociais e culturais – e livre designação e controlo dos governantes pelos governados”.

6 MIGUEL POIARES MADURO, *O Superavit Democrático Europeu*, in “Análise Social”, vol. XXXVI (158-159), 2001, pp. 129-130, refere “As comunidades políticas nacionais apresentam um duplo défice democrático: por um lado escapam ao seu controle democrático muitos processos de decisão que os afetam, mas que têm lugar fora das suas fronteiras; por outro lado, as comunidades políticas nacionais excluem da participação e representação nos seus processos de decisão muitos interesses que serão afetados por essas mesmas decisões”.

7 Vide JOSÉ CASALTA NABAIS, *Crise e Sustentabilidade do Estado Fiscal*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, Ano XI, 2014, pp. 95-98, não só definir o conceito de Estado fiscal, como também fazer a sua distinção face ao Estado patrimonial e ao Estado taxador.

terem, como principal forma de financiamento das suas atividades- desde logo, as relacionadas com os direitos sociais-, os impostos.

Assim, considera-se que o Estado para conseguir cumprir as suas funções, designadamente as de natureza social, tem de ter financiamento e esse tem como principal fonte os impostos. Por outras palavras, a solidariedade entre os cidadãos deve ter por fonte financeira essencial esta receita unilateral dos Estados, pois foi com base nessas contribuições que se constituiu o Estado social das sociedades ocidentais. Assim, a realidade factual e normativa que sustenta o Estado social só poderá ser mantida devido à cobrança dos impostos.

Esta vertente financeira está, aliás, intimamente relacionada com um princípio de representação democrática de acordo com a qual *no taxation without representation*. De facto, quer quanto à sua origem, como também quanto ao seu funcionamento ordinário, a determinação dos impostos e a autorização da sua cobrança assumem um papel preponderante no que ao funcionamento dos parlamentos diz respeito. Não é por acaso que a discussão da Lei do Orçamento é entendida como o grande momento do ano parlamentar⁸.

Independentemente de se assistir a uma crescente relevância dos executivos – e do aspeto tecnocrático- no que concerne a todas as matérias de natureza orçamental, o facto é que ainda hoje as matérias tributárias estão intimamente relacionadas com uma ideia de representação dos eleitores e de soberania estadual. Desta forma, é também evidente

⁸ A evolução da relação entre Orçamento e Parlamento em Portugal pode ser vista em TIAGO DUARTE, *A Lei por Detrás do Orçamento*, Coimbra, 2007, pp.89-90, que apesar de referir origens remotas da vertente parlamentar do orçamento, como as Cortes de Leiria de 1254, considera que “será necessário esperar até ao século XIX para se poder falar do primeiro orçamento parlamentar português”.



que os impostos são entendidos como uma espécie de último reduto do poder dos Estados⁹.

Por isso, em termos de integração europeia, a matéria da determinação dos impostos é daquelas que menos se encontra determinada por regras comuns da União Europeia, estando aliás balizada por um princípio de unanimidade¹⁰ que limita a capacidade de se avançar para outros patamares mais avançados de agregação. Ainda hoje, a ideia de um Estado fiscal está intimamente relacionada com um estrito princípio de legalidade, por uma constituição nacional fiscal e, por toda, a simbologia da ideia de soberania fiscal nacional.

Convém, no entanto, ter em atenção que a ideia de que o montante da cobrança de impostos era o limite preponderante para o cumprimento das funções do Estado, curiosamente, começou a enfraquecer com a ampliação, para além de determinados limites, do Estado Social¹¹. O facto de as finanças públicas estarem funcionalizadas de forma crescente a um conjunto amplo de intervenções do Estado, levou a que a despesa pública se tivesse de elevar muito quanto aos seus patamares; se encontrassem novas formas de receita, como o endividamento; a capacidade de cobrança de impostos se tenha aproximado do seu limite; e, o Estado se viesse a transformar cada vez mais num Estado Orçamental em que

9 De acordo com CASALTA NABAIS, *Por Um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Almedina, 2008, pp. 12-15, a noção de soberania, e evidentemente a fiscal, não se pode resumir a situações excepcionais, não se podendo, no entanto, entender de forma absoluta. Numa vertente distinta, vide ALBERTO XAVIER, *Conceito e Natureza de Facto Tributário*, Coimbra, 1972, relacionar o princípio de legalidade fiscal com o conceito de Estado de Direito.

10 Cfr. artigo 113.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

11 A evolução que sucedeu no plano financeiro à volta do Estado Fiscal, quer quanto aos limites materiais, como demográficos e de organização política, é alvo de atenção por JOSÉ CASALTA NABAIS, *Crise...* cit., pp. 101-105.

toda a gestão dos fluxos financeiros e sua utilização no cumprimento das funções do Estado se centra muito na tecnocracia dos Governos¹².

A capacidade de os parlamentos controlarem efetivamente a despesa e terem uma palavra de *indirizzo* quanto aos impostos é crescentemente formal, encontrando-se os verdadeiros poderes materiais, de forma crescente, nas mãos dos executivos. Cada vez mais, os orçamentos correspondem ao programa financeiro dos Governos e os parlamentos cumprem apenas um papel de controlo político de uma aprovação que está naturalmente garantida por uma maioria parlamentar sintonizada com o executivo.

Num plano estritamente financeiro, é muito difícil aos parlamentos o controlo efetivo da despesa que hoje em dia assume patamares muito elevados devido ao nível de funções, em especial as de cariz social, que o Estado vai assumindo¹³. Apesar de esta despesa ter algumas características de rigidez é evidente que quem tem a possibilidade de a controlar - quer pela sua vertente eminentemente técnica, quer pela sua composição mais limitada - é o Governo. Assim, mesmo no plano meramente interno e estadual, o orçamento é cada vez mais um documento com características muito marcadas que sustenta despesas baseadas numa ampla intervenção económica do Estado – devendo assumir cada vez mais uma natureza de médio prazo, ultrapassando a lógica simples de caixa - que redundava também na necessidade de alcançar receitas que

12 Uma referência especial à evolução das finanças públicas pode ser vista em AN-TÓNIO SOUSA FRANCO, *Dez Anos de Evolução do Direito Financeiro Português*, in <https://portal.oa.pt>, pp. 674 e ss..

13 Este movimento resulta em modificações no conceito de equilíbrio orçamental e em recurso alargado ao crédito público. Neste sentido, JOÃO CESAR DAS NEVES et. Al., *Será a Imposição de Limites ao Défice Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social?*, in “Revista de Direito e Política”, n.º 3, 2013, p. 113.



passam por um quase contínuo aumento da carga fiscal e uma vertente creditícia muito marcada.

3 – Evoluções no âmbito da moeda única. O Estado Orçamental

Este movimento gerou uma necessidade, sentida de forma acentuada a partir dos anos 90 do século passado, de tomar em especial atenção a sustentabilidade financeira¹⁴, seja pela necessidade de sustentar a dívida pública, seja pela determinação de limites ao défice orçamental. Esta vertente foi marcada recentemente com o aparecimento do *six pack* e do Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária (Tratado Orçamental) que vieram sublinhar a necessidade de cumprir as metas relativas à dívida pública e de conter o défice estrutural¹⁵.

Independentemente da razoabilidade concreta ou não de tais limites, e da sua adequação aos diferentes Estados que compõe a União Económica e Monetária, o que parece evidente é que essa sustentabilidade das finanças públicas se assume como um limite à intervenção dos Estados da moeda única que cada vez mais são Estados Orçamentais Limitados, seja por via das regras da União Europeia, das regras originadas em Tra-

14 Sobre as várias dimensões da sustentabilidade, em especial sobre a vertente económico-financeira, social e político-jurídica *vide* JOSÉ CASALTA NABAS, *Crise... cit.*, pp. 117-118. Destaca-se a ideia de que a sustentabilidade social não pode permitir uma situação de "...sobrevivência condigna apenas de alguns, reduzindo os restantes à situação de miséria seja esta imposta ou consentida".

15 De acordo com a alínea a) do n.º 3 do artigo 3.º do Tratado Orçamental o saldo estrutural é o "saldo anual corrigido das variações cíclicas e líquido das medidas extraordinárias e temporárias."

tados Internacionais (como o Tratado Orçamental), ou de regras de natureza interna em que se assumem os critérios europeus¹⁶.

Esta ideia de sustentabilidade financeira e orçamental dos Estados - que é necessária para que possam de forma estável cumprir as suas funções – é especialmente relevante quando se está numa zona económica única, corporizada por uma moeda única¹⁷. Parece evidente que numa zona económica e monetária única as decisões que os Estados vão tomando têm externalidades positivas ou negativas nas situações de outros Estados e da zona como um todo. Assim, a sustentabilidade ou não das finanças de um determinado Estado não se fica por efeitos endógenos, assumindo, antes, resultados exógenos.

Convém tomar em atenção que essa sustentabilidade tem duas perspetivas: uma que tem a ver com a dimensão de equilíbrio da estrutura dos serviços públicos e uma segunda que tem a ver com a eficiência da sua gestão e que está totalmente dependente da primeira. Logo, se é mais do que pacífico que a eficiente gestão dos serviços públicos está intimamente relacionada com direitos sociais constitucionalmente consagrados, não se pode esquecer que a condição de sustentabilidade financeira para os alcançar deverá ter, no plano material, idêntica natureza jurídica. Assim, a sustentabilidade financeira deve corporizar-se em sustentabilidade social que apenas é alcançada pelo Estado na estrita medi-

16 Entre outras convém ter em atenção o artigo 20.º da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 151/2015 de 11 de setembro) que quanto à regra do saldo orçamental estrutural determina que o objetivo orçamental de médio prazo é o determinado pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento e que a metodologia para determinar a forma de apurar p saldo estrutural é a do mesmo Pacto.

17 Sobre as vantagens e desvantagens de uma moeda única, em geral e especificamente para Portugal – vide MANUEL PORTO, *A Dimensão Espacial da União Monetária*, in “A União Europeia”, Coimbra, 1994, pp. 63 e ss..



da em que o Estado disponha dos meios para o efeito¹⁸. Com isto não se pode esquecer que a necessidade de equilíbrio social passa sempre por uma situação em que a efetivação dos direitos sociais tem de impedir a desumanização dos mais ricos e dos mais pobres. Hoje os direitos sociais têm de cumprir com a defesa intersocial e inter-geracional devendo ambas as dimensões ter uma natureza constitucional indesmentível.

Deste modo, hoje a ideia de sustentabilidade tem de juntar uma visão macro pela qual se consideram as despesas e as receitas e uma outra micro que considera a eficiência na gestão das políticas públicas. No fundo, a ideia de sustentabilidade tem de considerar as duas vertentes e atingir entre as mesmas um equilíbrio que terá de passar pela vontade do povo de acordo com princípios de equilíbrio social e inter-geracional.

Existem, então dois grandes desafios. Um primeiro, que está rela-

18 Esta questão gerou diferentes opiniões à volta da “jurisprudência constitucional da crise”. Diferentes opiniões, e posições jurídicas, foram assumidas sobre as posições que o Tribunal Constitucional foi tomando sobre diferentes diplomas legislativos relacionados com matérias fiscais e de pensões. Sob o ponto específico dos direitos sociais JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional, Resposta aos Críticos*, Coimbra, 2014, p. 141, resume a questão em causa a perceber se “As restrições os direitos sociais devem ser sujeitas a um controlo denso, exigente, típico dos direitos fundamentais, ou a um mero controlo de evidência?”. Mais à frente, o mesmo autor, p. 145 responde à questão considerando “...quando há Constituição em sentido formal...as normas constitucionais, todas elas, sem exceção, prevalecem sobre a lei, são resistentes ao legislador, se a lei as atacar, elas resistem. Logo, também por definição, os direitos sociais protegidos por essas normas constitucionais (como são o direito à pensão, o direito à retribuição ou o direito ao trabalho) são resistentes ao legislador”. Por muito que possam ser limitados, o controlo sobre a justificação deve ser feita pelo Tribunal Constitucional. Num sentido distinto, e sob uma perspetiva mais restrita, JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: entre o Transitório e o Permanente*, in “O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos” (org. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO / LUÍS PEREIRA COUTINHO), Coimbra, 2014, p. 201, sobre as medidas de cortes às pensões refere “Terminado o ciclo do Império é tempo de montarmos novo filme coletivo, com os necessários cortes (no uso arquitetónico do termo) que permitam também a reconstrução da esfera da socialidade, em regime de solicitude e solidariedade”.

cionado com a noção de sustentabilidade que tem sido afirmada na sequência da crise económico-financeira e que sublinha a ideia já avançada entre a exequibilidade das medidas e o limite aceitável de endividamento e de défice. Um segundo de sustentabilidade jurídico-política que se consubstancia na necessidade de uma vertente democrática na determinação das decisões públicas. É agora a ocasião de olhar com mais atenção para estas duas vertentes.

4 – A crise financeira iniciada em 2008

Na sequência das dificuldades geradas com a situação do *subprime* originada nos Estados Unidos da América, a zona euro, e também a União Europeia, foi confrontada com uma crise das dívidas soberanas de alguns dos seus Estados¹⁹. Nessa ocasião, partindo de alguns casos de situações orçamentais fora de controlo e de quebras evidentes de competitividade, evidenciou-se a existência de efeitos exógenos- corporizados numa situação de falta de confiança- que tendo origem em alguns dos seus membros se abateu sobre toda a zona²⁰ com uma consequente dificuldade

19 MATTIAS KUMM, *Democratic Challenges Arising from the Eurocrisis. What Kind of a Constitutional Crisis is Europe In and What should be Done About It?*, in “Challenges of Multi-tier Governance in the European Union Effectiveness, Efficiency and Legitimacy”, Parlamento Europeu, p. 127, revela as perplexidades geradas pela crise, começando mesmo pelas diferentes formas como a mesma deve ser conhecida.

20 Esta visão é assumida por MIGUEL POIARES MADURO, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, in “Challenges of Multi-tier Governance in the European Union Effectiveness, Efficiency and Legitimacy”, Parlamento Europeu, 2012, pp. 31-32, como sendo a visão maioritária quanto à crise. No entanto, refere uma segunda visão de acordo com a qual “The crisis is a product of unfettered capital flows” que terá criado uma bolha de crédito originada em empréstimos dos Bancos do Norte da Europa para vários Membros da União Europeia, sobretudo do Sul que injetando liquidez geraram taxas de juro baixas e geraram mais tarde uma situação de dificuldades e descontrolo.



generalizada de crescimento económico. Sucede que em concreto a nível europeu, a crise apareceu numa ocasião em que os critérios do Pacto de Estabilidade e Crescimento eram cumpridos de forma muito exígua – este passava aliás por uma grande dificuldade de credibilidade – e em que inexistiam por completo os meios de auxílio quanto aos Estados que estavam com dificuldades de liquidez e de credibilidade financeira²¹.

Este momento demonstrou, de uma forma muito evidente, a existência de uma clara insuficiência e inadequação institucional com consequentes dificuldades na determinação e execução das opções políticas e económicas²². De facto para além de um poder político difuso entre diferentes presidências, existia um conflito latente entre o modelo inter-governamental e o mais comunitário, sendo evidente que sobressaiam as instituições de natureza tecnocrática como o Banco Central Europeu²³ e o Tribunal de Justiça da União Europeia. O primeiro na determinação da política monetária que se impõe aos Estados da zona Euro. O segundo na construção de uma jurisprudência negativa que vem determinando limites à intervenção dos Estados, suprimindo, muitas vezes, as limitações de algumas políticas da União Europeia, como a fiscal²⁴.

21 Uma visão crítica da organização da zona Euro, seja no plano institucional, seja no económico ou financeiro, é desenvolvida por CATHERINE MATHIEU / HENRI STERDYNIK, *Crise da Zona Euro: É Urgente Mudar a Europa*, in “Perspetivas para Uma Outra Zona Euro” (Organização JÚLIO MOTA / LUÍS LOPES / MARGARIDA ANTUNES), Coimbra, 2014, pp. 106-113.

22 Esta linha de raciocínio é também seguida por PAULO DE PITTA E CUNHA, *A Europa e a Crise das Dívidas Soberanas*, in “Sombras sobre a Integração Europeia”, Coimbra, 2013, pp. 293-295.

23 Em específico sobre o Banco Central Europeu e a sua função de preencher uma lacuna de natureza política vide KENNETH DYSSON, *Sworn to Grim Necessity? Imperfections of European Economic Governance, Normative Political Theory and Supreme Emergency*, in “Journal of Economic Integration”, vol. 35, n.º 3, 2013, p. 221.

24 Neste sentido vide BEN TERRA / PETER WATTEL, *European Tax Law*, 2012.

É também aqui que se coloca, em íntima relação com os factos da crise, um problema de aplicação do princípio democrático. De facto, as decisões de natureza orçamental, financeira e económica, relativas a um Estado que pertença a uma zona monetária única não têm efeito apenas dentro das fronteiras estatais, assumindo também consequências sobre os restantes Estados²⁵. Como é sabido existem efeitos que são verdadeiramente incontroláveis e com consequências incomensuráveis. É também em relação a estes que existe uma dificuldade no controlo de natureza democrática, e em específico orçamental.

Quando esses impactos são negativos será naturalmente necessário utilizar elementos comuns de equilíbrio, como um orçamento geral que poderá assumir um efeito de compensação interestadual²⁶. No entanto, a União Económica e Monetária não tem esse elemento, pois a relação entre o seu peso e o produto gerado nos diversos Estados é ínfima, gerando uma situação de fraca integração e solidariedade económica²⁷. No fundo, este é mais um elemento que demonstra um grande desequilíbrio entre a política monetária e a económica.

Foi precisamente na sequência dessa diferença que se gerou uma “espiral diabólica”. Perante a crise financeira global, muitos Estados tiveram de auxiliar os seus Bancos que perante perdas astronómicas corriam

25 Sobre este movimento e as suas origens *vide* PAUL DE GRAUWE, *Economic of Monetary Union*, 2014, pp. 9 e ss.

26 BENEDICTA MARZIUNOTTO, *The Long Term EU Budget: Size or Flexibility*, in “Bruegel Policy Contribution”, n.º 20, 2012, pp 1-2, coloca a tónica essencial do Orçamento Europeu na sua flexibilidade.

27 Num sentido um pouco diferente, BENEDICTA MARZINOTTO, *The Long-Term EU Budget: Size or Flexibility*, in “Bruegel Policy Contribution”, n.º 20, 2012, pp.1-2, mais do que a dimensão, realçam quanto ao orçamento europeu, a necessidade de flexibilidade e meios de controlo.



verdadeiros perigos de viabilidade. Por outro lado tentou-se estimular a economia através do Programa Europeu de Recuperação da Economia e de estímulos de curto prazo. Esse programa gerou um assinalável crescimento da despesa pública com um conseqüente descontrolo das contas públicas e endividamento de alguns Estados. Nessa circunstância, os juros a pagar por dívida adicional subiram, os patamares de confiança na solvabilidade de alguns Estados iam descendo, e a possibilidade de *default* tornou-se cada vez mais real²⁸. Foi já nesse limite que tiveram de se encontrar meios de auxílio para os Estados em dificuldades.

Na seqüência dos efeitos concretos devidos a essa espiral foi-se determinando um conjunto de alterações de natureza normativa relativamente ampla. O *six pack*, o *two pack*, o Tratado Orçamental ou o Tratado do Mecanismo Europeu de Estabilidade, demonstram que se tentou por várias vias criar o corpo de regras necessárias para resolver as questões de urgência que se tinham criado por via da crise financeira²⁹.

Assim, foram fortalecidas as regras do pacto de estabilidade e crescimento; a determinação de elementos que geraram uma maior relevância quanto ao déficit estrutural; criados novos instrumentos como os relativos ao equilíbrio macroeconómico; previstas regras relativas ao ajustamento de certos Estados, como sejam as relativas ao Mecanismo Europeu de Estabilidade. Para este efeito tanto foram utilizados instrumentos

28 Uma descrição da crise e dos diferentes patamares em que se encontravam os Estados Europeus no seu início pode ser encontrada em MARIA GRAZIA ATTINASI / NADINE LEINER-KILLINGER / MICHAEL SLAVIK; *The Crisis and the Sustainability of Euro Area Public Finances*, in "ECB Occasional Papers", n.º 109, pp 52-54.

29 Uma visão crítica sobre o Mecanismo Europeu de Estabilidade e todas as suas insuficiências pode ser vista em MIGUEL POIARES MADURO, *A New Governance* cit., p. 40, que destaca a sua limitação quanto aos fundos, e a sua excessiva dependência dos Estados.

de direito secundário da União Europeia como Tratados entre Estados³⁰. Todo este movimento demonstrou que foi necessário criar, com urgência, soluções que ainda assim são insuficientes, por serem pontuais, para uma resposta sistemática e robusta a situações de crise³¹.

Ficou nessa ocasião bem demonstrado que existe entre os Estados um problema de transferência da sua soberania³². Por essa razão foi difícil encontrar soluções que se impusessem através de instrumentos jurídicos gerais e não através de tratados, bem como superar a manutenção de diferenças claras entre a política monetária e a política económica. Mesmo quanto à política orçamental, independentemente do sublinhar da necessidade de coordenar, e sobretudo limitar, as determinações internas- através de regras mais claras quanto aos limites, e aos poderes de controlo das previsões nacionais- parece evidente que falta uma linha política única que seja determinada por uma única instituição europeia.

Esta questão da transferência de soberania acaba por assumir uma enorme relevância na doutrina e jurisprudência constitucional. Veja-se para este efeito a vontade assumida pelo Tribunal Constitucional alemão de demarcar uma doutrina de consentimento soberano para os vários

30 De acordo com a posição de PAUL GRAIG, *The Stability and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, in "Legal Research Paper Series University of Oxford", n.º 47/2002, pp. 247-248, a determinação de diferentes instrumentos normativos acaba por gerar complexidade e maior dificuldade de funcionamento.

31 Essa resposta segundo MIGUEL POIARES MADURO, *A Crise...* cit., p. 21, resalta a necessidade de se caminhar para a admissibilidade de fortalecer os recursos próprios da União Europeia como uma resposta estrutural aos diversos problemas que vão sendo colocados.

32 Esta dificuldade que gera uma situação de equilíbrio entre uma vertente negocial e a necessidade de respostas rápidas acaba por gerar uma situação de preponderância por parte de um conjunto de Estados, ou até de um só. Nesse sentido, vide, SIMON BULMER / WILLIAM PATTERSON, *Germany in the European Union: Gentle Giant or Emergent Leader*, in "International Affairs", vol. 72, n.º 1, 1996, pp. 9-32.



desenvolvimento que se têm vindo a sentir. No caso português, o Tribunal Constitucional foi, no circunstancialismo da crise, demarcando uma linha entre a relevância da conjuntura e o necessário respeito por um conjunto de princípios constitucionais³³. Em ambos os casos foi feita uma afirmação da Constituição como expressão da soberania do povo (no caso nacional com uma tolerância quanto à relevância normativa das determinações orçamentais e financeiras relativas á zona euro que foi diminuindo com o avançar do tempo³⁴).

Quanto a esta matéria, convém, desde já, assumir a opinião de que a crise não criou uma mera situação de “estado de necessidade constitucional”. Pelo contrário parece que se deve argumentar, ou pelo menos pode, com o aparecimento uma nova fase constitucional.

De facto, a interpretação das normais constitucionais, durante e depois da crise, não pode ser feita sem que se considere a realidade subjacente ao fenómeno de globalização, especialmente num espaço de uma moeda única³⁵. No plano europeu é precisamente na zona euro que cada vez mais as interligações entre as situações económicas dos diferentes Estados são evidentes e o descontrolo da influência dos fatores externos evidentes. Por essa razão, a interpretação do texto constitucional tem

33 Sobre esta matéria deve-se tomar em atenção o excelente artigo de MARIA BENEDITA URBANO, *A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade, in “O Tribunal Constitucional e a Crise”, Coimbra, 2014, p. 23. Ao analisar a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional afirma que a linha de liberdade de conformação do legislador se foi desvanecendo.*

34 RUI MEDEIROS, cit., pp. 278-283, refere a existência de um “novo dirigismo constitucional.

35 Esta ideia pode ser encontrada em MORITZ RENNER, *Death by Complexity – the Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society, in “The Financial Crisis in the Constitutional Perspective – the Dark Side of Functional Differentiation, Oxford, 2011, p. 93.*

de ser cada vez menos atomista e cada vez mais integrada numa lógica equilibrada mais global. Cada vez mais, a concreta aplicação das normas não se contém dentro das fronteiras territoriais.

Em jeito de resumo, e para além da necessidade de considerar os problemas constitucionais de forma transnacional, existe uma dificuldade evidente na forma de orientar a economia europeia, pois, desde logo, não existe um domínio normativo verdadeiramente efetivo sobre as políticas orçamentais nacionais. Esta debilidade acaba por vir a salientar, e até extremar, diferentes interpretações sobre a melhor forma de sustentar patamares aceitáveis do Estado Social³⁶.

De facto, esta crise acentuou uma circunstância de crescimentos débeis e colocou uma questão clara entre o respeito pelos direitos adquiridos e a sua proteção futura face à necessidade de ultrapassar a debilidade da situação financeira e o desequilíbrio evidente entre despesas a efetuar e receitas arrecadadas pelos diferentes Estados. Uma conclusão é certa, a forma de responder a estes dois pilares exige de forma crescente a necessidade de Estados sustentáveis.

Os anos seguintes a 2008 demonstraram a impossibilidade de os Estados da União Económica e Monetária, sozinhos, enfrentarem a crise e de os mercados por si se autorregularem. As determinações normativas relativamente a orçamento, impostos, e matéria económica que são ne-

36 Esta diferença é salientada de uma forma muito clara por EDUARDO PAZ FERREIRA, *Por uma Sociedade Decente*, Lisboa, 2016, p. 77. O autor considera numa visão crítica do estado do Estado Social "... a globalização...está apenas a servir para dominuir a capacidade de ação política e para fragilizar os apoios sociais existentes, em face do *dumping* social praticado em vários países que alguns autores, como Mireille Delmas-Marty, com grande optimismo, tendam a pensar que a globalização acabará por levar esses países a aproximarem-se do modelo social europeu."



cessárias não são autossustentáveis numa base soberana³⁷. Quer a globalização, quer a moeda única põe a nu essa evidência, demonstrando-se que os ordenamentos jurídicos nacionais são cada vez mais parciais, necessitando de uma de uma integração num plano inter-estadual, no caso o europeu³⁸.

Os objetivos estaduais devem passar agora por estabilidade, coordenação e sustentabilidade num quadro de governação e com um quadro constitucional diferente³⁹ perante os avanços que foram feitos quanto à União Orçamental, à União Bancária, à União Económica e aos mecanismos de auxílio dos Estados. Como foi referido, a realidade constitucional é hoje outra.

A governação que corresponde à determinação e aplicação das políticas europeias num estádio determinado e concreto da evolução do exercício do poder executivo coloca grandes questões, pois ainda se encontra num estado longínquo face à perfeição do exercício do poder que exigiria uma união política, mas não deixou de se desenvolver apesar de se encontrar perante obstáculos que não se perspetivam fáceis de ultrapassar. Entre os seus principais desafios estão as ideias de transferência

37 Esta questão esta pressuposta na análise feita por MIGUEL POIARES MADURO, *A Crise... cit.*, p. 19, quando refere que as externalidades das opções políticas que se vão tomando e que a resolução dos problemas nacionais ainda depende em larga medida da política nacional.

38 Uma referência deve ser feita, por todos, ao pensamento de EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Europa de Schuman à Não Europa de Merkel*, Lisboa, 2014, pp. 124-126. De acordo com o autor, após referir que para alguns a moeda única passa de um processo de cooperação reforçada, é importante lembrar que “As experiências históricas mostram, aliás, que a unificação económica não se fez sem uma unificação política que a sustentasse.”

39 Esta alteração de quadro constitucional tem, segundo alguns autores, de ser vista com cautela, pois não existe uma refundação total. Neste sentido, B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation*, in “European Constitutional Law Review”, n.º 11, 2015, pp. 434-457.

dos poderes soberanos e a de um novo quadro constitucional que gere um equilíbrio inovador.

Apesar de tudo, a relação entre direito e decisões políticas vai manter relevância neste momento de encruzilhada transnacional. Certo é que a margem de discricionariedade legislativa dos Estados em geral, e da União Económica e Monetária em especial, se vai tornando cada vez mais estreita.

O diálogo constitucional é que terá de se alargar, afirmando um balanceamento entre as ideias de sustentabilidade financeira, direitos adquiridos e equilíbrio intergeracional, num ambiente de compromisso democrático. A ideia de Estado de Direito Democrático terá de ser transposta e aplicada a um novo espaço geográfico, económico e jurídico. É certo que existe um desafio que se coloca perante a confiança que de forma crescente vão gerando as decisões de instituições tecnocráticas face ao domínio do diálogo democrático, com falhas sistemáticas da política europeia.

No entanto, a maior dificuldade de enquadramento democrático está relacionada com o facto de decisões orçamentais, fiscais e económicas de um Estado terem efeitos incontrolláveis noutros. Se isto é verdade numa época de globalização, ainda é mais marcado num espaço europeu de uma moeda única. De facto, os fatores externos não controláveis multiplicam-se. É precisamente este o grande desafio democrático que a crise deixou como legado. Se se alterou a forma de intervenção soberana e o valor das constituições nacionais tem de se encontrar um patamar democrático que possa, ao contrário do que hoje parece suceder, vir a sustentar esta nova realidade e suas necessidades.



5 – O desafio democrático: patamares materiais e formais. Propostas de futuro

Como tem sido referido o grande desafio democrático que se coloca hoje em dia em relação aos Estados que compõem a União Económica e Monetária sustenta-se na existência dos efeitos automáticos que as decisões de certos Estados têm na situação de outros. Esse facto escapa ao controlo democrático e causa uma enorme perplexidade entre os eleitores.

Para além deste plano material e geral há também um outro, concreto, que se refere à governação aos seus procedimentos e à falta de opções institucionais claras. Hoje não é evidente no plano europeu qual a opção normativa que se toma quanto à forma de afirmação dos direitos fundamentais e o modo de representação política⁴⁰. Para que não se fale de erosão democrática ou de défice democrático vai ter de se aperfeiçoar as previsões normativas e a intervenção da governação⁴¹.

Neste âmbito existem desafios especialmente relevantes, desde logo, quanto à amplitude e aplicação dos direitos de natureza social e do princípio da justiça social⁴². As ocasiões de recessão económica ou de baixo

40 A representação política está hoje em mutação e tem pela frente vários desafios. Um deles tem a ver com a vertente emotiva que cada vez mais é evidente no que concerne à relação entre cidadãos e os atores do poder político. Neste sentido, falando mesmo de uma erosão que ameaça a eficácia institucional da representação *vide* MANUEL ARIAS MALDONADO, *La Democracia Sentimental, Política y Emociones en el Siglo XXI*, Barcelona, 2016, p. 21.

41 É precisamente por esta razão que num plano distinto, se afirma que o estudo do Governo Económico da zona euro passa por uma institucionalização que é progressiva. Este movimento gera uma integração pluridimensional fragmentada. Sobre a fragmentação do Governo Económico G. NAPOLITANO, *The Fragmentation of Economic Governance of Europe*, in “The New Economic Governance”, 2012, pp 21-22.

42 A inserção no relatório dos cinco presidentes *Concluir a União Económica e Monetária*, Comissão Europeia, Bruxelas, 2015, do objetivo de dotar a União Europeia

crescimento duradouro levantam geralmente problemas desta natureza. No entanto, o facto de se estar perante uma realidade altamente globalizada, e muito em especial perante uma zona monetária que tem claras falhas quanto à sua perfeição, junta a este plano genérico um conjunto de questões de ligação entre decisões políticas – ou decisores políticos – e os cidadãos que apenas amplificam um quadro que se vai repetindo com as evoluções naturais dos ciclos económicos. É precisamente essa junção que cria um novo quadro de desafios que é necessário não só conhecer, analisar e perspetivar para o futuro.

O Estado social, tal qual o conhecemos baseia-se na ideia de atuação do Estado na economia; numa subordinação da despesa pública face às exigências de intervenção do Estado; e, numa necessidade alargada de arrecadação de receitas. Ora esse quadro é cada vez menos determinado de forma exclusiva pelos poderes estaduais e a dificuldade de manter sem mais estes patamares, que se agudizou em 2008, mantém-se ainda hoje como um problema por resolver. A tensão entre um Estado Orçamental Limitado e o Estado Social tem-se agudizado. Mais do que uma terapia absoluta, parece evidente a necessidade de associar a existência de uma economia de mercado, o Estado de Bem-estar e a democracia defendendo-se, assim um modelo que muitas vezes parece estar ameaçado⁴³.

de uma dimensão social gerando um espaço de “Triplo A económico, financeiro e social”, é bem demonstrativo da relevância do desafio em causa e da necessidade de conciliar perspetivas diversas.

43 A ideia de que é necessário dotar a reforma da governação económica de instrumentos democráticos é considerada por MIGUEL POIARES MADURO, *A Crise...* cit., p. 21, como essencial. Chega mesmo a afirmar que “O pior que pode acontecer é a União continuar a ignorar a dimensão democrática do que está a suceder e o seu impacto na legitimidade social do processo de integração europeia.”



Fenómenos como a ampla liberdade de estabelecimento e de circulação empresarial; a perda crescente de soberania económica estadual; as limitações orçamentais; o desaparecimento da política monetária estadual; a impossibilidade de os Estados se endividarem para além de certos limites; as dificuldades de coercibilidade das normas europeias; a débil representação dos cidadãos na governação europeia; e a distância face às políticas europeias não pode resultar num desmantelar no Estado Social. Pelo contrário deve levar à sua transformação e adequação a uma nova realidade. A União Económica e Monetária deve ser um espaço para a sua aplicação renovada e a origem da sua afirmação a um nível global.

As bases deste movimento devem passar pela afirmação da dignidade dos direitos sociais numa perspetiva de unidade e num espaço geográfico alargado. A admissibilidade destes pressupostos exige que se determine uma densificação legislativa e a defesa da aplicação dos direitos sociais numa lógica de sustentabilidade financeira e de equilíbrio inter-geracional. Só assim se pode fazer uma defesa e aplicação duradoura deste princípio essencial e constituinte das sociedades modernas e ocidentais.

Neste plano, a opção acima exposta vai ter, naturalmente, consequências sobre a forma como se exercem os poderes democráticos. Por um lado, parece natural que se possa reforçar a necessidade de constitucionalidade das normas, mas por outro esta vertente tem de assumir uma vertente menos soberanista. Assim, terá de se aceitar uma pluralidade de fontes constitucionais materiais e fazer a sua síntese, aceitando-se a existência de patamares multinível, em relação aos quais será necessário ter uma visão global e não parcelar.

Para esse efeito, o legislador deverá tomar um papel central aceitando a necessidade de ponderação e equilíbrio de valores diferenciados.

De facto se o legislador passasse, a nível europeu, a funcionar de uma forma uniformizada ou pelo menos em rede, o peso de uma jurisprudência, em especial constitucional, negativa e limitativa seria bastante reduzido, limitando-se a um papel unificador em relação a lacunas de regulação que deverão ser residuais. Logo, com esta solução, estaria a ser dado, de uma forma mais ativa, um passo para um novo equilíbrio entre o Princípio do Estado de Direito e a democracia⁴⁴.

Claro é que os desafios não se ficam por aqui. A limitação do poder, o futuro do poder soberano, e a governação (sem governo) são outros. De todo o modo, parece evidente que a questão essencial se coloca na falta de uma cultura política europeia partilhada⁴⁵ e na necessidade de encontrar uma forma de ligação do povo face às políticas determinadas por atores políticos cada vez mais distantes.

De facto, o quadro soberano que tanto marcou o último século está a alterar-se. Hoje a soberania é cada vez mais simples e menos autónoma, ou ainda melhor, é cada vez mais evidente a necessidade de solidificar uma capacidade de interagir com outras comunidades políticas, auxiliar na construção e determinação de regras comuns e de partilhar a determinação das condições de vida numa escala global. Tudo isto, mais uma vez, é mais complexo no espaço europeu, ou melhor da moeda única, em

44 A relação entre a democracia europeia e a nacional entendida num plano de continuidade e autonomia recíproca é feita por FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997, pp. 65-66. É muito interessante a ideia que a "...democracia nacional, ela própria em crise, que necessita de canalizar os seus impulsos para a esfera transnacional através de uma continuidade democrática que lhe permita recuperar o controlo de um poder mais difuso".

45 THIERRY CHOPIN / JEAN-FRANÇOIS JAMET, *Europe and the Crisis: What are the Possible Outcomes? Collapse; Status Quo the Continuation of Integration*, in "European Issues", Fondation Robert Schuman, n.º 219, 2011, pp. 6-8, defendem que essa partilha se pode estabelecer ao nível dos parlamentos nacionais e europeu.



que há necessidades crescentes de transferência de soberania, em que existe um pluralismo constitucional excessivo, em que existe uma falta grave de sintonia entre as políticas e o povo, e em que se determinou a existência de uma moeda que necessita urgentemente de uma união política sólida⁴⁶.

De uma forma mais resumida, tem de se encontrar quadros de funcionamento de exercício do poder político que não se apliquem a um elemento pessoal uniforme, logo que não tenha como base o Estado e, por consequência, a elemento democrático tal qual tem sido aplicado nesse quadro meramente nacional. Uma solução de alteração radical dos pressupostos (que seria a mais eficaz, mas precisava de uma alteração aos Tratados) necessitaria de tempo para ser entendida⁴⁷. Assim, deve-se caminhar para uma solução intermédia que vá conquistando os cidadãos eleitores e gerando novas formas de exercício do poder político democrático.

Como já foi referido, hoje a democracia nacional não consegue controlar muitas das decisões com impacto na sua esfera mas que são geradas noutros espaços e que têm efeitos no seu círculo de forma irreversível. Este processo de desnacionalização em que se perde o controlo democrático interno exige que se passe para novos patamares e depressa se conclua pelo modo de articulação com os espaços transnacionais.

46 De acordo com NICHOLAS KALDOR, *Conflicts in National Economic Objectives*, in "The Economic Journal", vol. 81, n.º 321, 1971, pp. 1-16, existe uma ligação entre união política e união monetária. Na sua opinião estabelecer a última antes da primeira redundava no fracasso de ambas.

47 Neste plano o temor democrático baseado dos percalços já sentidos em referendos tem marcado a dificuldade em caminhar para grandes alterações ao direito primário europeu.

Esta até é uma forma de conquista de poder por parte dos Estados-Nação num espaço político mais vasto. Ou se quisermos uma nova forma de exercício do poder político que cada vez mais se estrutura por diferentes camadas de baixo para cima em que o elemento representativo se vai esbatendo ou modificando⁴⁸.

A distância crescente entre representantes e representados e a menor capacidade de controlo do conteúdo e dos efeitos das decisões são de facto problemas que têm de ser resolvidos numa lógica de alargamento dos procedimentos democráticos para além das fronteiras nacionais, passando o poder político a estar confrontado com questões do substrato pessoal nacional e europeu.

Como também existem problemas de representatividade democrática a nível nacional – não indo mais longe com os amplos níveis de abstenção eleitoral que existem-, mais uma vez o tema que se está a tratar é em muito uma ampliação de questões já existentes.

Comece-se, então, pela legitimação do poder. Esta vai depender do nível de proximidade, compromisso, e até de satisfação, dos cidadãos face às medidas políticas tomadas. Quanto a essa matéria, o tratamento

48 Num interessante artigo ANTÓNIO VITORINO, *Os Novos Titãs*, in “XXI Ter Opinião”, n. 7, 2016, pp. 36-38, para além de desenvolver o tema da crise de lideranças sob a ótica de um escrutínio público cada vez mais intenso, refere a necessidade de se entender o controlo democrático numa lógica de alteração do espaço operativo da política fruto da globalização, e em especial do processo de integração regional que é a União Europeia. De acordo com a sua opinião “as expectativas de transformação da realidade geradas por uma retórica discursiva que não incorpora as limitações decorrentes das interdependências agrava o fosso entre compromissos assumidos e resultados produzidos pela acção política.”, este facto leva a que a discussão sobre a integração europeia se deva intensificar no plano nacional, seja quanto aos aspetos económico-financeiros, como também quanto aos sociais e políticos. A integração dos temas europeus no debate político nacional demonstra ser cada vez mais premente para afirmar verdadeiras lideranças europeias.



das questões de justiça social, a sua explicação e a adoção de medidas realistas, mas eficazes, será essencial para se trilhar esse caminho e começar a ultrapassar a distância face aos assuntos políticos de natureza europeia.

Este é um percurso em que quanto ao procedimento geral terá de ser de compromisso entre a participação efetiva dos Estados em meios transnacionais⁴⁹, de manutenção possível da autodeterminação nacional, e de aplicação de uma representatividade adequada. Será um percurso com uma dinâmica inovadora, pois a possibilidade de fechar o poder num patamar meramente nacional não resolve, pois, como está bem comprovado, a realidade das externalidades continuar-se-á a impor.

Quanto à representação, não existindo um caminho abstratamente perfeito para o exercício do poder político democrático o melhor será, em primeiro lugar, gerir a participação, direta e indireta, que já hoje é permitida pelo Direito da União Europeia, ou pelo Direito da União Económica e Monetária. Como é evidente aqui, face ao modelo nacional, a ideia de representação terá de ser mais difusa.

As eleições que existem são para o Parlamento Europeu, mas o número de representantes a eleger em cada Estado é, naturalmente, menor face aos eleitos para cada parlamento nacional; os poderes desta câmara são diferentes face ao das nacionais⁵⁰; e a distância de represen-

49 ANA GUERRA MARTINS, *O Tratado de Lisboa – Um Passo em Frente ou Atrás no Sentido de Constitucionalização da União?*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia”, vol. IV, Coimbra, 2010, p. 601, referia que o Tratado não deveria ser caracterizado como Constituição. Admite, no entanto, que a “coisa” existe devendo ser designada como “constituição transnacional”.

50 FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2015, pp. 401 e ss, refere que Parlamento Europeu, Conselho e Comissão Europeia exercem o poder de decisão comunitário diretamente. Este modo de intervenção só por si demonstra as diferenças face ao procedimento de decisão nacional.

tados face a representantes é assinalável. Por outro lado, no Conselho, os Governos vão defendendo os interesses nacionais, mas como é sabido a sua legitimidade é indireta. Por fim, na Comissão Europeia, o verdadeiro executivo a nível da União Europeia⁵¹, a ligação entre Comissários e uma lógica de interesse nacional é distante.

Para além destas diferenças de representatividade, é evidente que o modo de exercício do poder político a nível Europeu é imperfeito face ao nacional e que são necessárias alterações profundas para construir uma união política - tão necessária para o efetivo funcionamento da União Económica e Monetária. É certo que hoje não existe o *animus* político e social para proceder a modificações radicais.

Por essa razão deve-se começar por estabelecer uma aproximação efetiva dos cidadãos nacionais face a uma realidade diferente mas em que se determinam aspetos essenciais da vida nacional. No fundo, deve conseguir-se transmitir a ideia de que é importante participar nas decisões que são muitas vezes pressuposto das externalidades que se impõe aos Estados. É aqui que se defende o conceito contemporâneo de auto-determinação que, por estranho que pareça, terá de ser cada vez mais partilhada.

Também se terá de compreender que nos encontramos em níveis diferentes. De uma forma muito impressionante, é inevitável que existam diferenças assinaláveis entre a representação local, a representação nacional e a representação europeia. Também terá de ser compreendido que a participação num fórum internacional não se pode reger pelo modelo

51 MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia – Estática e Dinâmica da Iordem Jurídica Eurocomunitária*, vol. I, Coimbra, 2011, p. 138, salienta a necessidade de analisar as intervenções das instituições dentro das atribuições que lhes são conferidas pelo direito primário.



de participação na vida política nacional. Os modelos de participação são hoje tão diferentes como efetivos.

É aqui que se entrecruzam vários planos de natureza material e de procedimento democrático. Para que as novas formas de representação sejam entendidas e aceites, tem de se desenvolver um discurso europeu sobre a integração que atinga elevados patamares de consenso. É precisamente aí, na falta de um discurso europeu, que está a primeira e maior dificuldade para a resolução deste “problema democrático”⁵². Tem de se construir, com alguma urgência, um espaço político europeu.

Assim, para além deste plano substancial, terá de se proceder a um conjunto de alterações quanto à forma de exercício do poder político que - com as diferenças marcadas face ao nacional - limite as tensões existentes, aproxime os decisores e o povo, e permita a eficácia, rapidez e adequação necessárias ao funcionamento da União Económica e Monetária e existência de uma moeda única. Estas modificações deverão permitir um exercício com vitalidade da democracia que resultará num conjunto de mudanças substanciais quanto à forma de intervenção do Estado, à necessária defesa dos direitos sociais e ao funcionamento da moeda única.

Convém notar que as alterações propostas devem ser analisadas com filtro. Umas são mais urgentes, outras mais estruturais, e algumas necessitam de alterações a nível dos Tratados. Assim, devem ser entendidas numa lógica de continuidade face a algumas alterações que foram determinadas nos inícios da crise financeira. Não se pode é desperdiçar a

52 MIGUEL POIARES MADURO, O *Superavit...* cit., p. 140, refere que uma maior participação das instituições nacionais previne problemas constitucionais das instituições europeias e promove uma maior representação.

oportunidade que foi aberta depois de anos de falsa prosperidade e de omissão da tomada de medidas normativas que teria sido necessária.

Hoje o desafio passa por ultrapassar a ideia de que o aumento de competências das instâncias europeias resultou no famoso “défice democrático”⁵³. Quanto mais se conseguir aproximar os cidadãos dos decisores melhor será a qualidade das suas decisões, pois quanto melhor for o processo político melhor será a defesa da base de uma comunidade política, os direitos fundamentais.

Por outro lado, convém tomar em atenção que a melhor forma de o Estado defender a sua soberania não é a de auto-exclusão destes fóruns. Pelo contrário os Estados devem tentar ter o maior peso possível nas decisões que têm efeitos sobre a sua situação. Logo é essencial criar a base de uma comunidade política europeia o mais perfeita possível (nunca esquecendo que nenhuma das existentes é perfeita).

Para se alcançar essa comunidade, o constitucionalismo europeu terá de assumir uma metodologia mais sofisticada, aceitar os paradoxos existentes e promover soluções realistas e equilibradas⁵⁴. Para isso, o poder de direção política terá de ser melhor entendido, sob pena de esse papel ser de forma ainda mais crescente exercido pelos tribunais.

53 Não se pode deixar de tomar em atenção a posição de MIGUEL POIARES MADURO, O *Superavit...* cit., pp. 120-123, de acordo com a qual não existindo uma presunção de validade superior do constitucionalismo nacional face ao europeu, defende uma nova forma de constitucionalismo. Esta derivada das exigências do processo de integração europeu tem de responder a um conjunto de desafios, entre os quais se encontra o da aplicação do princípio democrático.

54 Esta deverá ser uma das posições de alteração do constitucionalismo económico europeu. Num sentido mais geral, CHRISTIAN JOERGES, *The European Economic Constitution and Its Transformation Through the Financial Crisis*, in “ZenTra Working Paper in Transnational Studies”, n.º 47/2015, PP. 10 e ss.



O processo político europeu é hoje excessivamente dominado em exclusivo pelos Estados, ou até por um ou no limite por dois. A situação terá de se ir revertendo com uma politização da Comissão. Para muitos a eleição do Presidente da Comissão Europeia iria ajudar a cumprir esse propósito. Assim não sucedeu. Deste modo, vimos defender o alargamento dessa eleição aos restantes membros da Comissão Europeia. Seria, então, designado como opção inicial para o cargo de Comissário, pelos diferentes Estados, o primeiro candidato da lista mais votada ao Parlamento Europeu.

Para além desta alteração, ou na sua sequência, a Comissão Europeia poderia aparecer de forma crescente, não só com a “guardiã dos Tratados”, mas também como o principal decisor das políticas europeias, em especial das relativas à União Económica e Monetária. Como exemplo poderia não só exercer de forma mais efetiva os seus poderes sobre os Orçamentos dos diferentes Estados da zona euro, como até ter, em situações extremas, poderes de co-autorização de determinadas despesas de um Estado⁵⁵.

Esta possibilidade deve estar relacionada com a abertura para alterar os critérios do Pacto de Estabilidade e Crescimento. Hoje essas valorações estão disseminadas por vários textos e são objeto de uma discordância geográfica entre o Norte e o Sul da Europa, ou melhor entre os Estados do Euro forte e os Estados do Euro fraco⁵⁶. A simples possibilida-

55 A matéria do equilíbrio orçamental é ainda vista mais como um instrumento de comunicação política para controlar os mercados financeiros e mesmo as agências de notação financeira do que uma forma meramente jurídica de regular a matéria orçamental. Esta posição, entre outros, é descrita por M. SAOUDI, *L'Équilibre des Finances Publiques. Vers un Ordre Public Financier Européen*, in “*Gestion de Finances Publiques*”, n.º 1, 2013, p. 73. O que se pretende com a proposta do texto é precisamente através de um órgão político passar-se para uma situação de controlo orçamental mais jurídico.

56 Esta distinção tem por base VÍTOR BENTO, *Euro Forte, Euro Fraco, Duas Culturas, Uma Moeda: Um Convívio (Im)possível?*, Lisboa, 2013, em especial, pp. 29 e ss.

de de se abrir um debate sobre esta matéria – que poderia ser replicado noutras-, com a participação dos cidadãos, de associações, de especialistas e dos parlamento, seria positiva como forma de aproximação entre eleitos e decisores.

No mesmo sentido, dever-se-ia aceitar e publicitar uma rede de parlamentos, incluindo o europeu e os nacionais, que encetassem diálogo nesta e outras matérias⁵⁷. Este movimento deveria também permitir a possibilidade de criação de Comissões Inter-parlamentares com capacidade de decisão em matérias limitadas. Num plano estritamente político, estas medidas abririam caminho para a existência de um espaço político europeu que deve também estar aberto à diferenciação de compromisso e de participação.

A diferenciação deverá ser relativa à integração e ao plano institucional. Quanto á primeira parece ser relevante a possibilidade participação parcial na União Europeia – o que possivelmente poderia ter atalhado o problema agora gerado com o *Brexit* – e a aplicação mais ordinária e alargada do mecanismo da cooperação reforçada⁵⁸.

Por outro lado defendo uma diferenciação de organização institucional clara entre a União Europeia e a União Económica e Monetária. Esta última para funcionar tem de estar baseada numa forte união política que para além das alterações já referidas quanto ao funcionamento da Co-

57 Este modelo de diálogo é até admitido como um modelo possível de funcionamento geral dos trabalhos parlamentares. Estas e outras formas de trabalho são expostas por WOLFGANG WESSELS, *National Parliaments and the EP in Multi-tier Governance: In Search for an Optimal Multi-level Parliamentary Architecture. Analysis, Assessment Advice*, Parlamento Europeu, 2012, pp. 102 e ss., em especial pp. 106-107.

58 A cooperação reforçada é entendida por FUNDA TEKIN / WOLFGANG WESSELS, *Flexibility Within the Lisbon Treaty: Trademark or Empty Promise*, in “EIPASCOPE”, 2008/1, pp. 26-27, como um modo de conceder flexibilidade ao exercício do poder legislativo a nível europeu.



missão; também vai exigir uma especialização do Parlamento Europeu⁵⁹ nas matérias relativas à zona euro, que pode começar pelo aparecimento de uma comissão parlamentar própria – possivelmente a funcionar em rede –; a institucionalização do Eurogrupo e a eleição de um Presidente do mesmo, por um mandato de dois anos e meio, com a possibilidade de eleger uma personalidade externa aos Governos⁶⁰; e a determinação do funcionamento desta formação do Conselho como uma segunda câmara em que todos os Estados têm um igual número de votos.

Esta modificação terá de se relacionar com um reforço do Orçamento da União Económicas e Monetária. Com uma maior solidez, o Orçamento poderia ser o suporte de um conjunto de políticas sociais e sobretudo o meio de solidariedade inter-estadual, fugindo-se assim às dificuldades internas que alguns Estados têm tido na prestação da necessária solidariedade necessária numa zona económica comum.

6 – Conclusões

É possível que estas medidas sejam entendidas como um exercício de elevado lirismo. Como é natural a sua aplicação simultânea é impossível. No entanto, a sua simples discussão, caso fosse generalizada e aberta a outras opções poderia ser um precioso auxílio na construção de um quadro constitucional inter-europeu mais desenvolvido e adequado.

59 Também é de ponderar uma solução mais extrema que passaria pela criação de um parlamento próprio para a zona euro.

60 Também tem sido avançada a possibilidade de conceder ao presidente do Eurogrupo um estatuto equivalente ao do Alto Representante para a política externa, o que levaria a que fosse Vice Presidente da Comissão Europeia. Sobre esta figura e a sua evolução O. CLERC, *La Gouvernance Économique de l'Union Européenne, Bruxelles, 2012, pp. 587 e ss.*

As propostas feitas têm como objetivo que num momento de aplicação de um conceito de soberania estadual partilhada se possa alcançar os melhores níveis possíveis de participação e representação dos cidadãos. A vitalidade do conceito contemporâneo de democracia levará a um melhor entendimento das políticas europeias por parte dos cidadãos e possibilitará a construção do edifício institucional perfeito que uma moeda única numa zona geográfica ampla exige⁶¹.

A sua aplicação na realidade permitirá uma melhor determinação do exercício do poder por parte das instituições políticas e a corporização dos direitos fundamentais, e em especial dos direitos sociais, neste plano. Não haverá erosão e destabilização da sua defesa, mas pelo contrário a sua aplicação e imposição num âmbito diferente do nacional. No fundo, estar-se-á a criar os meios para se poder aplicar a justiça social de uma forma adequada e, sobretudo, sustentada.

61 Por outras palavras esta ideia era já avançada por FRANCISCO LUCAS PIRES, *União Europeia: um Poder Próprio ou Delegado?*, in “A União Europeia”, Coimbra, 1994, p. 156, ao considerar que “...dificilmente se vê como pode haver moeda única, sem mais política externa e interna comuns.”



A democratização do sistema tributário: em especial, da sua importância para a prevenção dos litígios em matéria jurídico-tributária

CLÁUDIA FIGUEIRAS¹

Resumo: Entende-se que um conceito de democracia plena não se deve esgotar o exercício do direito de voto. Na verdade, um conceito de democracia plena pressupõe uma maior participação dos cidadãos na tomada de decisões sobre os destinos da sociedade. Essa maior participação, nomeadamente através da utilização de instrumentos típicos de um conceito de democracia participativa, pretende-se, não só para o ordenamento jurídico em geral, mas também, e em particular, para o ordenamento jurídico-tributário português. Uma maior democratização do sistema tributário irá favorecer a redução dos litígios em matéria jurídico-tributária, pois permitirá a criação de uma maior consciência ético-tributária. Estamos, contudo, cientes de que a nossa ideia de maior

¹ Professora convidada, equiparada a Professora Auxiliar, da Escola de Direito da Universidade do Minho (correio eletrónico: claudiafigueiras@direito.uminho.pt), com sede no Campus de Gualtar, 4710-057, Braga.

democratização do sistema tributário, para alcançar os seus objetivos pressupõe a existência já de um grau de consciência ético-tributária formado, o qual se deve alcançar através da educação, em especial da educação tributária.

Palavras-chave: Justiça, Prevenção, Consciência ético-tributária, Democratização, Educação

Abstract: *I believe that the concept of full democracy should not limit a citizen's right to exercise their vote. In fact, one concept of full democracy suggests a greater participation of the citizens in the making of decisions for society. This greater participation, in particular through the use of the methods typical of the participatory democracy, is intended, not only for the legal system in general- but also, for the Portuguese legal-tax system. Greater democratization of the tax system will favour the reduction of legal-tax litigation, as it will allow the creation of a greater ethical conscience-tax. We are aware, however, that in order to achieve these objectives, our idea of greater democratization of the tax system must be adjusted. It suggests adopting the existence of a degree of ethical conscience-tax, which must be achieved through education, especially tax education.*

Keywords: *Justice, Prevention, Ethical conscience-tax, Democratization, Education*

Sumário: 0. Nota introdutória. 1. Justiça tributária e prevenção. 1.1. O contributo de um conceito de democracia plena. 1.1.1. Conceito de democracia adotado. 1.1.2. A democratização do sistema tributário: uma proposta. 1.2. A importância da



educação tributária no exercício de um conceito de democracia plena. 1.2.1. Uma experiência comparada: breve referência ao caso dos E.U.A e Espanhol. 1.2.1.1. O caso dos E.U.A. 1.2.1.2. O caso Espanhol. 2. Conclusões

0. Nota introdutória

O presente texto tem como título «A democratização do sistema tributário: em especial da sua importância para a prevenção dos litígios em matéria jurídico-tributária» e tem por base a nossa comunicação no X Encontro de Professores de Direito Público que teve lugar na Faculdade de Direito de Lisboa, subordinado ao tema «Democracia e Direito Público».

Tendo em consideração a temática geral do encontro, decidiu-se apresentar um tema que foi objeto da nossa atenção, no âmbito dos nossos estudos conducentes à conclusão de Doutoramento, na Escola de Direito da Universidade do Minho. Tema, esse, que numa sociedade, como a nossa, em que se verificam elevados níveis de litigiosidade, nos parece assumir alguma relevância.

Assim, pretende-se, com este singelo trabalho, e acima de tudo, alertar para a importância de uma maior democratização do sistema tributário, como meio de prevenção de litígios em matéria jurídico-tributária. Acredita-se, pois, que esta maior democratização poderá contribuir, por sua vez, para a criação e o reforço de uma maior consciência ético-tributária e, nesse sentido, para uma maior redução da litigiosidade em questões de Direito Tributário².

² A utilização do termo Direito Tributário neste trabalho não é feita ao acaso e assenta na distinção que se deve fazer entre Direito Tributário e Direito Fiscal. De facto, não é a mesma coisa falar-se Direito Tributário, ou em Direito Fiscal. A noção de Direito Tributário é mais ampla do que a noção de Direito Fiscal. Assim, quando se fala em Direito Tributário está-se a falar em tributos de um modo geral, o que compreende os impostos, as taxas e as

Tendo em atenção o objetivo proposto, bem como o sumário *supra* apresentado, divide-se, o presente texto, em duas partes fundamentais. Numa primeira parte, em que se apresentam os principais desenvolvimentos do nosso estudo, adotando uma sequência expositiva que se pode genericamente reconduzir a quatro ideias principais, nomeadamente: i) uma ideia de justiça, ii) uma ideia de prevenção, iii) uma ideia de democratização e, por fim, *last but not least*, iv) uma ideia de educação. Numa segunda e última parte em que se ditam as principais conclusões do nosso trabalho.

1. Justiça tributária e prevenção

Ao longo dos últimos tempos, tem-se assistido a várias manifestações de preocupação com o estado da justiça, em particular com o estado da justiça tributária³. O conceito de justiça, em especial de justiça tributária, quando pensado por nós, deve ser entendido num duplo sentido, nomeadamente: i) num sentido material – como o direito da tributação e o direito à tributação e respetivos princípios norteadores; e ii) num sentido

contribuições especiais. Já o Direito Fiscal compreende, apenas, o Direito dos impostos (Para uma clarificação do que se deve entender por Direito Tributário, veja-se JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, Competência Dos Tribunais Tributários, Pós-Modernidade Jurídica E Des-Jurisdicionalização, *Scientia Iuridica*, n.º 310, 2007, pp. 287- 308, em especial pp. 288-292); e do mesmo autor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de Procedimento E Processo Tributário*, 5.ª edn, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 14,15).

3 Entre outros autores, veja-se JOSÉ MIGUEL JÚDICE, Crise da Justiça, in *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, Lisboa, Dom Quixote, 2000, pp. 305-309; MARIANA FRANÇA GOUVEIA *et al.*, *Justiça económica em Portugal - Meios de resolução alternativa de litígios*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012; DAVIDE CARNEIRO/PAULO NOVAIS/JOSÉ NEVES, *Conflict Resolution and Its Context*, London, Springer, 2014; em particular na justiça administrativa e tributária, ÁLVARO DANTAS *et al.*, *Mudar a Justiça Administrativa e Fiscal*, Coimbra, Edições Almedina, 2013.



formal – como um conjunto institucional, de foro procedimental e processual, ordenado normativamente para a resolução de litígios em questões de Direito Tributário, nascidas de relações jurídico-tributárias⁴. Não é só este último sentido que, em nosso entendimento, evidencia sintomas de crise ou de doença, como lhe preferimos chamar, mas também o seu sentido material.

O défice de consciência ético-tributária é, em nossa opinião, o principal responsável pelo amplo conjunto de problemas que se têm verificado ao nível da justiça tributária. A consciência ético-tributária significa, em termos muito amplos, o reconhecimento da justiça tributária nos seus dois sentidos. Em termos mais específicos, pode-se dizer que a consciência ético-tributária significa o reconhecimento, por um lado, da importância dos tributos e das suas finalidades e, por outro lado, e nesse sentido, do dever fundamental de contribuir para a criação e, depois, para a sustentação de um sistema tributário justo (equitativo e transparente)⁵. Este conceito de consciência ético-tributária e, bem assim, o seu défice, não é pensado apenas na perspectiva do sujeito, pessoa *in natura*, sobre quem recai a direta, ou indiretamente, a obrigação tributária, mas, também, sobre o Estado, nas suas diferentes acções, enquanto coletividade cujos titulares dos órgãos e respetivos serviços são, também, em *ultima ratio*, pessoas *in natura*.

Este défice de consciência ético-tributária tem conduzido, no seio da justiça tributária, a problemas de diversa natureza. Tal como o conceito de justiça tributária proposto, e de harmonia com esse mesmo conceito, pode-se falar destes problemas num duplo sentido, nomeadamente: i) num sen-

4 Adaptando e alargando aqui o discurso de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 9.

5 Em especial, sobre o dever fundamental de pagar impostos, não podemos deixar de sugerir a leitura da obra de JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos - Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra, Almedina, 2012. Além desta obra, com interesse para o tema e do mesmo autor veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma liberdade com responsabilidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

tido substantivo – enquanto conjunto de problemas conexos com a própria ordem normativa e principiológica; e ii) num sentido adjetivo – enquanto conjunto de problemas conexos com a ordem procedimental e processual.

Como exemplo de problemas de natureza substantiva pode-se referir a desigualdade no tratamento de alguns sujeitos passivos, configurando aqui-lo que alguns autores designam como um verdadeiro *apartheid fiscal*⁶ e, ainda, a excessiva complexidade das normas tributárias que se deve, por um lado, ao seu elevado grau de tecnicidade e, por outro lado, à sua constante explosão legislativa⁷.

Como exemplos de problemas de natureza adjetiva, pode-se referir a excessiva burocracia e ineficiência dos serviços da Administração Tributária; a sobejamente conhecida relação conturbada que existe entre os sujeitos passivos e aquela Administração; a elevada pendência de processos e excessiva morosidade na resolução de litígios dos Tribunais Tributários do Estado, entre outros.

Todos os problemas referidos, sejam de natureza substantiva, sejam de natureza adjetiva, são, por sua vez, geradores de uma maior, ou ainda maior, no caso dos Tribunais Tributários do Estado, litigiosidade.

6 JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 8.ª ed, Coimbra, Almedina, 2015, p. 454

7 Sobre as patologias da ordem normativa fiscal da pós-modernidade, pode ler-se JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, Direito pós-moderno, patologias normativas e a protecção da confiança, *Revista Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010, pp. 383-409. Criticando a excessiva complexidade das norma tributária pode, ainda, consultar-se ANTÓNIO MARTINS, A complexidade do sistema tributário: uma inevitabilidade económica?, *Fisco*, 119/121, 2005, pp. 27-36, em especial p. 29; FELIPE ROMERO GARCÍA, *El valor sistema tributario: acerca de su integración entre los principios de la imposición*, Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, p. 291; GRUPO PARA O ESTUDO DA POLÍTICA FISCAL, *Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal, Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal*, 2009, pp. 586, 587, disponível em http://www.ideff.pt/xms/files/GPFRelatorioGlobal_VFfinal.pdf; CÉSAR GARCÍA NOVOA, Algunas consideraciones sobre la codificación en materia tributarial, *Dereito*, n.º 22, 2013, pp. 154 e ss.



Julga-se que a existência de todos estas patologias é uma consequência do já aludido défice de consciência ético-tributária. É no sentido da sua afirmação e reforço que nós, mais do que encontrar formas de resolução de litígios – ainda que se reconheça, como é natural, a sua importância – insistimos na, cada vez maior, necessidade de encontrar meios de prevenção de litígios⁸. Pensa-se que a democratização do sistema tributário, bem como a educação tributária, poderão disso ser um exemplo.

8 De facto, reconhece-se, como de resto não poderia deixar de ser, a importância da consagração, no nosso ordenamento jurídico-tributário, pelo decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, de um Regime Jurídico de Arbitragem Tributária. Com a implementação da arbitragem tributária, o legislador visou alcançar, essencialmente, três principais objetivos: i) imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a Administração Tributária ao sujeito passivo; ii) reduzir a pendência de processos nos Tribunais Administrativos e Fiscais; e, ainda, iii) reforçar o direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais. Visando tais objetivos o legislador português consagrou, no Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, um conjunto de regras atinentes a conferir efetividade, segurança, celeridade e transparência ao *processo tributário arbitral*, *lato sensu*. De facto, prevê regras quanto ao objeto, à estrutura e composição do tribunal arbitral; consagra os requisitos, os impedimentos e os deveres do *órgão decidenti*; estipula a forma de pagamento da taxa de arbitragem; estabelece os princípios a que deve obedecer o *processo tributário arbitral*, *stricto sensu*, e regras mínimas a que este deve obedecer; e, finalmente, determina os fundamentos do recurso e da impugnação da decisão arbitral. O tribunal tributário arbitral funciona no Centro de Arbitragem Administrativa- CAAD, que tem sede em Lisboa, mas que tem competência a nível nacional. A vinculação da Administração Tributária à jurisdição do Centro depende de portaria, sendo que foi através da portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, que entrou em vigor em 1/7/2011, que se veio determinar a vinculação e os termos da vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira à jurisdição dos tribunais arbitrais. Para mais informações sobre a arbitragem tributária, pode ler-se CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, Arbitragem: a descoberta de um novo paradigma de justiça tributária?, in *A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e desafios*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, pp. 81-102; CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, A arbitragem em matéria de direito público: qual o modelo a seguir?, in *Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 165-185; CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, Arbitragem em matéria tributária: o modelo português; um bom exemplo(?), in *Processulus. Estudios sobre Derecho Procesal*, Granada, Comares, 2015, pp. 261-72; CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, Arbitragem em matéria tributária: o modelo português, in *Derecho, Filosofía y Sociedad: una perspectiva multidisciplinar*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016, pp. 321 a 335. Para a consulta de jurisprudência arbitral em matéria fiscal, pode, ainda, consultar-se o site do Centro: www.caad.pt.

1.1. O contributo de um conceito de democracia plena

1.1.1. Conceito de democracia adotado

Não existe um conceito universal de democracia. De facto, são vários os autores que a procuram definir, mas o conceito varia muito em função do autor, do local e da época⁹. Quanto a nós, optamos por definir a democracia como uma forma de governo, em constante processo de evolução, que requer a participação, direta ou indireta, do povo na tomada de decisões, procurando assegurar, desta forma, a paz social¹⁰. Na terminologia de LINCOLN, e de uma forma conclusiva, pode-se dizer que a democracia, em termos gerais, significa o *governo do povo, pelo povo e para o povo*. Uma ideia deve, contudo, salientar-se: um conceito de democracia plena não se esgota no exercício do direito de voto¹¹.

É, portanto, um conceito de democracia plena que se reclama, não só para o ordenamento em geral, mas também, em especial, para o or-

9 Entre muitos outros veja-se ROBERT DAHL, *Democracia*, Tradução Teresa Braga, Lisboa, Temas e Debates- Actividades Editoriais Lda., 2000, p. 11; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional - Tomo VII - Estrutura Constitucional da Democracia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007; LUCIANO CANFORA, *A Democracia - História de uma Ideologia*, Lisboa: Edições 70, 2007; FRANCILEY RIBEIRO DO NASCIMENTO, *Democracia e Estado de Direito: uma relação de dependência ou dispensabilidade*, in *Direito Constitucional e democracia*, Curitiba, Juruá Editora, 2013, 189; ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America: Volumes I & II*, Moosic, HarperCollins Canada, 2014 ; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed, Coimbra, Almedina, 2016.

10 Em especial, vejam-se os conceitos de democracia apresentados por JORGE MIRANDA, A democracia representativa- princípios e problemas gerais, *Direito e Cidadania*, N.º 5, 1998, p. 9; JOSÉ AFONSO DA SILVA, O sistema representativo, democracia semi-direta e democracia participativa, *Revista do Advogado*, N.º 73, 2003, p. 94; LUIS G. SAN MIGUEL, Participación en el poder y control de las "Elites" como problema de la democracia moderna, *Revista de Estudios Políticos*, N.º 143, 1965, p. 105.

11 JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, Contributo para um conceito de democracia plena, Braga, 2013, p. 1, texto disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/37516/1/D%C3%A9fice%20democr%C3%A1t.pdf>.



denamento tributário. Coloca-se, assim, a nossa posição do lado das novas retóricas que assentam, no essencial, na insuficiência do conceito de democracia representativa, apelando a novas formas de manifestação do conceito, como a democracia participativa e a democracia deliberativa ou inclusiva¹². Vai-se direccionar o nosso discurso, essencialmente, para a democracia participativa¹³, a cuja referência a nossa Constituição faz no seu artigo 2.º, de acordo com o qual “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

1.1.2. A democratização do sistema tributário: uma proposta

A nossa proposta vai no sentido de se intensificar o processo de democratização no sistema tributário. Proposta esta que vai de encontro a um dos postulados fundamentais do princípio democrático que é o da democracia participativa. É, de facto, importante que se promova uma maior participação dos cidadãos também no que diz respeito à tomada de decisões em matéria tributária.

¹² RAMÓN MÁIZ SUÁREZ, Democracia inclusiva, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 2002, pp. 61-87. Veja-se, ainda, CATHERINE AUDARD, *Cidadania e democracia deliberativa*, Tradução Walter Valdevino, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2006; AMY GUTMANN/DENNIS THOMPSON, O que significa democracia deliberativa, in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Tradução Bruno Oliveira Maciel, vol. I, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007, pp. 17–78; LUCIANA DA COSTA E SOUZA, Democracia: Representativa, Deliberativa ou Participativa? O espaço dos Conselhos neste debate, *Revista Multidisciplinar da UNIESP*, n.º 10, 2010, pp. 120-131.

¹³ Em especial, sobre a democracia participativa veja-se PAULO BONAVIDES, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, São Paulo, Malheiros Editores. Lda, 2001

Receamos que se verifique, hoje, aquilo que alguns autores designam por uma “crise de representatividade”¹⁴. Isto é, o facto de os tributos, em especial os impostos, serem criados por lei, pode não significar que os interesses dos sujeitos passivos tenham sido considerados ou preservados. Preocupa-nos o facto de o processo legislativo em matéria tributária poder não significar uma garantia real de que o princípio do consentimento da tributação tenha sido respeitado¹⁵. Em bom rigor, tememos que nem sempre o parlamento seja efetivamente, como o deveria ser, um verdadeiro porta-voz do povo¹⁶.

A maior participação que se propõe, como é óbvio, não implica o abandono dos instrumentos típicos de um modelo de democracia representativa. Deve-se buscar um equilíbrio entre a utilização de instrumentos típicos de um modelo de democracia representativa e participativa¹⁷.

Assim, quando se propõe uma maior democratização do sistema tributário está-se a pensar, entre outras, nas seguintes possibilidades:

- i) Iniciativa popular em matéria tributária:** pensa-se aqui na hipótese de os cidadãos apresentarem iniciativas legislativas em matéria tributária. Com efeito, a iniciativa popular em matéria tributária permitirá que todos os sujeitos passivos possam ser ouvidos

¹⁴ LUCIANO GOMES FILIPPO, Consentimento, eficiência e eficácia nos sistemas fiscais, in *Lições de Fiscalidade*, 3.ª ed, Coimbra, Almedina, 2015, p. 163.

¹⁵ *Ibid.*, p. 164.

¹⁶ DIOGO LEITE DE CAMPOS, A nova auto-tributação: contratualização dos impostos, *Revista Encontros Científicos*, n.º 2, 2006, p. 167.

¹⁷ Como refere NORBERTO BOBBIO «[n]ada ameaça mais matar a democracia do que o excesso de democracia», daí que se proponha um equilíbrio entre as duas manifestações do conceito de democracia (citado por MIGUEL SOUSA FERRO, A iniciativa legislativa popular, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* XLIII, nº 1, 2002, p. 628.



sobre questões tributárias, independentemente de fazerem parte de uma minoria, ou não. A iniciativa popular está prevista no artigo 167.º da Constituição da República Portuguesa, no qual se confere competência aos cidadãos eleitores para apresentar uma iniciativa de lei e participar no procedimento da sua elaboração. Por sua vez, a lei n.º 17/2003, de 4 de junho¹⁸, veio regular os termos e condições em que os grupos de cidadãos eleitores podem exercer o seu direito de iniciativa popular, bem como participar no procedimento legislativo a que derem origem. Sucede que o artigo 3.º, al. f), da referida lei, exclui do âmbito das matérias suscetíveis de ser objeto de iniciativa popular, as matérias que revistam a natureza ou conteúdo orçamental, bem como as matérias que tenham natureza tributária ou financeira. Assim, apesar da iniciativa popular em matéria tributária não ser legalmente admissível, julga-se possível pensar-se, à semelhança do que acontece noutros ordenamentos jurídicos¹⁹, a possibilidade de uma alteração

18 Com as alterações introduzidas pela lei n.º 26/2012, de 24 de julho.

19 Por exemplo, como acontece no ordenamento jurídico suíço. De facto, mais do que isso, no referido ordenamento jurídico, permite-se nos artigos 138.º e 139.º da *Constitution Fédérale de la Confédération Suisse*, que os cidadãos suíços possam, através de uma iniciativa popular, propor uma revisão total ou parcial da *Constitution*. São várias as iniciativas populares com vista à revisão parcial da *Constitution Fédérale de la Confédération Suisse* que contendem com matéria tributária. Vejamos alguns exemplos. Em 1984 deu-se uma iniciativa popular com vista à repartição, entre os cantões, das taxas aduaneiras. A iniciativa foi submetida a referendo obrigatório em 4 de abril de 1984 e foi rejeitada. Em 1990, deu-se uma iniciativa popular com vista a criação de um imposto sobre os rendimentos decorrentes do capital. A iniciativa foi a referendo obrigatório em 2 de dezembro de 2012 e foi rejeitada. Em 2011, foi apresentada uma iniciativa popular no sentido de conferir determinadas deduções fiscais aos pais que guardam os seus filhos. A iniciativa foi a referendo obrigatório em 24 de novembro de 2013 e foi rejeitada. Em 2012, foi apresentada uma iniciativa popular para acabar com os privilégios fiscais dos milionários. A iniciativa foi a referendo obrigatório em 30 de novembro de 2014, tendo a mesma sido rejeitada. Finalmente, também em 2012, foi apresentada uma iniciativa popular para substituir o Imposto Sobre o Valor Acrescentado por um imposto sobre a energia. A iniciativa foi a referendo obrigatório em 8 de março de 2015, tendo a mesma sido expressamente rejeitada pelo povo (para mais desenvolvimentos, veja-se DIVISON ÉTUDES ET SUPPORTS ADMINISTRATION FÉ-

legislativa que conceda a possibilidade aos cidadãos de tomarem a iniciativa de propor uma lei em matéria tributária, desde que dentro de determinados limites. Não parece chocar, do ponto de vista constitucional, que um cidadão com o gozo pleno dos seus direitos políticos possa lançar mão de uma iniciativa com vista a criação ou alteração de uma lei em matéria tributária. De resto, não se vê motivo para impor limites materiais diferentes ao poder de iniciativa popular e ao poder de iniciativa por parte dos deputados²⁰ e, até, do Governo.

- ii) **Intensificação da participação no procedimento legislativo em matéria tributária** – É importante, no procedimento de elaboração dos atos legislativos em matéria tributária, que se verifique a obrigatoriedade de um intenso período de discussão pública, no âmbito do qual devem poder participar todos os sujeitos passivos. Essa intensa participação deve ser feita, numa primeira fase inicial, através de fóruns online, debates, conferências, colóquios, seminários ou audições públicas e, numa segunda fase mais avançada, através da apresentação de sugestões, reclamações e pedidos de esclarecimento. Os conflitos de interesses que daí eventualmente emergem devem ser dirimidos através do diálogo entre todos os interessados, o Estado e demais entidades públicas

DÉRALÉ DES CONTRIBUTIONS, *Le système fiscal suisse*, 15.ª ed, Berne, Conférence suisse des impôts, 2013).

20 Neste sentido, também refere MIGUEL SOUSA FERRO que é de “reconhecer que não se devem impor limites às matérias que podem ser alvo de *iniciativas legislativas populares* diferentes daqueles que são impostos ao poder de iniciativa legislativa dos Deputados” admitindo, inclusivamente, que a iniciativa legislativa popular “deve incluir a possibilidade de apresentação de propostas de leis de revisão constitucional” (MIGUEL SOUSA FERRO, *A iniciativa legislativa popular*, p. 630).



envolventes, promovendo-se um “diálogo de vizinhança”²¹, com o objetivo de alcançar um ponto de equilíbrio entre os interesses conflitantes das diversas entidades públicas e privadas e os sujeitos passivos e, deste modo, evitar futuros litígios. No final do período de discussão pública, devem ser obrigatoriamente publicados os contributos recebidos no decurso do mesmo, bem como um relatório com os resultados de todos os momentos da consulta, ponderando devidamente as sugestões, as reclamações e os eventuais pedidos de esclarecimento recebidos. De facto, uma intensa participação no procedimento legislativo tributário vai permitir antecipar problemas de aplicação de normas, conferir transparência ao procedimento legislativo e, nessa medida, permitir uma maior realização do princípio da segurança jurídica. É precisamente esta credibilidade, transparência e segurança que se pretende para o procedimento legislativo tributário (e, numa perspetiva mais ampla, financeiro), e neste âmbito em particular, para o próprio procedimento de elaboração do Orçamento do Estado²² e do Orçamento das Autarquias Locais, aqui cabendo

21 CÁTIA MARQUES CEBOLA, Resolução extrajudicial de conflitos em matéria ambiental: um inexorável mundo novo, in *Direito do Urbanismo e do Ambiente - Estudos Compilados*, Lisboa, Quid Juris, 2010, p. 429.

22 Uma medida que nos parece que veio conferir uma maior transparência e segurança na aplicação do Orçamento do Estado é o chamado Orçamento Cidadão que consiste num resumo do Orçamento do Estado nos seus pontos mais essenciais, através de quadros e tabelas simplificados, visando uma fácil compreensão por parte dos cidadãos das prioridades e das decisões implícitas na política orçamental (Veja-se, a título de exemplo, o Orçamento do Cidadão 2015, disponível na seguinte página: <http://www.portugal.gov.pt/media/2621228/20150114-orcamento-cidadao-2015.pdf>). Não obstante, de acordo com os dados de um estudo realizado pela *International Budget Partnership (Open Budget Survey 2015)* disponível em <http://www.internationalbudget.org/opening-budgets/open-budget-initiative/open-budget-survey/publications-2/full-report/>), em que se analisam os orçamentos nacionais de mais de 100 países, tendo como referência os valores da transparência, participação, e fiscalização orçamentais, concluiu-se que o nosso ordenamento jurídico, em matéria orçamental, é um dos menos transparentes da União Europeia, sendo que

algumas experiências de Orçamento Participativo²³. Ao contrário do que acontece com outras matérias, não está consagrada na Constituição da República Portuguesa a obrigatoriedade de proceder a consultas públicas no âmbito do procedimento legislativo tributário²⁴, solução que nos parece que deveria ser alterada indo de encontro às exigências que decorrem do seu espírito democrático-participativo.

iii) **Referendo em matéria tributária**- No nosso ordenamento jurídico vigora a regra da proibição do referendo em matéria tributária. Enquanto alguns autores concordam com a proibição, outros discordam. No seio dos autores que concordam com a proibição de referendo são aduzidos vários argumentos, tais como a pos-

no caso particular da participação pública, em 100 pontos possíveis, Portugal obteve, apenas, 25 pontos. No âmbito do relatório, resultado do referido estudo, recomenda-se que Portugal, entre outras medidas, realize mais audiências públicas e promova inquéritos à população.

23 A título de exemplo, veja-se o que se tem feito nos Municípios de Braga (veja-se em <https://participe.cm-braga.pt/>), Silves (veja-se em <http://www.cm-silves.pt/pt/menu/310/orcamento-participativo.aspx>), Albergaria-a-Velha (veja-se em <http://op.cm-albergaria.pt/home>), Lisboa (veja-se em <https://www.lisboaparticipa.pt/>), entre outros.

24 De facto, por exemplo, prevê-se no artigo 54.º, n.º 5, al. d), da Constituição da República Portuguesa, que as comissões de trabalhadores podem “participar na elaboração da legislação do trabalho...”; estipula artigo 56.º, n.º 2, al. a), da Constituição que as associações sindicais podem, tal como as comissões de trabalhadores, “[p]articipar na elaboração da legislação do trabalho”; consagra o artigo 60.º, n.º 3, da Constituição, que as associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm o direito de ser ouvidas sobre questões que digam respeito à defesa dos consumidores, o que pressupõe a participação no procedimento legislativo; o artigo 65.º, n.º 5, da Constituição, assegura a participação de todos os interessados no procedimento de elaboração dos diversos instrumentos de planeamento do território; o artigo 67.º, n.º 2, al. g), da Constituição, prevê, também, a audição das associações representativas das famílias no âmbito das políticas de família; o artigo 77.º, n.º 2, da Constituição, acolhe a participação das associações de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição das políticas de ensino; finalmente, no artigo 80.º, al. g), da Constituição, prevê-se a participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das atividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais.



sibilidade da sua utilização como um instrumento demagógico-manipulativo, o desagravamento fiscal a que poderia conduzir e a forte tensão social que poderia originar, entre outros²⁵. Do lado dos autores que discordam da regra da proibição do referendo aduz-se como principal argumento o efeito psicológico que pode contribuir para uma maior aceitação do tributo²⁶. Tanto uns argumentos, como outro, têm um peso significativo. É certo que jamais se poderá defender que se submeta a referendo a própria decisão de tributar²⁷. Em todo o caso, já nos parece que poderá fazer sentido submeter a referendo questões conexas com o prazo e forma de entrega das declarações (no geral, questões relacionadas com as obrigações acessórias), com o momento a partir do qual se torna exigível a cobrança do tributo, e, finalmente, mas não menos importante, e direcionando-nos já para um campo mais aproximado da despesa, sobre os principais destinos da receita pública. Assim, ainda que com algumas dúvidas, que apenas a prática nos poderá tirar, julga-se que se poderá equacionar numa perspetiva de *iure condendo*, a realização de referendos em matéria tributária, mas apenas em situações limitadas e devidamente ponderadas. Estamos cientes, porém, que do ponto de vista jurídico-constitucional, o referendo tributário (mas também em matéria de conteúdo financeiro, numa perspetiva mais am-

25 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume II*, 4.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 104; PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO, Apontamento sobre a natureza fiscal do Estado português e os limites formais e materiais à tributação, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier - Economia, Finanças e Direito Fiscal - Volume II*, ed, Coimbra: Almedina, 2013, p. 526.

26 LUCIANO GOMES FILIPPO, Consentimento, eficiência e eficácia nos sistemas fiscais, p. 164. A favor do referendo veja-se também JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, p. 151.

27 *Ibid.*

pla) é expressamente proibido pela nossa Constituição no artigo 115.º, n.º 4, alínea b), pelo que a sua admissibilidade terá de passar, sempre, por uma alteração à própria Lei Fundamental.

Em suma, incumbe ao Estado garantir, em matérias tão sensíveis como as inerentes ao Direito Tributário, que todos os sujeitos passivos possam, de um modo ou de outro, efetivamente participar na tomada de decisões que os vão afetar. Sendo esta, aliás, uma disciplina que conde, especialmente, com direitos constitucionalmente previstos, impõe-se, em nosso entendimento, a admissibilidade de uma atitude mais participativa e mais ativa²⁸. Esta ideia de ampla participação é, aliás, uma exigência que não é nova e que veio já plasmada no artigo 14.º da própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no qual se pode ler que “[t]odos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a colecta, a cobrança e a duração”.

Não se ignoram as dificuldades das medidas referidas, quer de um ponto de vista normativo, quer de um ponto de vista prático-factual. Estamos, por um lado, conscientes de que as soluções apontadas, porque particularmente sensíveis, exigem uma intervenção por parte do legislador constituinte. Por outro lado, percebe-se e compreende-se a eventual maior complicação, maior burocratização e maiores custos do procedimento legislativo com as medidas *supra* indicadas. Julga-se, con-

28 Como refere DIOGO LEITE DE CAMPOS, a ideia de participação no direito tributário não é nada de revolucionário “é voltar às origens do princípio da auto-tributação numa sociedade mais participativa. É um novo conceito de cidadania mais activa” (DIOGO LEITE DE CAMPOS, A nova auto-tributação: contratualização dos impostos, p. 168).



tudo, que eventuais dificuldades práticas não podem colocar em causa as vantagens que decorrem da aplicação de tais soluções.

Questão mais importante reside em saber se os sujeitos passivos estão, ou não, preparados para o exercício de uma democracia plena no âmbito tributário. Em bom rigor, julgamos que esta maior democratização deverá passar, ainda assim, por uma ação consciencializadora dos mesmos. Joga-se que esta ação consciencializadora será conseguida, entre outras medidas, através da aposta numa verdadeira política de educação tributária.

1.2. A importância da educação tributária no exercício de um conceito de democracia plena

A educação tributária é por nós encarada, tal como a democratização do sistema tributário, como um meio de prevenção de litígios que deve permitir a criação de uma maior consciência ético-tributária. Não obstante, a educação tributária é, neste âmbito, também entendida como um pressuposto fundamental para o exercício de uma democracia plena em questões tributárias. Acredita-se que a democratização do sistema tributário só produzirá os efeitos pretendidos se efetivamente os cidadãos tiverem preparados, sendo que essa preparação deve passar, entre outras medidas, por uma verdadeira política de educação tributária. Em bom rigor, pensamos que uma sociedade só será verdadeiramente democrática se for, igualmente, verdadeiramente educada. A democracia e a educação são dois vetores que se complementam mutuamente e, portanto, imprescindíveis para o desenvolvimento das sociedades.

Julga-se que a educação tributária poderá provocar mudanças na relação entre o Estado e o contribuinte e, nesta medida, que poderá favo-

recer a criação de uma sociedade mais empenhada, mais participativa, mais justa e, acima de tudo, que se espera menos litigiosa no âmbito tributário²⁹. A educação tributária, tal como a pensamos, deverá ter por objetivo explicar e dar a conhecer ao educando, nomeadamente³⁰:

- i) A importância da tributação e dos seus fins sociais;
- ii) O Dever Fundamental de contribuir para a criação e sustentação do arranjo social;
- iii) O Dever/Direito Fundamental a uma gestão eficiente da receita pública que advém dos tributos;
- iv) Os bens públicos e serviços públicos essenciais, nomeadamente o direito a tais bens e serviços; o seu valor económico e sua repercussão ao nível da sociedade; as suas fontes de financiamento; o respeito por tais bens e serviços, enquanto realidades financiadas por toda a sociedade e para benefícios de todos;
- v) O valor solidariedade social como um pressuposto fundamental para uma convivência social sã e responsável numa sociedade democrática.

Pensa-se que a educação tributária, face à importância que reveste, tem sido pouco valorizada no nosso ordenamento jurídico, ainda que, tendencialmente, as coisas comecem a mudar. Conhecemos algumas

29 DOMITÍLIA DIOGO SOARES, Educação Fiscal em Portugal, que futuro?, in *Transparência, Justiça e Liberdade - Em memória de Saldanha Sanches*, Cascais, RCP Edições, 2011, p. 126.

30 Em sentido semelhante veja-se *Ibid.*, pp. 127 e 128; MARIA LUÍSA DELGADO LOBO, La educación fiscal como instrumento de lucha contra el fraude y la evasión fiscal, in *Fiscalidade - Outros Olhares*, Porto, Vida Económica, 2013, p. 223.



iniciativas que já foram feitas nesse sentido³¹. Mais recentemente, em finais de 2015 e início de 2016, foram lançados, em três congressos, três exemplares do livro «A Joanhina (Joana) e os Impostos» da autoria de CLOTILDE PALMA, CIDÁLIA LOPES e ANA MARIA RODRIGES. Um exemplar tem como público alvo as crianças (escola primária), outro os adolescentes (ensino secundário) e outro ainda os adultos (ensino universitário). É, de facto, uma grande iniciativa. Em todo o caso, julga-se que ainda haverá muito a fazer. A educação tributária deve ser transversal e exigir responsabilidades não só ao nível dos vários graus de ensino, mas também dos próprios meios de comunicação social. Um projeto nacional de educação tributária deverá, pois, ter em conta aquelas duas dimensões.

É certo, porém, que de um projeto com esta natureza não podem esperar-se grandes efeitos a curto prazo, mas sim, e essencialmente, a

31 Não ignoramos algumas iniciativas que a este respeito, no nosso ordenamento jurídico, já foram feitas. De facto, em 2006 o Diretor Geral das Finanças decidiu encetar um incipiente projeto de educação tributária. Para esse efeito, no ano seguinte, foi criado o Grupo de Trabalho de Educação Fiscal, constituído por JOÃO PAULO PAIVA BOLÉO (coordenador), ANTÓNIO SÁ SANTOS, DOMITÍLIA DIOGO SOARES, LUÍS FILIPE FERRÃO, PATRÍCIA FALCÃO DE CARVALHO e SOLEDADE MARIA MESQUITA BORGES, com o objetivo de desenvolver aquele projeto. Neste âmbito, foram realizadas exposições sobre educação tributária, nomeadamente a exposição que decorreu no Átrio do Ministério das Finanças, de 1 a 28 de fevereiro de 2007, que tinha como objetivo apresentar o projeto de Educação Fiscal da Direção Geral das Contribuições e dos Impostos e a exposição, em 2008, que constituiu o primeiro ato público do Grupo de Trabalho de Educação Fiscal, subordinada ao tema «Educação Fiscal». A atuação do Grupo de Trabalho de Educação Fiscal assentou nos seguintes eixos temáticos: a responsabilidade social do Estado; o sistema fiscal português - origem e finalidade das normas tributárias; a natureza e missão da Direção Geral das Contribuições e dos Impostos; a relação entre os impostos e a capacidade contributiva dos distintos agentes económicos; a importância do cumprimento das obrigações fiscais. Além das exposições foi, ainda, lançada uma banda desenhada, intitulada “Os Pesadelos Fiscais de Porfírio Zap”, da autoria de JOSÉ CARLOS FERNANDES. Mais recentemente, no Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, para o triénio de 2015 a 2017, previa-se, como medida para a promoção do cumprimento voluntário das obrigações fiscais e aduaneiras, concretizar, em parceria com o Ministério da Educação, o referencial para a educação tributária e para a cidadania fiscal e, ainda, integrar, nos currículos académicos, componentes de educação para a cidadania fiscal.

médio e a longo prazo. Daí que este deva ser um projeto de caráter permanente e não circunscrito a um determinado lapso temporal. A consciência que se pretende, será criada, apenas, a médio e a longo prazo. Só com a criação dessa consciência fará verdadeiramente sentido defender-se uma democratização plena do sistema tributário, pois só assim esta também poderá, por sua vez, contribuir para o desenvolvimento e reforço dessa mesma consciência e prevenir litígios.

1.2.1. Uma experiência comparada: breve referência ao caso dos E.U.A e Espanhol

1.2.1.1. O caso dos E.U.A

Os E.U.A foram pioneiros no desenvolvimento de um projeto de educação tributária³². De facto, o projeto em vigor naquele ordenamento, denominado de *Understanding Taxes*, data de 1954. Tudo começou por um grupo de professores de Washington que, naquela data, solicitaram ao *Internal Revenue Service* material que pudessem utilizar para o ensino do Direito Tributário e do papel da tributação na sociedade. Para esse efeito, *The Local Public Affairs* desenvolveu um conjunto de materiais para os professores usarem, os quais foram de encontro às suas expectativas e, por isso, os recomendaram a outros professores e, assim, sucessivamente. Assim começou, então, o primeiro projeto de educação tributária.

Nos finais dos anos cinquenta, o *Internal Revenue Service* já fazia chegar material educativo-tributário a todo o país. A cada ano que passava o número de utilizadores daquele material ia crescendo. Nos finais da

32 *Ibid.*, p. 231.



década de setenta, professores e funcionários do *Internal Revenue Service* sugeriram expandir o *Understanding Taxes Program* aos «porquês» da tributação. Nos anos oitenta, aproximadamente cinco milhões de materiais sobre educação tributária foram distribuídos nos E.U.A e em algumas escolas americanas sedeadas no estrangeiro.

Através do *Understanding Taxes Program*, o *Internal Revenue Service* visa auxiliar os professores a preparar os seus alunos para as suas responsabilidades tributárias. Essencial neste projeto de educação tributária é dar a conhecer aos educandos os princípios do sistema tributário dos E.U.A. Neste sentido, o *Understanding Taxes Program* implica a análise não só das declarações de imposto, mas, também, da teoria e dos fundamentos do conceito de tributação.

O *Understanding Taxes Program* funciona *online*, com a existência de um site que direciona para outros dois sites: um com conteúdos e materiais destinados aos professores³³ e outro com conteúdos e materiais destinados aos alunos³⁴. Da forma como se apresenta configurado, trata-se um programa que ajuda os professores e os alunos a ensinarem e a aprender, respetivamente, os «como» e os «porquês» da tributação e que está acessível, a todos, durante todo o ano.

1.2.1.2. O caso espanhol

À semelhança do que acontece no ordenamento jurídico dos E.U.A, também no ordenamento jurídico Espanhol está implementado um pro-

33 Para mais informações, pode consultar-se o seguinte endereço eletrónico: <http://apps.irs.gov/app/understandingTaxes/teacher/>.

34 Para mais informações, pode consultar-se o seguinte endereço eletrónico: <http://apps.irs.gov/app/understandingTaxes/student/>.

jeto de educação tributária. O projeto, na sua configuração atual data de 2003, no entanto, já antes dessa data, existiram iniciativas em torno da educação tributária³⁵:

- i) Em 1980, o *Ministerio de Hacienda* editou um livro com o título *La Hacienda de todos*, coordenado pelo Professor CÉSAR ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA. De acordo com o seu prólogo, redigido pelo, na altura, *Ministro de Hacienda*, JAIME GARCÍA AÑOVEROS, os objetivos da edição daquele livro eram, por um lado, a concretização dos valores e princípios previstos na Constituição Espanhola e, por outro lado, mostrar aos espanhóis, desde os mais jovens nas escolas, o que é a *Hacienda Pública* enquanto instituição «de todos y para todos»³⁶.
- ii) Em 1985, foi editado, pelo *Ministerio de Economía y Hacienda*, um segundo livro intitulado *El Puente*, redigido por uma equipa de *Inspectores de Hacienda* e de professores de bacharelado. De acordo com o prólogo daquele livro, este tinha como objetivo explicar a existência e necessidade dos impostos, inserindo esta matéria no currículo escolar dos cursos da área das ciências sociais. O livro tinha como principais destinatários os estudantes.

35 Sobre a evolução histórica do projeto de educação tributária no ordenamento jurídico espanhol veja-se MARIA LUÍSA DELGADO LOBO, ¿Por qué una educación fiscal?, in *La experiencia educativa de la Administración Tributaria Española - Doc. n.º 13/09*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2009, pp. 16-18; ASCENSIÓN MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, El Programa de Educación Cívico-Tributaria. Origen, proceso de elaboración y desarrollo, em *La experiencia educativa de la Administración Tributaria Española - Doc. n.º 13/09*, Instituto de Estudios Fiscales, 2009, pp. 19-25.

36 MARIA LUÍSA DELGADO LOBO, ¿Por qué una educación fiscal?, p. 16.



- iii) Em meados dos anos noventa, um relatório sobre a fraude em Espanha veio renovar o interesse sobre o tema da educação tributária. Assim, na sequência daquele relatório, foi constituído um grupo misto de trabalho, constituído por elementos da *Agencia Tributaria* e da Administração Educativa, responsável pela elaboração, pelo *Instituto de Estudios Fiscales*, do trabalho *La Educación Fiscal en el marco de la Educación Moral y Cívica* que esteve na origem do trabalho *Documento sobre la educación cívico-tributaria*, no qual se defendeu a educação tributária de crianças e jovens com o objetivo de incentivar o cumprimento voluntário das obrigações tributárias.
- iv) Em 2002, por resolução do *Director General de la Agencia Tributaria* de 27 de dezembro³⁷, foi criado um grupo de trabalho sobre educação tributária constituído por funcionários da *Agencia Tributaria* e do *Instituto de Estudios Fiscales*. Este grupo tinha por objetivo elaborar desenvolver uma série de atuações que deveriam servir de base para a futura atividade educativa que a Administração Tributária pretendia levar a cabo.

37 Na parte expositiva da resolução, diz-nos ASCENSIÓN MALDONADO GARCÍA-VERDUGO (ASCENSIÓN MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, El Programa de Educación Cívico-Tributaria. Origen, proceso de elaboración y desarrollo, p. 19.), que se plasmavam as principais características do Programa de educação tributária, que se reconduziam às seguintes:

- Configurava-se como um projeto para incentivar o cumprimento voluntário das obrigações fiscais;
- Constituía-se como um objetivo estratégico da *Agencia Tributaria*;
- Previa a colaboração com diferentes Administrações, nomeadamente a Administração Educativa;
- Previa-se aproveitar a experiência de outros países no âmbito da educação tributária;
- Desejava-se a colaboração técnica de educadores e psicólogos.

- v) Em 2003, aquele grupo de trabalho apresentou ao *Director General de la Agencia Tributaria* um relatório³⁸ que, além de dar conta das atividades por si desenvolvidas³⁹, propunha a implementação de um *Programa de Educación Cívico-Tributaria* no ordenamento jurídico espanhol.

38 De acordo com ASCENSIÓN MALDONADO GARCÍA-VERDUGO (*Ibid.*, pp. 22,23, e 24.), este relatório apresentava quinze recomendações, as quais se reconduziam às seguintes:

- Subscrição de um *protocolo general de colaboración con el Instituto de Estudios Fiscales*, tendo sido celebrada uma convenção entre a *Agencia Tributaria* e o *Instituto de Estudios Fiscales* em abril de 2005;
- Convocatória de um concurso público para a elaboração do *Portal de Educación Cívico-Tributaria*, tendo o mesmo sido elaborado, com auxílio de uma empresa externa, entre janeiro e novembro de 2005;
- Promoção do *Portal de Educación Cívico-Tributaria*;
- Distribuição de materiais didáticos;
- Manutenção e atualização do *Portal de Educación Cívico-Tributaria*;
- Extensão do programa de educação tributária a bacharelatos e formação profissional;
- Organização de jornadas de *portas abertas* nas delegações da *Agencia Tributaria* e visitas a centros escolares;
- Organização de jornadas de *portas abertas* para os filhos dos funcionários da *Agencia Tributaria*;
- Preparação de jornadas de portas abertas e de visitas aos centros escolares;
- Organização de cursos de formação para os professores;
- Organização de novos cursos de formadores na *Agencia Tributaria*;
- Criação de um fórum para os formadores da *Agencia Tributaria*;
- Dar publicidade e difundir os avanços do programa de educação tributária;
- Tornar acessível o programa em diversas línguas;
- Inclusão do programa dentro da planificação da *Agencia Tributaria*.

39 No âmbito dessas atividades foi realizada uma experiência piloto, nos meses de maio e junho de 2003, que consistiu na organização de umas jornadas de *portas abertas* nas delegações da *Agencia Tributaria*. Tais jornadas tiveram como objetivo aproximar os alunos do ensino obrigatório dos tributos e da Administração Tributária, bem como lançar o programa de educação tributária. O público-alvo das jornadas eram alunos entre os 10 e os 16 anos, sendo que foram realizadas cerca de cem jornadas, tendo participada delas cerca de três mil e sessenta alunos e duzentos e quatro professores. A experiência obteve uma avaliação bastante positiva, quer por parte das delegações da *Agencia Tributaria*, quer por parte dos alunos e professores que nela tiveram a oportunidade de participar. (*Ibid.*, 20 e 21).



O Programa de Educación Cívico-Tributaria assenta em três formas de atuação⁴⁰:

- i) A experiência pessoal que tem por objetivo aproximar as crianças, os jovens e os professores à realidade fiscal, através da realização de *jornadas de portas abertas* e visitas por parte da *Agencia Tributaria* a centros escolares.
- ii) A formação *online*, através de um portal disponível na internet⁴¹, que, à semelhança do que acontece com o *Understanding Taxes Program*, põe à disposição de alunos e professores um conjunto de materiais e de recursos sobre educação tributária que podem ser utilizados dentro e fora da sala de aula. O acesso ao portal é livre, abrindo-se com uma página de início a qual permite o acesso a outras duas páginas: uma destinada aos professores e outra destinada aos alunos, ambas com conteúdos diferentes⁴²;
- iii) A formação de professores dos centros escolares, tendo as primeiras experiências começado em 2006 e, uma vez confirmado um resultado positivo, tendo-se estendido a todo o território através das *Delegaciones Especiales de la Agencia Tributaria* que

40 MARIA LUÍSA DELGADO LOBO,, «La educación fiscal como instrumento de lucha contra el fraude y la evasión fiscal», pp. 235 e 236 e MARIA LUÍSA VALDENEBRO GARCÍA, El Programa de Educación Cívico-Tributaria: el reto de la continuidad, in *La experiencia educativa de la Administración Tributaria Española - Doc. n.º 13/09*, Instituto de Estudios Fiscales, 2009, pp. 41 e 42.

41 A que se pode aceder no seguinte endereço eletrónico: http://www.agencia-tributaria.es/AEAT.educacion/HomeEducacion_es_ES.html.

42 Para mais informações sobre o portal disponível na internet, além de se poder consultar o *website* identificado na nota de rodapé anterior, pode, ainda ler-se MARTA FERNANDÉZ-CUARTERO PARAMIO, El Programa de Educación Cívico-Tributaria: contenido y materiales, in *La experiencia educativa de la Administración Tributaria Española - Doc. n.º 13/09*, Instituto de Estudios Fiscales, 2009, pp. 30-33.

começaram a trabalhar com os professores dos centros escolares da sua área em diversos cursos, encontros e jornadas.

O *Programa de Educación Cívico-Tributaria* começou com a realização de conferências, cursos e seminários, sendo que desde 2006 que a educação tributária foi introduzida nos currículos escolares do ensino obrigatório, através da unidade curricular *Educación para la Ciudadanía*, no âmbito do tema *Responsabilidad Fiscal*. O desenvolvimento deste programa não seria possível sem uma rede de *Formadores de Educación Fiscal*, constituído, a título voluntário, por funcionários da *Agencia Estatal de Administración Tributaria*⁴³. Tomando como referência o ano de 2009, MARIA LUÍSA VALDENEBRO GARCÍA assevera que “en sus seis años de existencia el *Programa* ha conseguido un impacto considerable”⁴⁴, sendo que “los resultados más importantes del *Programa de Educación Cívico-Tributaria* se alcanzarán a largo plazo”⁴⁵, tal como se referiu *supra*, a respeito do nosso ordenamento jurídico.

2. Conclusões

No geral, pode-se reconduzir as conclusões alcançadas ao longo deste trabalho a três tópicos fundamentais.

Em primeiro lugar, pensa-se que um conceito de democracia plena não se esgota no exercício do direito de voto, mas apela a uma maior

43 Para mais informações sobre esta rede de formadores, pode ler-se CONCHA RÓLDAN MUÑO, El elemento humano del Programa de Educación Cívico-Tributaria. La red de formadores de educación fiscal, em *La experiencia educativa de la Administración Tributaria Española - Doc. n.º 13/09*, Instituto de Estudios Fiscales, 2009, pp. 35-40.

44 MARIA LUÍSA VALDENEBRO GARCÍA, El Programa de Educación Cívico-Tributaria: el reto de la continuidad, p. 44.

45 *Ibid.*, p. 45.



participação dos cidadãos, nomeadamente através do recurso a instrumentos típicos de uma democracia não só representativa, mas também participativa.

Em segundo lugar, deve-se dizer que é este conceito de democracia plena, ultrapassados os obstáculos normativo-fundamentais e práticos, que se propõe para o ordenamento tributário, por forma a desenvolver-se uma maior consciência ético-tributária e assim prevenirem-se futuros litígios.

Em terceiro e último lugar, conclui-se, admitindo, que a nossa ideia de maior democratização do sistema tributário, para alcançar os seus objetivos pressupõe, por sua vez, a existência já de um grau de consciência ético-tributária que se deve alcançar através daquele instrumento que é, para nós, um dos pilares fundamentais de uma sociedade, ou seja, a educação, em especial a educação tributária, à semelhança do que acontece já em outros ordenamentos jurídicos.

Democracia Transnacional ¹

SUZANA TAVARES DA SILVA ²

Sumário: 1. Democracia transnacional: breve caracterização; 2. A crise da democracia; 3. As “novas aceções” da democracia; 4. A democracia transaccional; Notas finais

Palavras chave: Democracia transnacional; crise; pós-democracia; liberalismo

Abstract: 1. *Transnational democracy in a nutshell*; 2. *The Crisis of Democracy*; 3. *Democracy: “new approaches”*; 4. *“Traded” democracy*; *Final notes*

Key Words: *Transnational democracy; crisis; pos-democracy; liberalism*

¹ O texto corresponde ao registo escrito da intervenção oral no X Encontro de Professores de Direito Público, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2017, o que explica o carácter tópico do discurso.

² Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pátio da Universidade. 3004-545 Coimbra. E-mail: stavares@fd.uc.pt.



A democracia – todos sabemos – é uma forma de governo baseada na legitimidade popular e constitui, até ao presente, o modelo ideal de “auto-governo” de uma comunidade. De resto, a comunidade internacional erigiu o regime democrático, juntamente com a consagração de um catálogo de direitos fundamentais, à categoria de elemento determinante para a existência de um Estado de Direito. Mas isso não significa que esteja tudo dito sobre esta matéria, que a democracia seja um *acquis* inquestionável e, até, que não se apontem hoje sintomas significativos de *crise* das democracias, como iremos ver.

Mas comecemos por definir o tema que nos foi proposto, e que, para sermos rigorosos, nos obriga a contar a sua pequena história (*story*). À semelhança da “vírgula fatal” e de galhas famosas que tornam as obras valiosas, também a preparação desta participação no Encontro de Professores de Direito Público começou com uma “galha”. No email inicial que propunha o tema lia-se “democracia transaccional” em vez de “democracia transnacional”. O episódio não mereceria referência se aquela galha não nos tivesse proporcionado – como acabaria por suceder – um conjunto de reflexões sobre o sentido possível do conceito de “democracia transaccional”. Reflexões que nos parecem dignas de registo e partilha, também na versão escrita da nossa intervenção.

Assim, optámos, quer na intervenção oral, quer agora que procedemos ao seu registo escrito, por tratar o tema da *democracia transnacional* em todas as suas possíveis acepções – desde as construções teóricas para a identificação de expressões de democracia supranacional, ou seja, manifestações democráticas não baseadas na cidadania do Estado-nação, até às diversas tentativas de ingerência externa de alguns Estados ou de entidades internacionais na política interna de outros Es-

tados-nação em nome da garantia da democracia – e por deixar algumas pistas de reflexão quanto à possibilidade de dar um sentido ao conceito de *democracia transaccional*, integrando-a em uma das razões para a crise da democracia.

1. Democracia transnacional: breve caracterização

Em regra, quando a literatura se refere à *democracia transnacional* vem de imediato à ideia o *caso Haider*, quando, em 2000, catorze Estado-membros da União Europeia, pela voz de António Guterres (Portugal assumia nessa data a presidência da União, quando esta ainda era rotativa), decidiram ameaçar diplomaticamente o Governo de Viena com um “isolamento” caso este viesse a integrar no seu elenco membros do partido de extrema-direita de Jörg Haider. Não será exagerado dizer que o Mundo foi surpreendido por esta intromissão inédita das Instituições Europeias na política interna de um Estado-membro e pelas consequência que daí advinham, também no plano nacional da democracia austríaca, pois o objectivo deste ultimato era impedir ou neutralizar a efectivação prática do que haviam sido os resultados eleitorais no contexto de umas eleições livres. As correntes socialistas e sociais-democratas regozijaram-se naquela época com a “maturidade política” que este episódio revelava em relação à União Política Europeia e às suas potencialidades na neutralização de correntes políticas que procurassem explorar os populismos e a xenofobia – talvez os que então se regozijaram sejam os mesmos que hoje, volvidos quase vinte anos sobre aquela “conquista”, ainda estejam a tentar perceber o que é que falhou no projecto europeu para conduzir ao Brexit, o que é que explica o sucesso eleitoral de políticos “sem ideologias” e porque é que estamos novamente a discutir os “populismos” na Europa do século XXI³.

3 Sobre os populismos de direita e de esquerda e o seu significado actual v. Cas MUDDE e Cristóbal ROVIRA KALTWASSER, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017.



A *democracia transnacional* pode, contudo, assumir diferentes significados⁴, que vão desde a necessidade de democratização das instituições transnacionais até à tentativa de instituição de novos modelos democráticos supranacionais, de que a União Europeia é um exemplo. Estes novos modelos democráticos apresentariam características híbridas e *sui generis*, uma vez que não exigiriam a constituição de uma organização política nova de tipo federativo ou confederal, erigindo-se, em alternativa, como uma forma de integração assente sobre o modelo de Estado-nação baseado numa “soberania duplicada”, como pressupunha a proposta apresentada por Habermas em 2014⁵.

No essencial, e segundo este novo modelo democrático político-organizativo, cada cidadão europeu integraria simultaneamente duas comunidades políticas: *i)* a nacional, onde participaria no processo político com os seus co-cidadãos do Estado-membro respectivo; e *ii)* a europeia, onde, a par com os Estados-membros, os cidadãos poderiam ter uma voz activa na construção da política comum da União. Uma proposta que tem, a nosso ver, tanto de desafiante no plano teórico, como de irrealista no domínio pragmático⁶. A demonstrar o seu irrealismo estão também as iniciativas cidadãs no procedimento legislativo europeu⁷, que

4 Para uma visão geral de diferentes acepções do conceito v. James ANDERSON, *Transnational Democracy: Political Spaces and Border Crossings*, Routledge, London, 2002.

5 V. Jürgen HABERMAS, «Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible», *European Law Journal*, Volume 21, Issue 4, July 2015, pp. 546–557 .

6 A demonstração do falhanço desta proposta de “soberania híbrida”, para utilizarmos a expressão de Köchler («The European Constitution and the Imperatives of Transnational Democracy», *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, 2005, pp. 88-101), é desde logo o projecto de Constituição para a Europa.

7 O artigo 11.º/4 do Tratado da União Europeia foi aditado com o Tratado de Lisboa e contempla um mecanismo de participação directa através de iniciativa cidadã no pro-

pela (falta de) participação e pelos temas mostram claramente que não existe ainda uma cidadania europeia capaz de definir um interesse público europeu⁸. Parece-nos, pois, que a aceção de *democracia transna-*

cedimento legislativo europeu: “[U]m milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar os Tratados”. O procedimento consta do Regulamento (UE) n.º 211/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à Iniciativa de Cidadania.

8 Lembramos as três iniciativas bem sucedidas que se registam desde 2011: *i)* a *Right2Water* (“A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria!”), registada em 10 de Maio de 2012, que deu origem à COM(2014) 177 final, onde a Comissão pouco adianta em relação à regulamentação existente, limitando-se a reafirmar que a Directiva-quadro da Água já responde às preocupações relativas à sustentabilidade e ao uso racional daquele recurso, que os fundos comunitários têm desempenhado um papel importante no que respeita à construção de sistemas de abastecimento de água e saneamento e, no que era o essencial do pedido da cidadania, nega qualquer alteração em relação ao princípio da neutralidade, afirmando que as directivas da contratação pública e a directiva serviços são suficientes e adequadas para assegurar os direitos reivindicados pelos cidadãos; *ii)* a *One of Us* (“Um de Nós”), registada em 11 de Maio de 2012, deu igualmente origem a uma Comunicação em 2014 [COM(2014) 355 final], na qual a Comissão sublinhou que a dignidade humana é um valor que compromete a União e que está subjacente a todas as suas decisões e políticas, mas que apesar disso não era possível aceder ao pedido formulado no sentido de que “(...) a UE não financie investigação subsequente ao estabelecimento de linhas de células estaminais embrionárias humanas. Tal deve-se ao facto de a Comissão ter formulado a sua proposta tendo em conta as considerações de ordem ética, os potenciais benefícios para a saúde e o valor acrescentado do apoio a nível da UE para todos os tipos de investigação sobre células estaminais. Esta proposta foi adoptada pelo co-legislador, ou seja, o Parlamento Europeu e o Conselho, com base num acordo obtido democraticamente durante as negociações interinstitucionais” – em suma, trata-se de um regime que beneficia de uma legitimidade alargada e de uma legitimidade científico-técnica que deixa sem base de fundamentação o pedido da cidadania; por último, *iii)* a *Stop Vivisection*, registada em 22 de Junho de 2012, deu origem a uma Comunicação de 2015 [C(2015) 3773 final], na qual a Comissão explica também a impossibilidade de atender às pretensões dos peticionantes no sentido de abandonar a experimentação em animais, alegando que a mesma é essencial à investigação científica e que os princípios éticos são assegurados pela Directiva 2010/63/UE.

Registam-se ainda doze iniciativas em tramitação, cujos temas são muito variados, mas quase sempre reconduzíveis ao labor de alguns grupos activistas: *i)* *Stop Plastic in The Sea (Plástico no Mar: Basta!)* – 2015; *ii)* *Pai, Mãe e Filhos – Iniciativa de cidadania europeia para defender o casamento e a família* – 2015; *iii)* *People4Soil: assine a iniciativa de cidadania*



cional como caracterização da organização política *sui generis* da União Europeia, enquanto alternativa aos modelos tradicionais de integração política, acaba por se esvaír em meros exercícios de teorização. A mesma crítica nos merece quem procura fundamentar a legitimidade democrática transnacional no nível Europeu a partir dos valores do *comunitarismo* que seriam partilhados por todos os Estados-membros e por todos os seus cidadãos⁹ – se a “crise do Euro” mostrou que havia uma Europa do Sul e uma Europa do Norte, a “crise dos refugiados” mostrou também que existem diferenças culturais assinaláveis entre a Europa do Leste e a Europa mais Ocidental.

Questão diferente é a aceção de *democracia transnacional* como exigência de *democratização das instâncias internacionais* surgidas após a Segunda-Guerra Mundial e com o advento da regulação económica como resposta ao liberalismo económico-financeiro mundial¹⁰. Neste domínio, onde há efectivamente campo fértil para a disseminação da democracia, os institutos adquirem, porém, novas designações como

para salvar os solos da Europa! – 2016; iv) *Mais do que ensino – Formação de cidadãos ativos e responsáveis* – 2016; v) *Proibição do glifosato e protecção das pessoas e do ambiente contra pesticidas tóxicos* – 2017; vi) *Instrumento Europeu de Circulação* – 2017; vii) *Cidadania da UE para os europeus: unidos na diversidade apesar do jus soli e do jus sanguinis* – 2017; viii) *Minority SafePack – Um milhão de assinaturas pela diversidade na Europa* – 2017; ix) *Manter a cidadania europeia* – 2017; x) *Vamos reduzir as diferenças salariais e económicas que dividem a UE!* – 2017; xi) *Stop Extremism* – 2017; xii) *STOP TTIP* – 2017.

9 Para uma síntese da doutrina que opta por esta perspectiva v. Patrícia KAPLÁNOVÁ, «Transnational democracy, legitimacy and the European Union», *Journal of Universal Excellence*, Ano 4, n.º 1, 2015, pp. A52-A63.

10 Para muitos o liberalismo económico-financeiro ligado à globalização económica (remoção de barreiras ao comércio internacional e desregulação da economia) é uma expressão do neoliberalismo, mas estas associações genéricas e apressadas acabam sempre por revelar diversas inconsistências no plano teórico e dogmático – para uma visão global das divergências e dos pontos de contacto v. Manfred STEGER e Ravi ROY, *Neoliberalism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2010.

forma de se adaptarem às necessidades específicas e às diferenças que aí existem. Se a intenção é “democratizar” o FMI ou o Banco Europeu de Investimento, o que está em causa não é a instituição de formas de legitimação popular dos decisores através do voto universal e igual, mas sim mudanças estruturais no modo de escolha dos decisores, no modo de formação das decisões e até na maneira como a respectiva contestação e fiscalização podem ter lugar. Por isso, em rigor, os autores preferem neste caso o termo (*good and global*) *governance* a democratização.

Não se trata, com esta mudança terminológica, de alterar apenas a denominação de uma mesma realidade, mas antes de sublinhar que estamos perante – já o dissemos – uma realidade diversa e novas exigências. A *governance* não é uma expressão de *democracia* no sentido de legitimação da acção pela vontade popular, a *governance* é a expressão da qualidade da acção que se legitima pelo seu conteúdo (apto a responder positivamente às exigências da actualidade), pelo modo de formação das decisões (pelo diálogo, pela participação, pela comunicação e pela informação) e pelo modo de execução (realização cooperativa e colaborativa). Na definição de Levi-Faur, a *governance* é simultaneamente uma estrutura, um processo, um mecanismo e uma estratégia¹¹.

Assim, a *governance* não é um conceito concorrente com a democracia, mas aspira a ser um modo de gestão e de legitimação da acção que se pode vir a sobrepor àquela ou a impor-lhe regras para a aperfeiçoar. Tal como o constitucionalismo impôs denominadores materiais mínimos ao poder público estadual, a *governance* pretende impor denominado-

11 Cfr. David LEVI-FAUR, «From “Big Government” to “Big Governance”», *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012, pp. 8-10.



res materiais mínimos ao poder global como forma de suprir o seu inevitável deficit democrático representativo¹².

Se a democracia legitima, segundo a fórmula de Lincoln, o “governo do povo, pelo povo e para o povo” (é indissociável de uma cidadania legitimadora e destinatária do poder), a *governance* legitima a acção das novas estruturas burocráticas a qualquer nível (local, regional, nacional, supranacional e internacional). Na *governance global* não estamos perante uma acção (termo que é aqui preferido ao de poder) que responde perante um povo-nação, mas sim perante uma acção que presta contas aos destinatários directos (que podem ser empresas, pessoas singulares, instituições políticas) e às estruturas dirigentes de cúpula que lhe deram vida e que são também elas estruturas jurídicas complexas, porque representativas de interesses nacionais. Assim, a *governance* nas instituições intergovernamentais suscita problemas específicos no campo do que alguns autores apelidam de especial forma de democracia: a *democracia intergovernamental*¹³.

Em conclusão, podemos dizer que os dois *drivers* essenciais da *governance* – aqui na acepção de *democracia transnacional* ou democratização

12 Sobre o deficit democrático do direito internacional e os riscos que o mesmo apresenta para a democracia e as soberanias nacionais v. Jeremy RABKIN, *Law without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States*, Princeton University Press, 2007.

13 O estudo da democracia transnacional liga-se, neste caso, com o estudo das relações internacionais, em particular com a institucionalização de formas de cooperação estratégica através da proliferação de organismos intergovernamentais nas mais diversas áreas, da economia à segurança – o estudo da legitimação da acção destas entidades e do que muitos denominam como défice democrático das mesmas consubstancia uma área cinzenta ou mista que designamos como *democracia intergovernamental* – sobre o tema v. Alexandru GRIGORESCU, *Democratic Intergovernmental Organizations?*, Cambridge University Press, New York, 2015.

de instituições intergovernamentais e internacionais – são a *accountability* (a prestação de contas perante os destinatários da acção e os agentes instituidores das entidades) e a *transparência* no sentido “federador” de informação, comunicação, participação e fundamentação¹⁴.

Apesar das “virtudes” apontadas à *governance*, percebemos que boa parte dos autores conclui que a mesma não tem capacidade para substituir a democracia ou aquilo que a legitimação democrática consegue prover: paz social e sentimento generalizado de legitimação da acção¹⁵.

Uma última acepção de *democracia transnacional* que nos falta tratar é a que designaremos como *democracia exportada*, ou seja, a tentativa de impor a outros sistemas políticos a adopção de formas democráticas de governo; algo que a Primavera Árabe mostrou ser um ensaio desastroso. Para além dos resultados a que conduziu, a tentativa de exportação do regime democrático Ocidental para sociedades complexas pôs também em evidência os *riscos* associados ao transplante de institutos jurídico-políticos para outros sistemas normativos e culturais. Importa não esquecer que os valores Ocidentais do liberalismos e da dignidade humana são o esteio da democracia e a tentativa de implementar (forçadamente ou ficticiamente) um regime democrático em Sociedades onde esses valores não estejam suficientemente disseminados e internalizados – em particular em Sociedades onde a igual dignidade entre os Homens não é ainda um valor dominante – não pode conduzir à instituição

14 No mesmo sentido v. Jost DELBRÜCK, «Exercising Public Authority beyond the State: transnational democracy and/or alternative legitimation strategies», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, 2003, pp. 29-43.

15 V. Amit RON, «Modes of democratic governance», *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012, pp. 472-484.



de um sistema legítimo¹⁶. A experiência árabe mostrou também que o *cosmopolitismo* – outra das correntes que serve de suporte teórico à *democracia transnacional* assim como ao direito internacional e aos direitos humanos – é uma aspiração, mas não uma realidade.

Esta *democracia exportada* – a expansão do modelo para realidades socioculturais que não estão ainda adaptadas à sua recepção – não deve confundir-se com as situações em que os regimes democráticos já plenamente implementados em certas comunidades políticas nacionais são ameaçados pelas próprias instituições políticas internas. Neste caso o que sucede é uma intervenção externa por via diplomática – sanções, embargos –, em regra concertada em instituições internacionais, cujo objectivo é restabelecer o regime democrático daquele país.

2. A crise da democracia

Esclarecidas as acepções possíveis de democracia transnacional, parece-nos importante fazer agora uma alusão, ainda que tópica e breve, ao que consideramos serem as *causas da crise da democracia* ou da *crise dos valores democráticos ocidentais*, desde as mais remotas – que estão associadas às mudanças no paradigma de organização social e filosófico no Ocidente – até às mais próximas – ligadas às transformações registadas nas instituições político-sociais e à evolução tecnológica.

¹⁶ Como a doutrina bem destaca, a igualdade não é o esteio da democracia (a democracia visa legitimar o exercício do poder de governo nas sociedades), mas um regime democrático não depende apenas de esquemas formais como eleições livres e universais, ele precisa também de uma sociedade entrosada com a vida política, ou seja, onde exista acesso a informação, onde os *media* funcionem de forma regular e onde a garantia dos direitos fundamentais esteja devidamente assegurada – Eva ERMAN e Sofia NÄSSTRÖM, «Introduction: in search of political equality», *Political Equality in Transnational Democracy*, Palgrave Macmillan, New York, 2013, pp. 1-15.

No plano das *modificações estruturais* globais começamos por assinalar a complexidade dos tempos recentes, patente na incapacidade de elaborar novos modelos de compreensão global da realidade como aqueles que encontramos na transição para a época moderna e no advento do capitalismo. Hoje a compreensão da realidade política é fragmentada e fragmentária e, apesar das inúmeras tentativas, não conseguimos encontrar uma teoria global que compreenda e sintetize a teoria política actual¹⁷. Propostas como a *biopolítica* (apesar dos equívocos que a tese de Foucault acabaria por suscitar¹⁸) ou a *sociedade em rede* de Manuel Castells¹⁹, centrada no impacto que as novas tecnologias representam para as estruturas sociais e para a nova forma de capitalismo – o capitalismo informacional – são apenas dois exemplos de tentativas de recompreensão da realidade político-económica e social que não foram bem sucedidas ou não conseguiram alcançar os seus objectivos.

Com efeito, o que caracteriza na contemporaneidade o desenvolvimento das ciências sociais são os *fenómenos políticos parciais*, como o

17 Neste sentido v. Robert GOODIN, «The state of the discipline, the discipline of the State», *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2009, pp. 3-57.

18 Na formulação que Foucault deu ao conceito no início do século XIX, a biopolítica era essencialmente a referência ao fenómeno de gestão política da vida humana, ou seja, para o autor, o homem ocidental passa a perceber de forma conjunta a sua consciência de espécie (a espécie humana) e a necessidade de promover a respectiva preservação através da acção colectiva organizada (a política). Mais tarde, porém, sobretudo com a obra de Agamben, o conceito haveria de aparecer associado a conotações menos positivas ligadas a uma certa compreensão da acção política sobre as potencialidades da vida humana, o que poderia “justificar” intervenções de natureza eugénica. Isso não significa que não possamos encontrar também conotações positivas do termo, desenvolvidas por Esposito, para quem a biopolítica pode ser reconduzida a uma compreensão de Estado como organização política que não só tem um corpo (os cidadãos), mas também uma unidade espiritual que lhe garante unidade – sobre todas estas acepções v. Timothy CAMPBELL e Adam SITZE (ed.), *Biopolitics*, Duke University Press, London, 2013.

19 Cfr. Manuel CASTELLS, *Sociedade em Rede. Era da Informação II: Economia, Sociedade e Cultura*, 4ª ed., Gulbenkian, 2012.



feminismo, o *ambientalismo* ou o *trans-humanismo*, que, precisamente por serem parciais, conseguem construir com facilidade comunidades identitárias transnacionais com expressão social global, apesar de, proporcionalmente, não terem depois expressão política significativa se analisadas individualmente em cada território dos Estados-nação.

Podemos afirmar que existe neste caso – nos fenómenos políticos parciais – o desenvolvimento de uma expressão representativa do social que cresce diacronicamente e de forma transnacional, distinguindo-se das *teorias reactivas*, que surgem em regra de forma diacrónica em um ou mais Estados-nação, mas como expressões paralelas de fenómenos político-sociais que apresentam continuidades identitárias entre si. É o caso do *estado de excepção* de Agamben (na esteira do pensamento de Schmitt) em resposta a crises ou ameaças sérias à organização política e que, em nome da capacidade de (re)acção do Estado, pode justificar uma concentração de poderes e uma redução das garantias jurídicas²⁰. Mas também do *juiz Hércules* de Dworkin, aquele juiz ideal a quem se poderia pedir que para a decisão de cada caso analisasse o direito escrito e os princípios no seu todo (*law as integrity*), e que é, na verdade, uma teoria normativa de reacção ao positivismo, que acaba depois por servir de lastro teórico aos activismos judiciais. E as mesmas críticas – de teorias reactivas da compreensão dos fenómenos sociais actuais – podem ser estendidas à *hospitalidade* de Derrida, que culmina com as dificuldades de execução de políticas de integração multicultural e com “excessos” dessas comunidades que a Europa procurou integrar²¹.

20 Cf. Giorgio AGAMBEN, *Estado de Excepção*, Edições 70, Lisboa, 2010.

21 Referimos, apenas a título ilustrativo, problemas como o casamento de menores na etnia cigana, a proibição do uso da burca em França, a dificuldade de integração do uso do véu islâmico no sistema de ensino e no mercado de trabalho, que se encontra bem patente nos *casos do TEDH* – para uma análise dessa jurisprudência v. Juan José RUIZ

A incapacidade das teorias em abarcar de forma compreensiva a realidade actual é acompanhada da perda de significado e de relevância de alguns institutos jurídicos essenciais à matriz sociocultural ocidental e, em particular, europeia, como sucede com a passagem de um optimismo racional para uma *cultura de risco* (Beck²²) e *de medo* (Sunstein²³ e Ackerman²⁴), com a multiplicação das teorias da justiça (Sen²⁵), a transmutação dos bens públicos para bens económicos, a matização da limitação do poder na era da regulação, a emergência de experiências de regulação política alternativas ao contrato social, a passagem do direito internacional dos Estados para um direito internacional dos indivíduos e o aprofundamento do estudo da teoria dos jogos no campo das relações internacionais.

Não admira, pois, que todas estas transformações tenham gerado tamanha complexidade que acabou por afastar os cidadãos das instituições e da própria política, gerando um sentido global de desconfiança (a que não é alheio o fenómeno da corrupção) e mesmo de desinteresse. Assis-timos a uma diluição dos esteios socioculturais no que Bauman apelida de “modernidade líquida”²⁶.

Todos estes fenómenos contribuem para a denominada *crise da democracia*, que é fundamentalmente uma *crise do modelo de democracia*

RUIZ e Benito ALÁEZ CORRAL, *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

22 Ulrich BECK, *A Sociedade de Risco Mundial. Em busca da segurança perdida*, Edições 70, Lisboa, 2015.

23 Cass SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005.

24 Bruce ACKERMAN, *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University Press, 2007.

25 Amartya SEN, *A Ideia de Justiça*, Almedina, Coimbra, 2013.

26 Zygmunt BAUMAN, *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2015.



representativa, o qual é, de resto, indissociável da *crise das ideologias*. Arriscamos dizer que desde a apresentação da “terceira via” de Giddens²⁷, que as ideologias políticas não conseguem encontrar forma de se reinventar e adaptar à mudança. A política transforma-se em mera “arte de comunicar políticas”. Mais do que isso, deixa de se preocupar com o conteúdo – as ideias que se pretendem fazer valer na organização social e comunitária – e centra-se na forma – *no marketing político* e na *propaganda*. Assistimos a uma superação da liderança pela popularidade e à substituição de estadistas por “bons actores e bons comunicadores”.

Apesar da propaganda e do refinamento da comunicação política, os cidadãos apercebem-se da perda de poder real por parte das instituições políticas nacionais. Assistem a sucessivos episódios reveladores da incapacidade de os Estados se imporem perante as multinacionais, as organizações políticas internacionais ou os grupos terroristas, o que mina a sua confiança nas mesmas e abre um ciclo de enorme risco para as democracias, com a abstenção a chegar a cifras incalculáveis em quase todos os países ocidentais – votar porquê? votar para quê?

Também no plano económico o trabalho dependente cede lugar ao empreendedorismo e à terceirização, o que obriga a repensar e reestruturar a forma de garantir os direitos sociais tradicionalmente ligados às formas de organização colectiva do trabalho. E a “questão social” por resolver agrava-se à medida que o bem-estar se torna mais exigente e os indivíduos – aprisionados nas cidades, desintegrados de comunidades de pertença e partilha familiar e cultural e cada vez mais dependentes de comunidades virtuais – se tornam vulneráveis e ficam dependentes de

27 Anthony GIDDENS, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Polity, London, 1998.

respostas da organização colectiva pública, que é incapaz de satisfazer todos os pedidos nas áreas da saúde, da educação e da previdência e assistência social – é neste momento que se generalizam as novas formas de pobreza. Se somarmos a isto o deslaçamento entre gerações – cada geração tem códigos de comunicação diferentes (o exemplo mais citado é o da “geração Y”²⁸) que impedem a solidariedade – percebemos que este novo mundo global e digital de “proximidade e amizade virtual” e de “auto-estimas dependentes de *likes*” é afinal um espaço de existência dos individualismos, das solidões e da desprotecção social, institucional e comunitária.

Em reacção, emergem novos movimentos políticos que procuram *referenciais culturais de partilha na proximidade*, dando origem a um re-credescimento dos nacionalismos e dos regionalismos no plano político, dos protecctionismos no plano económico e da xenofobia no plano social – ameaças ao Estado-nação a partir dos seus pilares e de que a Catalunha, a Valónia e Marine Le Pen são apenas alguns exemplos.

Por último, os Estados ficam também fragilizados financeiramente, pois o aumento da despesa, que deveria ser assegurado pelo aumento da receita tributária, enfrenta dificuldades de efectivação em razão dos esquemas de planeamento fiscal agressivo – tema a que voltaremos mais à frente neste texto quando tratarmos da *democracia transaccional*.

Em suma, acompanhamos as preocupações de Colin Crouch quando o autor há mais de dez anos nos alertava para as consequências destes

28 Expressão utilizada por William Strauss e Neil Howe para designar a geração do milénio ou geração da internet, ou seja, aqueles que nasceram após 1980 e estão perfeitamente adaptados à revolução tecnológica – *Millennials Rising: The Next Great Generation*, Random House USA, 2000.



fenómenos económico-sociais, que ao destruírem a estrutura de classes e substituírem o capitalismo mercantil e industrial por um capitalismo global e financeiro minavam as bases da estrutura democrática estadual e, com isso, se nada fosse feito, impunham a passagem (o retrocesso) da democracia de massa e popular, tal como a tínhamos conquistado, para uma democracia de elites, ou seja, para o que ele qualifica como *pós-democracia*²⁹. Na revisitação do tema em 2016, o autor imprime um tom ainda mais pessimista ao discurso quando conclui que fenómenos como o TTIP, a crise do euro, a formação de empresas internacionais na área dos *media* sugerem que as forças que dominam a política são cada vez menos aquelas que elegemos de forma democrática e que a própria democracia não consegue reinventar-se e apresentar propostas ou soluções que resolvam os problemas da *pós-democracia*³⁰.

3. As “novas aceções” da democracia

A crise, decorrente dos fenómenos a que topicamente fizemos alusão, deu origem a diversas propostas de recompreensão do funcionamento dos sistemas democráticos, em particular através de tentativas de alargar as formas de participação democrática directa ou de generalizar a democracia deliberativa, em complemento da democracia representativa. Os resultados, com uma ou outra excepção, não são, a nosso ver, animadores³¹.

29 Cfr. Colin CROUCH, *Post-Democracy*, Polity Press, 2004.

30 Cfr. Colin CROUCH, «The March Towards Post-Democracy, Ten Years On», *The Political Quarterly*, Vol. 87, N.º 1, Jan-Mar, 2016, pp. 71-75.

31 Diferente é o caso do *direito de audição e participação administrativa* em procedimentos respeitantes a *projectos com efeitos transnacionais*, como sucede desde logo com os projectos que têm *impactos ambientais transfronteiriços*, embora neste caso não estejamos perante um verdadeiro alargamento da democracia transnacional baseada no

Por ocasião da crise económico-financeira de 2008 surgiram diversos movimentos populares inorgânicos que apelavam aos princípios da democracia directa como meio de promover a justiça social em alternativa ao que consideravam ser os resultados calamitosos da desregulação dos mercados financeiros, em parte alcançados graças à passividade ou má gestão (em alguns casos associados a esquemas de corrupção) de governos eleitos a partir de sistemas representativos ilegítimos. Estas “redes sociais de indignados” – como o “Occupy Wall Street – OWS” dos EUA ou o “13m” em Espanha – revelaram que são capazes de alcançar protagonismo nos *media* e até impacto transnacional – no caso do movimento Occupy, que nasceu em Manhattan, surgiram depois expressões regionais em outras áreas do globo, como prova da sua capacidade de *branding* – mas não passam de “movimentos de contestação”³², incapazes de produzir respostas alternativas estruturadas (formas institucionais) que consigam entrar no sistema e modificar o rumo da história.

É verdade que estes movimentos deram um contributo importante na denúncia e consciencialização geral de que a desigualdade econó-

princípio da busca da comunidade política relevante para a decisão, mas apenas da obrigação de auscultar comunidades políticas lesadas por decisões de outras comunidades políticas, recorrendo, para o efeito, à mediação do Estado – Cf. Convenção de Espoo (Convenção sobre Avaliação dos Impactes Ambientais num Contexto Transfronteiriço) e o artigo 7.º/4 da Directiva 2011/92/UE relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente, na redacção dada pela Directiva n.º 2014/52/EU.

32 Apesar de integrarem pessoas muito diversas – de estudantes e professores universitários a profissionais e trabalhadores desempregados; de representantes de diversos movimentos como anarquistas, ambientalistas e feministas a representantes de diversas “tribos urbanas” como punks ou góticos – estes movimentos demonstraram não conseguir instituir formas de autogoverno, nem respostas duradouras. O relato escrito de um dos participantes no movimento Occupy, através do qual procurou dar protagonismo à corrente anárquica em que se filia prova que os objectivos destes “actores sociais” são afinal limitados e andam muito distantes de um projecto global de governo para sociedade – v. Mark BRAY, *Translating Anarchy. The Anarchism of Occupy Wall Street*, zero books, 2013.



mico-social tinha aumentado de forma excessiva no Ocidente nos últimos anos e que a globalização e a desregulação financeira estavam a contribuir de forma determinante para este resultado³³, mas é também verdade que as breves formas de institucionalização que alcançaram – referimo-nos em especial ao partido político “Podemos” em Espanha – rapidamente demonstraram que afinal estes *newcomers* utilizam as mesmas estratégias e incorrem nos mesmo erros que os partidos políticos tradicionais: financiamentos ilegais, corrupção, fraude.

Estes movimentos lembraram “o colectivo” do que há muito já se sabia: a *democracia directa* apenas pode ter efectividade e virtualidades se surgir em forma de expressões orgânicas e institucionalizadas, no contexto do que actualmente se denomina como *reforço da participação*. São exemplos de sucesso neste domínio institutos como os orçamentos participativos municipais, que alocam uma parte das suas verbas a projectos propostos e votados pela população eleitora daquela circunscrição municipal, “*engajando*” os eleitores com as estruturas representativas locais.

Também as experiências da *cyber-democracia* não colhem o nosso entusiasmo. Sem querer negar as virtudes da *sociedade do conhecimento*, afigura-se-nos utópico que possamos transitar do estado actual para um modelo de desenvolvimento totalmente baseado no conhecimento e na inovação, segundo o qual o diálogo entre o local e o global através das novas tecnologias irá também levar a novas formas de organização político-social, assentes nas tecnologias de informação e comunicação e no investimento privado em prol do bem comum (a *cyber-democracia*)³⁴.

33 Entre a muita literatura sobre o tema permitimo-nos destacar Joseph E. STIGLITZ, *O Preço da Desigualdade*, Bertrand, Lisboa, 2013.

34 Sobre o tema v. Elias G. CARAYANNIS *et alii*, *Cyber-Development, Cyber-Democracy and Cyber-Defense*, Springer, New York, 2014.

De resto, as experiências de *e-government* um pouco por todo o mundo mostram que este domínio de associação entre as novas tecnologias e os serviços públicos é fundamental para alcançar ganhos de eficiência, aumento da qualidade dos serviços e do bem-estar dos cidadãos, mas ao mesmo tempo apresenta alguns *riscos* nesta fase de transição, pois a iliteracia informática é responsável pela exclusão social dos mais velhos, dos que têm menor escolaridade e dos mais pobres e, em muitos casos, a intermediação informática é também geradora de individualismos que fazem perigar a capacidade de reivindicação dos utentes dos serviços públicos. Acompanhamos assim as preocupações que Cass Sunstein expressou em 2009 quando alertou para a diferença entre cidadãos e consumidores e o modo como a intermediação da tecnologia e das redes sociais nos serviços públicos pode conduzir a uma diluição da cidadania e dos códigos culturais da democracia³⁵.

Isso não significa, porém, que desprezemos por completo as propostas que vão surgindo no contexto da substituição dos modelos burocráticos por novas formas de gestão e governo que explorem os benefícios da tecnologia. Elogios que não se limitam a iniciativas como o *Simplex* português, mas que incluem também outras propostas mais arrojadas, como as “*wiki-based government*” (instituição de ecossistemas de decisão colaborativa que permitam a todos os que têm interesse e *expertise* participar e melhorar um sistema)³⁶ ou os “*peer-to-peer governance experiences*” (regimes de decisão colaborativa onde as decisões são tomadas de

35 Cfr. Cass SUNSTEIN, [Republic.com](#) 2.0, Princeton University Press, 2009.

36 Sobre a implementação deste tipo de projectos na Casa Branca v. Beth Simone NOVECK, *Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful*, Brookings Institution Press, 2009.



forma colectiva e democrática e que estão na base do desenvolvimento de sistemas informáticos como o LINUX)³⁷.

Uma nota adicional ainda sobre a *informatização* e a *simplificação* da acção governativa para destacar outros *riscos* que são indissociáveis deste fenómeno, como: *i*) o elevado volume de informação que é gerada e que precisa de ser correctamente protegida³⁸; *ii*) a informação qualificada (segredos e reservas) que exige cuidados acrescidos em matéria de protecção; e *iii*) a eliminação de trâmites procedimentais e a introdução de automatismo que podem afectar a justiça dos resultados³⁹.

Por último, é importante incluir entre as “novas tendências” da democracia aquilo que nos parece configurar um meio de *legitimação das decisões pelos resultados* através do alargamento das formas de controlo da actividade governativa e administrativa. Em primeiro lugar, esse alargamento do controlo centrou-se na constituição de novas jurisdições onde os interessados podem demandar o Estado pelos actos decorrentes de qualquer das suas instituições, incluindo as decisões judiciais nacionais – é o que sucede com o controlo do TEDH quando julga questões como a

37 Neste sentido v. Zach BASTICK, «Digital Limits of Government: The Failure of E-Democracy», in Alois A. Paulin *et alii* (ed.), *Beyond Bureaucracy: Towards Sustainable Governance Informatisation*, Springer, 2017, pp. 3-14.

38 Não se trata apenas de combater fenómenos patológicos como o *caso Snowden*, mas sim de compreender que toda a informatização de dados pessoais e administrativos cria novas e inevitáveis vulnerabilidades que ameaçam também a democracia. É nesse sentido que, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou inválida a Decisão 2000/520, adoptada pela Comissão Europeia (que reconhecia a adequação dos *International Safe Harbor Privacy Principles*), ao abrigo da qual empresas como o Facebook e a Apple transferiam o armazenamento de dados pessoais de cidadãos europeus para os EUA (*cf.* Proc. C-362/14).

39 Cass Sunstein alerta para estes problemas em *Simpler. The Future of Government*, Simon & Schuster, New York, 2013.

demora das instâncias nacionais na emissão de uma decisão judicial ou a implementação de uma medida tributária, como a contribuição extraordinária de solidariedade. No fundo, queremos com esta alusão destacar que, se por um lado o sistema internacional de garantia dos direitos humanos é, em si, uma forma de garantia da democracia, por outro, este sistema, na medida em que é fundamentalmente assegurado por tribunais internacionais, cujos juízes não são eleitos, acaba por ter, ele próprio, um certo déficit democrático, que há-de ser compensado através do procedimento de decisão (julgamento) destas instâncias⁴⁰. Sucede que muitas vezes esta autocontenção na decisão depende dos próprios juízes e nem sempre encontra por parte destes as respostas e os comportamentos mais adequados.

Em segundo lugar, os tribunais tendem também a aumentar o seu poder de interferência com a acção governativa no contexto das denominadas *affirmative actions*, acabando por, em nome da protecção devida às minorias com o intuito de neutralizar discriminações históricas, impor saltos civilizacionais que o sistema democrático não estaria preparado para internalizar⁴¹. Na Europa estas questões colocam-se fundamentalmente quanto à igualdade de género⁴².

40 Sobre o tema *v. Armin von BOGDANDY e Ingo VENZKE, In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014.

41 De sublinhar que esta não é, contudo, uma tendência especialmente visível no bloco Europeu e sobretudo em Portugal, onde os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional em particular têm revelado prudência no uso deste instrumento no julgamento de temas como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o aborto ou a eutanásia.

42 Na jurisdição do Tribunal de Justiça o destaque vai para os casos *Kalanke* (C-450/93) e *Marschall* (C-409/95) e para a Directiva n.º 76/207/CEE, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, posteriormente substituída pela Directiva n.º 2006/54/CE. Portugal tem igualmente adoptado diversa legislação onde impõe quotas para mulheres ou regras sobre a paridade de género no acesso a certos cargos. Sobre o tema em geral *v. George GERAPETRITIS, Affirmative Action Policies and Judicial Review Worldwide*, Springer, 2016.



Finalmente, a instituição de controlos internos e intermédios, assim como controlos independentes, com especial incidência sobre as áreas económicas, financeiras e de despesa pública colocam também inúmeras questões sobre o que é e quais os limites que devem ser apontados à *responsabilidade tecnocrática* e aos *guardiões de políticas sectoriais*, que não dispõem de legitimidade democrática directa, assim como ao modo como estes e os representantes democraticamente eleitos se hão-de relacionar. Um tema que abarca a regulação económica e os poderes das entidades reguladoras. No fundo, a questão essencial é a de saber se estes controlos ajudam ou prejudicam a democracia.

4. A democracia transaccional

O conjunto de ponderações mais ou menos avulsas que trouxemos para partilhar com um auditório privilegiado como é este do Encontro de Professores de Direito Público não ficaria completo se não retomássemos o tópico inicial das reflexões que durante algum tempo (ainda que breve!) acalentámos como tema central para a nossa intervenção: o possível sentido da *democracia transaccional*. Após uma pesquisa na literatura, concluímos que esta apenas cuidava dos termos *democracia negociada* (*negotiated democracy*) e “*comércio democrático*” (“*traded democracy*”). A primeira, uma expressão utilizada para qualificar os sistemas onde a instituição de um regime democrático, assente na democracia representativa de base popular, não é possível ou não estão ainda reunidas as condições para a sua implementação e por isso é necessário encontrar formas transitórias de governo baseadas em pactos de regime entre representantes dos diversos sectores da sociedade – algo particularmente comum em fases de transição de regime ditatoriais para demo-

cracias ou de nações em guerra para Estados em construção. A segunda para qualificar o déficit democrático no contexto da política de comércio internacional. Não sendo nenhum destes o tópico adequado à nossa intervenção, ficámos então com maior espaço para uma reflexão livre sobre os sentidos possíveis para o conceito de *democracia transaccional*.

E a nossa primeira ideia foi associar a democracia transaccional àque-
las situações em que *cidadãos de um espaço de integração económica e financeira pactuam entre si instituir um regime económico-financeiro predatório das receitas tributárias dos outros Estados*, como sucede nos paraísos fiscais e em todos os regimes jurídico-legais que têm como ob-
jectivo obter mais receitas à custa da perda de receita de outros Estados. No fundo, a nossa questão reconduzia-se ao problema da legitimidade destes regimes: será a democracia apenas um sistema de legitimação a partir da expressão da vontade da maioria ou deve ter denominadores éticos em matéria política, semelhantes ou equivalentes aos que decorrem do sistema de direitos fundamentais? Em outras palavras, uma comunidade política nacional tem deveres e obrigações éticas para com outras comunidades políticas nacionais ou apenas para com os indivíduos que as integram?

Este tema chegou, a seu modo, a ser a florado no debate público por ocasião do *caso Lux Leaks*, que deu publicidade aos acordos fiscais (esquemas de evitação fiscal) celebrados entre o Governo Luxemburguês (à data presidido por Jean-Claude Juncker) e diversas empresas multinacionais, ao abrigo dos quais estas podiam beneficiar de um regime fiscal de baixa tributação naquele país ao mesmo tempo que evitavam o pagamento de impostos em outros Estados-membros da União Europeia. Na altura a questão formulava-se do seguinte modo; pode a construção de uma cidadania europeia fazer-se sobre esta base política? Uma questão



que justificaria um debate interessante no plano da filosofia política e da teoria das relações internacionais se tivermos em conta que este “passado” não parece ter prejudicado o seu principal protagonista!

Em segundo lugar, também a *regulação do comércio internacional a nível Europeu, assim como a protecção do investimento estrangeiro* suscitam questões atinentes à construção de uma democracia europeia. Quando diversos Estados-membros contestam judicialmente (nas jurisdições internas e europeia) a negociação do TTIP e celebram entre si, à revelia das orientações da Comissão Europeia, acordos bilaterais de protecção do investimento, que tipo de integração política e de cidadania está aqui subjacente? São estes diferendos solucionáveis no quadro de uma transacção política? É este mais um dos sentidos possíveis da democracia transaccional?

E no plano global a complexidade é ainda maior. Quando pensamos nas negociações do Acordo de Paris e naquilo que alguns Estados estão dispostos a oferecer a outros em troca da redução das emissões será isso igualmente uma forma de democracia transaccional? Quer isto dizer que a cidadania política compreende não apenas uma dimensão de escolha comunitária, mas também uma dimensão de pacto entre comunidades diferentes, mesmo que esse pacto implique limites ao exercício de escolhas por gerações futuras?

Por último, será a cidadania hoje um bem económico transaccionável? É isso que resulta dos regimes legais como a autorização de residência para actividade de investimento (os denominados *vistos gold* previstos no artigo 90.º-A da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional) ou o regime fiscal do residente não habitual (artigos 16.º e 72.º do código do

imposto sobre o rendimento das pessoas singulares)? É esta também uma nova acepção da democracia, da democracia transaccional?

Na verdade, pareceu-nos que o tema da *democracia transaccional* apresenta diversas possibilidades de reflexão que podem e devem ser explorados em próximos encontros de professores de direito público, seja no contexto de um desafio para a organização de umas jornadas interdisciplinares em matéria de ciências sociais, seja no plano jurídico se o tema geral estiver associado a (mais uma) revisitação dos princípios e dos valores que limitam e balizam a acção pública.

Notas finais

Termino lembrando que o nosso propósito com esta breve comunicação não era estudar as teorias da democracia, nem da construção do Estado ou da ciência política, nem tão-pouco fazer uma análise e um diagnóstico do funcionamento dos regimes democráticos e das premissas teoréticas ou da filosofia política sobre as quais os mesmos repousam. O nosso objectivo era em verdade pouco ambicioso, limitando-se – como ficou patente – a lançar tópicos de reflexão e debate a propósito (alguns talvez mesmo a pretexto) do conceito de democracia transaccional (e/ou transaccional!).

Talvez por isso não tenhamos uma nota conclusiva para apresentar, mas apenas duas convicções pessoais para partilhar: a primeira é a de que a democracia é sinónimo de *liberalismo*⁴³, na medida em que pressupõe

43 Concordamos inteiramente com Pierre MANENT quando o autor termina as suas “Dez Lições” sobre a história intelectual do liberalismo com a referência a Tocqueville não porque – como ele expressamente afirma – “ com ele [Tocqueville] termina a história inte-



(baseia-se) igualdade entre os indivíduos sem lhes impor qualquer projecto comunitário; a segunda é a de que este é o melhor regime em que podemos aspirar a viver, pois é nele que podemos exercer plenamente a liberdade natural, deixando-nos “influenciar” apenas por aquilo em que confiamos, e por isso devemos temer e olhar com alguma desconfiança para os “novos comunitarismos” que espreitam em nome do ambiente, da igualdade social paternalista, da trans-humanidade, da cibernética...

lectual do liberalismo, mas sim porque ele formulou o problema das sociedades liberais de forma mais ampla e mais profunda (...) O projecto democrático coloca o homem numa estranha posição. Em primeiro lugar, ele atribui-lhe uma soberania muito exaltada, em virtude da qual deve reconduzir à igualdade natural todas as «influências» pelas quais os homens agem uns sobre os outros. Mas essa soberania é, ao mesmo tempo, muito humilde: ignora o que o homem fará da sua liberdade natural reconquistada” – Pierre MANENT, *História Intelectual do Liberalismo. Dez Lições* (tradução de Jorge Costa), Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 209.

E depois do Tratado de Lisboa: União Europeia e democracia - Democracia no plano transnacional

ANA SOARES PINTO

Resumo: O Tratado de Lisboa assumiu como um dos seus objectivos, o reforço do carácter democrático do funcionamento das suas instituições. O novo Título dedicado aos princípios democráticos enuncia as soluções, tipicamente, apresentadas como uma solução para o défice democrático das organizações internacionais: democracia representativa, democracia participativa, papel dos Parlamentos nacionais, transparência e participação da sociedade civil. Pretendemos demonstrar que as soluções apresentadas e a sua concretização, volvidos quase oito anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, revelam as especificidades da integração europeia. A legitimidade democrática das instituições assenta

1 O presente texto corresponde, com algumas alterações, à comunicação que apresentamos no painel «Democracia transnacional», no X Encontro de professores de direito público, subordinado ao tema «Democracia e direito público», que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2017.

2 Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa. E-mail: anapinto@fd.ul.pt



em uma dupla legitimidade: cidadãos da União e cidadãos dos Estados-membros da União, organizados de acordo com as respectivas regras constitucionais. O papel das populações dos Estados-membros, critério demográfico, independente da nacionalidade, assume, igualmente, um papel central na legitimidade democrática das instituições da União – releva para a definição do número de membros do Parlamento Europeu atribuído a cada Estado-membro e para a definição da maioria qualificada no Conselho Europeu e no Conselho. Particular atenção é dedicada a dois exemplos de democracia transnacional, a iniciativa de cidadania e o processo de cartão laranja dos Parlamentos Nacionais.

Palavras-chave: democracia; democracia representativa; democracia participativa; défice democrático; direito da União Europeia.

Keywords: *democracy; representative democracy; participative democracy; democratic deficit; European Union law.*

Sumário: Considerações introdutórias. I. O Tratado de Lisboa e a legitimação democrática do funcionamento da União Europeia. 1) Democracia representativa: a legitimação democrática das instituições da União Europeia. 1.1. Parlamento Europeu. 1.2. Conselho Europeu e Conselho. 1.3. Comissão. 2) Democracia participativa: a participação dos cidadãos da União no funcionamento da União Europeia. 3) Democracia participativa “interparlamentar”: a participação dos parlamentos nacionais no funcionamento da União Europeia. II. O Tratado de Lisboa e a efectivação do respeito do valor da democracia pelos Estados-membros da União Europeia. III. Considerações conclusivas.

“A Europa real é uma coleção de identidades que já não têm nem a capacidade de se viver plenamente como nações nem a força de querer e imaginar a utura Europa como uma nova espécie de nação”.

Eduardo Lourenço

Considerações introdutórias

A democracia no plano transnacional³ corresponde a uma ideia de democracia para além do Estado-nação.

O ponto de partida para a análise da legitimidade da União Europeia e a discussão sobre a existência de um défice democrático da União tem de partir da constatação de que crescentes poderes do Estado-nação têm sido transferidos⁴ [delegados⁵] para a União Europeia⁶.

3 HURRELMANN, Democracy beyond the State: Insights from the European Union, *Political Science Quarterly*, 129, pp. 87–105; LORD, An indirect legitimacy argument for a directly elected European Parliament, *European Journal of Political Research*. doi:10.1111/1475-6765.12204; KRAJEWSKI, International Organizations or Institutions, Democratic Legitimacy, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2008; SCHIMMELFENING, The Normative Origins of Democracy in the European Union: Towards a Transformationalist Theory of Democratization, *Challenges to Democracy in the 21st Century*, Working paper n.º 39, National Centre of Competence in Research (NCCR), 2009.

4 KRAJEWSKI, International Organizations or Institutions, Democratic Legitimacy, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2008.

5 O direito de retirada da União Europeia, consagrado no artigo 50.º, TUE, e a recente notificação do Reino Unido relativa à intenção de retirada da União, na sequência do referendo sobre o Brexit, ilustram que os Estados não transferem poderes para a União, delegam-nos, porque podem avocá-los.

6 As competências da União encontram-se estabelecidas nos artigos 2.º e ss., TFUE. De acordo com o princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhes tenham atribuído nos Tratados ([N.ºs 1 e 2](#), do artigo 5.º, TUE).



A discussão sobre o alegado défice democrático da União Europeia não é recente. Anos de debate académico e político produziram respostas inconclusivas e contraditórias sobre a existência e a extensão de um défice democrático na União Europeia e sobre eventuais soluções. Não existe um conceito uniforme de democracia e, acompanhando a classificação de Krajewski⁷, podemos distinguir diferentes abordagens do conceito de democracia no debate sobre a legitimidade democrática de organizações e instituições internacionais⁸.

A admissibilidade de uma democracia na União Europeia é, tradicionalmente, questionada com o argumento de que a democracia só pode realizar-se no plano do Estado-nação, porque pressupõe um povo e não existe um povo europeu. A denominada tese “no-demos” considera que a ausência de um povo europeu preclui a democratização da União no plano europeu e exige a mediação dos parlamentos nacionais⁹.

A abordagem funcionalista considera que a democracia internacional não exige a existência de um *demos*. Quando aqueles que são afectados por uma decisão têm o direito e a possibilidade efectiva de participar

7 KRAJEWSKI (2008).

8 A discussão sobre a natureza jurídica da União Europeia está para além do escopo do presente artigo.

9 V. nesse sentido, o julgamento do Tribunal Constitucional alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Maastricht (disponível em http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_1/German%20ConstCourt%20Maastricht.pdf). Para uma visão crítica do julgamento, v. WEILER, Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision, *European Law Journal*, 3, pp. 219-258. A denominada tese “no-demos” foi, igualmente, adoptada no julgamento sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa (disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html). Grimm adoptou, inicialmente, a tese “no-demos” – v. GRIMM, Treaty or Constitution? The legal basis of the European Union after Maastricht, in ERIKSEN / FOSSUM / MENÉNDEZ (eds.), *Developing a Constitution for Europe*. London: Routledge, 2005 – mas, recentemente parece admitir a existência de democracia para além do Estado – v. GRIMM, Defending sovereign statehood against transforming the European Union into a state, *European Constitutional Law Review*, 2009, 5(3), pp. 353-373. V. KRAJEWSKI (2008).

através de representantes no processo decisório, o sistema deve ser considerado democrático.

A abordagem cosmopolita considera que a governação para além do Estado-nação é possível, mas exige formas e métodos distintos dos existentes no plano nacional. A democracia cosmopolita refere-se a um sistema multinível de governação que inclui os Estados-nação democráticos e elementos democráticos a nível regional e internacional. Transnacionalistas como Bohman¹⁰, Cohen e Sabel¹¹, Habermas¹², admitem a existência de défice democrático na União Europeia e, a partir dos traços políticos que a distinguem de um Estado, apresentam soluções no plano europeu, que ultrapassam as fronteiras de um Estado.

As abordagens tradicionais, funcionais e cosmopolitas concentram a análise da legitimidade democrática nas regras formais de representação e de processo decisório. Os defensores da democracia deliberativa questionam a necessidade das novas soluções apresentadas por autores cosmopolitas, transnacionalistas e defendem que a legitimação democrática depende da maior intervenção e envolvimento dos cidadãos e da opinião pública que transcende as fronteiras de um Estado¹³.

10 BOHMAN, *Democracy across Borders. From Dêmos to Dêmoi*, Cambridge, MA, MIT Press, 2007; BOHMAN, Democratizing the Transnational Polity, *RECON Online Working Paper* 2007/02.

11 JOSHUA COHEN / CHARLES SABEL, Directly-deliberative poliarchy, *European Law Journal*, 3, pp. 313-342.

12 HABERMAS, Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible, *European Law Journal*, 21 (4), 2015, pp. 546-557; HABERMAS, Citizen and State Equality in a Supranational Political Community: Degressive Proportionality and the Pouvoir Constituant Mixte, *Journal of Common Market Studies*, 55, 2016, pp. 171-182; VON ACHENBACH, The European Parliament as a Forum of National Interest? A Transnationalist Critique of Jürgen Habermas' Reconstruction of Degressive Proportionality, *Journal of Common Market Studies*, 55, 2016, pp. 193-202.

13 ERIK ODDVAR ERIKSEN / JOHN ERIK FOSSUM, Representation through deliberation,



Finalmente, autores como Andrew Moravcsik¹⁴, defendem que não existe um défice democrático na União, que o défice democrático da União Europeia é um mito¹⁵.

O Tratado de Lisboa¹⁶ erigiu a democracia a valor da União¹⁷, valor em que se funda a União e que é comum aos Estados-membros. Com a nossa intervenção, propomo-nos analisar as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa que pretendem reforçar o valor da democracia na União. Dividimos a nossa análise em duas partes. Na primeira, analisaremos o reforço da legitimação democrática do funcionamento da União Europeia, que pretende ultrapassar o alegado défice democrático da União Europeia. Na segunda, os mecanismos de que a União Europeia dispõe para garantir o respeito do valor da democracia pelos seus Estados-membros. Procuraremos descobrir se, a partir do Tratado de Lisboa, a(s) solução(ões) para o reforço da democracia na União se encontra(m) já nos Tratados que regulam a União.

RECON Online Working Paper, 2011/14 (disponível em http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_1114.pdf?fileitem=50512025)

14 ANDREW MORAVCSIK, The Myth of Europe's "Democratic Deficit", *Intereconomics*, November/December, 2008, vol. 43, 6, pp. 331-340.

15 ANDREW MORAVCSIK, 2008, p. 340. «Quer se defina [défice democrático] como a ausência de responsabilização pública ou uma crise de legitimidade, as evidências empíricas da existência de um "défice democrático" não são convincentes. Certamente que a Europa não é, no total, pior que os seus Estados-membros.» Para uma rejeição da conclusão de Moravcsik, não obstante a aceitação das suas premissas v. LORD, Does the EU Suffer from a Democratic Deficit? – Still in Democratic deficit, *Intereconomics*, November/December, 2008, vol. 43, 6, pp.316-320.

16 O Tratado de Lisboa é um tratado modificativo do Tratado da União Europeia e do Tratado da Comunidade Europeia, agora, redenominado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (2007/C 306/01), publicado no *JOUE* C 306, de 17/12/2007, p. 1 e ss. O texto que se considera, para efeitos de análise, é o texto das versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (*JOUE* C 202, de 7/06/2016, p. 13 e ss.).

17 Artigo 2.º, TUE.

I. O Tratado de Lisboa e a legitimação democrática do funcionamento da União Europeia.

Um dos objectivos do Tratado de Lisboa, expressamente consagrado no sétimo considerando do seu preâmbulo, foi o “reforço do carácter democrático e a eficácia do funcionamento das instituições”.

Os tratados que regulam a União Europeia passaram a incorporar, pela primeira vez, um título consagrado a “disposições relativas aos princípios democráticos” – o novo Título II do Tratado da União Europeia (doravante TUE) – artigos 9.º a 12.º, TUE.

Disposições que constituem, para alguma doutrina, um novo caminho para conceptualizar e desenvolver a legitimidade democrática de organizações internacionais¹⁸.

As disposições relativas aos princípios democráticos reforçam o lugar do cidadão na União Europeia¹⁹.

A cidadania da União passa a ter uma dupla base jurídica nos Tratados, no artigo 9.º, do título II, do TUE, que contém as bases jurídicas dos princípios democráticos e no título II do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), relativo a “não discriminação e cidadania da União”. Expressamente, consagra-se o princípio da igualdade dos cidadãos da União.

¹⁸ ARMIN VON BOGDANDY, The European lesson for international democracy: the significance of articles 9-12 EU Treaty for international organizations, *European Journal of International Law*, 23, p. 315.

¹⁹ MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, Cidadania Europeia e legitimação democrática após o Tratado de Lisboa, *O Tratado de Lisboa – Cadernos O Direito*, 5, 2010, pp. 149-167.



1) Democracia representativa: a legitimação democrática das instituições da União Europeia.

O Tratado de Lisboa visou legitimar democraticamente as instituições da União Europeia. O n.º 1, do artigo 10.º, TUE, determina que, “O funcionamento da União baseia-se na democracia representativa.”, clarificando-se no n.º 2, que, “Os cidadãos estão directamente representados, ao nível da União, no Parlamento Europeu. Os Estados-Membros estão representados no Conselho Europeu pelo respectivo Chefe de Estado ou de Governo e no Conselho pelos respectivos Governos, eles próprios democraticamente responsáveis, quer perante os respectivos Parlamentos nacionais, quer perante os seus cidadãos.”.

Os Tratados que regulam a União Europeia reconhecem que a legitimidade democrática da União Europeia não assenta na existência de um povo europeu. Não existe um povo europeu, existem povos dos Estados-membros da União Europeia²⁰. Os povos dos Estados-membros da União Europeia são referidos, quatro vezes, no preâmbulo do TUE²¹ e, três vezes, no preâmbulo do TFUE²². Igualmente, o 2.º parágrafo, do artigo 1.º, TUE, ao estabelecer que, “O presente Tratado assinala uma

20 Para uma crítica à afirmação de que não existe um povo europeu, v. TOBIAS LOCK, *Why the European Union is not a state: some critical remarks*, *European Constitutional Law Review*, 5(3), 2009, p. 413.

21 6.º considerando: “Desejando aprofundar a solidariedade entre os seus povos, respeitando a sua história, cultura e tradições,”; 9.º considerando: “Determinados a promover o progresso económico e social dos seus povos, (...)”; 12.º considerando: “Resolvidos a facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos (...)”; 13.º considerando: “Resolvidos a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa (...)”.

22 1.º considerando: “Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus”; 3.º considerando: “Fixando como objectivo essencial dos seus esforços a melhoria constante das condições de vida e de trabalho dos seus povos”; 9.º considerando: “Determinados a promover o desenvolvimento do mais elevado nível possível de conhecimentos dos seus povos (...)”.

nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos.”, assume a inexistência de um povo europeu, autónomo dos povos dos Estados-membros²³.

As disposições relativas aos princípios democráticos da União²⁴, baseiam o funcionamento da União na democracia representativa, mas omitem qualquer referência a um pretenso povo europeu ou, mesmo, à exacta expressão “povos dos Estados-membros”.

O Tratado de Lisboa parte da premissa da tese “no demos” – não existe um povo europeu – mas, admite que a legitimidade democrática das instituições da União não exige a existência de um povo europeu.

O princípio democrático fundamental segundo o qual os povos participam no exercício do poder por intermédio de uma assembleia representativa, reflecte-se, na União Europeia, numa dupla legitimação.

A legitimidade democrática das instituições da União é fundamentada, por um lado, directamente, nos cidadãos da União, e, por outro lado, indirecta ou mediatamente, nos cidadãos dos Estados-membros da União, por intermédio dos respectivos parlamentos nacionais²⁵.

É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro²⁶. A cidadania da União acresce à cidadania nacional, não a substitui.

23 Encontramos a referência a povos

24 Os, já citados, artigos 9.º a 12.º, TUE.

25 N.º 2, do artigo 10.º, TUE.

26 Nos termos do disposto no artigo 9.º, TUE e no artigo 20.º, n.º 1, TFUE.



Não obstante a cidadania da União depender da titularidade da cidadania de um Estado-membro da União Europeia, enquanto fonte de legitimação democrática das instituições da União Europeia, é necessário distinguir entre cidadania da União e cidadania de um Estado-membro da União Europeia. Os cidadãos da União que exercem o seu direito de livre circulação e residência no interior da União²⁷, têm direito de eleger e ser eleitos nas eleições para o Parlamento Europeu do Estado-membro de residência e conservam, em regra, o direito de voto nas eleições nacionais do Estado-membro de nacionalidade²⁸.

A democracia na União Europeia baseia-se em uma dupla legitimação: nos cidadãos da União Europeia e nos cidadãos dos Estados-membros organizados de acordo com as respectivas regras constitucionais (os povos dos Estados-membros).

Na União Europeia, como afirmou Jean Monnet: “Nós não coligamos Estados, nós unimos pessoas”.

I.1. O Parlamento Europeu

Os cidadãos da União estão directamente representados no Parlamento Europeu, a única instituição da União Europeia cujos membros são eleitos por sufrágio universal, directo, livre e secreto²⁹.

²⁷ Direitos garantidos nos termos dos artigos 20.º, n.º 2, a) e 21.º, TFUE e no artigo 45.º, CDFUE.

²⁸ V. Recomendação 2014/53/U.E, da Comissão, de 29 de janeiro de 2014, enfrentar as consequências da privação do direito de voto para os cidadãos da União que exercem o seu direito de livre circulação, *JOUE* L 31, de 1/02/2014, pp. 34-35.

²⁹ Artigo 14.º, n.º 3, TUE.

Reafirmando o que decorre do n.º 2, do artigo 10.º, do TUE, o artigo 14.º, n.º 2, TUE, na redacção que lhe foi dada pelo Tratado de Lisboa, determina que “o Parlamento Europeu é composto por representantes dos cidadãos da União”. A base de legitimidade do Parlamento Europeu são os cidadãos da União, não são os povos dos Estados-membros³⁰.

A redacção anterior ao Tratado de Lisboa, previa que o Parlamento Europeu era “(...) composto pelos representantes dos povos dos Estados reunidos na Comunidade”³¹. Consideramos que, a alteração da redacção não é inconsequente. O direito dos cidadãos da União, residentes em um Estado-membro que não o da sua nacionalidade, de elegerem e serem eleitos nas eleições ao Parlamento Europeu, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado³², implica que os deputados do Parlamento Europeu, eleitos em cada Estado-membro, sejam escolhidos pelos cidadãos da União que residem nesse Estado, independentemen-

30 No acórdão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa, o Tribunal Constitucional alemão concluiu que o Parlamento Europeu não é um órgão representativo de um povo europeu soberano. Órgão supranacional representativo dos povos dos Estados-membros, nos respectivos contingentes eleitorais nacionais, não é uma representação dos cidadãos da União em unidade, sem diferenciação, de acordo com o princípio da igualdade eleitoral (parágrafos 279 e 280 do acórdão, tradução nossa da versão em língua inglesa, disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html). Para uma avaliação crítica do acórdão do Tribunal Constitucional alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa v. DIMITRIOS DOUKAS, The verdict of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: not guilty, but don't do it again!, *European Law Review*, 34(6), 2009, pp. 866-888; TOBIAS LOCK, Why the European Union is not a state: some critical remarks, *European Constitutional Law Review*, 5(3), 2009, pp. 407-420.

31 Artigo 189.º, TCE. Esta disposição gerou acesa discussão sobre se a legitimidade do Parlamento Europeu se baseava nos povos dos Estados-membros da União ou em um povo europeu.

32 Artigo 20.º, n.º 2, alínea b) conjugado com o artigo 22.º, n.º 2, ambos do TFUE. Direito exclusivo dos cidadãos da União, reconhecido no artigo 39.º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE).



te de serem ou não cidadãos desse Estado em concreto. Como refere Lock, “quando se determina onde deve um cidadão da União exercer o seu direito de voto em eleições europeias e, conseqüentemente, qual o contingente eleitoral nacional de representantes ao Parlamento Europeu que representará o cidadão da União, o factor decisivo é a residência, não é a nacionalidade”³³. Um cidadão português, residente em França, tem capacidade eleitoral activa nas eleições francesas para o Parlamento Europeu e será representado no Parlamento Europeu pelos deputados atribuídos ao Estado Francês³⁴.

A eleição de deputados ao Parlamento Europeu em cada Estado-membro, de acordo com o respectivo contingente eleitoral, não corresponde à eleição de deputados europeus por cada um dos povos europeus no respectivo Estado-membro.

Os deputados ao Parlamento Europeu não se organizam por Estados, organizam-se em grupos políticos, exigindo-se que a constituição de um grupo inclua, pelo menos 25 deputados, provenientes de, pelo menos, um quarto dos Estados-membros da União³⁵.

Consideramos que o Parlamento Europeu constitui um exemplo de democracia transnacional, democracia para além dos Estados e dos povos dos Estados-membros da União Europeia.

33 TOBIAS LOCK, *Why the European Union is not a state: some critical remarks*”, *European Constitutional Law Review*, 2009, 5(3), p. 415.

34 Halberstam e Möllers assinalaram, logo, em 2009, que um cidadão italiano residente na Lituânia vota no contingente da Lituânia, v. HALBERSTAM / MÖLLERS, *The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!”*, *German Law Journal*, 10, 2009, p. 1249 (disponível em https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b842ba4c2f858fa581acbf/1454916283183/GLJ_Vol_10_No_08_Halberstam.pdf).

35 V. *infra* ponto 1.3. Comissão Europeia.

Ainda que seja a única instituição directamente eleita pelos cidadãos da União, muitas são as críticas que detectam um défice democrático no funcionamento desta instituição.

Uma primeira crítica, reside na representação degressivamente proporcional dos cidadãos da União, com um limiar mínimo de seis membros por Estado-membro e a previsão de que a nenhum Estado-membro podem ser atribuídos mais de noventa e seis Estados-membros³⁶. Crítica avançada pelo Tribunal constitucional alemão, no seu julgamento sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa³⁷ e que tem encontrado eco, em especial, na doutrina alemã³⁸. «A democracia europeia é apanhada em uma contradição de valores (Wertungswiderspruch) e é “sobre-federalizada” (überföderalisiert), porque o seu processo eleitoral para o Parlamento Europeu acentua a representação igualitária dos Estados e, consequentemente, reduz a igualdade dos eleitores. O Parlamento Europeu não é, assim, entendido como a representação do povo europeu, mas como a representação dos povos dos Estados-membros.»³⁹.

Uma segunda crítica, aponta a reduzida taxa de participação nas eleições para o Parlamento Europeu, como um exemplo da ausência de ligação entre os cidadãos da União e a União Europeia. A taxa de participação nas últimas eleições europeias, em 2014, foi baixa. A taxa média de

36 Artigo 14.º, n.º 2, TUE.

37 Parágrafos 279 e 280 do acórdão, tradução nossa da versão em língua inglesa, disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html

38 V. HABERMAS, Citizen and State Equality in a Supranational Political Community: Degressive Proportionality and the Pouvoir Constituant Mixte, *Journal of Common Market Studies*, 55, 2017, pp. 171–182.

39 GRIMM, Defending sovereign statehood against transforming the European Union into a state, *European Constitutional Law Review*, 2009, 5(3), p. 359.



participação na União Europeia correspondeu a 42,61%⁴⁰ e, em Portugal, foi inferior, 33,67%. A crítica justa, omite, contudo, as assimetrias na participação nas eleições europeias, enquanto nos Estados-membros fundadores e sede de número significativo de instituições, órgãos e organismos da União, como Bélgica e Luxemburgo, se registaram valores superiores a 80%⁴¹, a participação em Estados-membros mais recentes, como a República Checa e a Eslováquia, registou valores inferiores a 20%⁴².

Desde as eleições europeias de 1999 que a taxa média de participação é insatisfatória, porque inferior a 50%⁴³, fruto de uma persistente fraca afluência às urnas em alguns Estados-membros. A taxa de participação nas eleições de 2014 não foi, significativamente diferente da das eleições de 2009, cuja média se fixou nos 42,97%, mas a comparação com a taxa de participação em eleições legislativas nacionais não é favorável à União Europeia. As reduzidas taxas de participação registadas, em muitos Estados-membros da União, em eleições e referendos nacionais⁴⁴, - não pode

40 Dados disponíveis em <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/election-results-2014.html>. A taxa de participação nas eleições de 2014 não foi, contudo, significativamente diferente da das eleições de 2009, cuja média se fixou nos 42,97%.

41 Participação na Bélgica atingiu 89,64% e no Luxemburgo, 85,55%. Dados disponíveis em <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/turnout.html>.

42 República Checa registou 18,20% de participação e a Eslováquia, 13,05%.

43 Os dados de participação e de afluência às urnas por país, nas eleições europeias desde 1979 (ano das primeiras eleições para o Parlamento Europeu) a 2014, encontram-se disponíveis em <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/20150201PVL00021/Elei%C3%A7%C3%B5es-antiores>.

44 Em França, a participação na primeira volta das eleições legislativas de 2017, situou-se nos 48,7% (dados disponíveis em <https://www.interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/Resultats-des-elections-legislatives-2017>). Em Portugal, a taxa de participação nas eleições legislativas de 2015 foi superior, mas, 55,86%, não é um resultado encorajador. Os dados do Conselho da Europa relativos à participação em 25 eleições e referendos nacionais de Estados contratantes do Conselho da Europa, que tiveram lugar em 2016, são particularmente interessantes. Ainda que, não seja disponibilizada a identifica-

escamotear o facto de que, em regra, a taxa de participação em eleições legislativas nacionais é superior. No entanto, as críticas atinentes ao défice democrático de um Parlamento Europeu, em cujas eleições participam menos de 50% dos eleitores, são transponíveis para os parlamentos nacionais, cujas eleições registem menos de 50% - como sucedeu, recentemente, na primeira volta das eleições legislativas francesas.

O reforço da participação dos eleitores nas eleições para o Parlamento Europeu é indispensável ao funcionamento democrático desta instituição, ao estabelecimento de uma relação entre eleitores e eleitos ao Parlamento Europeu e à sua responsabilização⁴⁵. Instituições da União Europeia e Estados-membros devem reunir esforços para garantir uma maior participação nas eleições europeias. É, sobretudo, indispensável à legitimação do Parlamento Europeu que a campanha para as eleições europeias discuta a integração europeia e não seja condicionada por questões partidárias nacionais, nomeadamente, votos de protesto dirigidos contra os Governos nacionais. Como refere Weiler⁴⁶, o mais espantoso é que a diminuição da participação nas eleições europeias coincide com o crescente reforço dos poderes do Parlamento Europeu.

ção dos Estados – podendo abranger Estados contratantes do Conselho da Europa, que não são Estados-membros da União Europeia – em 10 eleições e referendos, a participação foi inferior a 50%, tendo sido considerada insatisfatória; em 11 eleições registaram-se valores considerados satisfatórios (entre 50 e 70%) e, somente em 4 eleições e referendos a participação ultrapassou os 70%, o que permitiu a sua classificação como muito satisfatória. V. Relatório do Conselho da Europa, *Situação da democracia estadual, dos direitos humanos e do Estado de direito – populismo: é o sistema de freios e contrapesos suficientemente forte na Europa?*, 2017. – O referendo relativo ao Brexit é um dos referendos ocorridos em 2016, que obteve uma participação superior a 70%, 71,8% de participação.

⁴⁵ V. COMISSÃO EUROPEIA, Relatório de 2017 sobre a cidadania da UE – reforçar os direitos dos cidadãos numa União da mudança democrática.

⁴⁶ Weiler, 60 years since the first European Community - reflections on political messianism, *European Journal of International Law*, 22, 2011, p. 330.



Uma terceira crítica, sublinha que, a possibilidade de adopção de actos vinculativos da União Europeia sem a participação do Parlamento Europeu consubstancia um défice democrático. Habermas⁴⁷ defende que a eliminação dos défices de legitimação da União exige uma alteração dos Tratados que regulam a União, no caso do Parlamento Europeu, deve ser garantido o direito de iniciativa legislativa e a extensão do procedimento legislativo ordinário a todos os domínios de actuação da União.

A participação do Parlamento Europeu na adopção de actos jurídicos da União tem sido reforçada em todas as revisões dos Tratados. O aumento dos domínios de actuação da União cujos actos jurídicos devem ser adoptados conjuntamente pelo Parlamento Europeu e o Conselho, justificou que, a partir do Tratado de Lisboa, o tradicionalmente designado processo de co-decisão tenha sido denominado processo legislativo ordinário⁴⁸. A tabela *infra* demonstra a evolução do número de actos adoptados ao abrigo do processo de co-decisão, o processo legislativo ordinário. Na legislatura 2009/2014, 89% dos actos legislativos foram adoptados conjuntamente pelo Parlamento Europeu e o Conselho.

Os poderes do Parlamento Europeu foram, igualmente, reforçados mediante a sua participação nos processos legislativos especiais⁴⁹ – par-

47 Habermas defende uma soberania partilhada por cidadãos e povos europeus e considera que uma federação supranacional deveria ser construída de forma a garantir que a relação heterárquica entre os estados-membros e a federação permanece intacta. Para além do reforço dos poderes do parlamento europeu, Habermas propõe a incorporação do conselho europeu no conselho, e a igual responsabilização da comissão, que deveria assumir as funções de governo europeu, perante o conselho e o parlamento. Concentrando-se, nos tratados vigentes, enuncia, o que considera serem, desvios ao modelo de Estado federal. HABERMAS, *Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible*, pp. 554 e 555.

48 N.º 1, do artigo 289.º, TFUE.

49 N.º 2, do artigo 289.º, TFUE.

ticularmente, no quadro do processo de aprovação, que implica o direito de veto, por parte do Parlamento Europeu. A distinção entre actos legislativos e actos não legislativos, introduzida pelo Tratado de Lisboa, apesar do carácter formal da sua distinção⁵⁰, determina que, actualmente, qualquer acto legislativo da União implique sempre a intervenção do Parlamento Europeu. O Parlamento Europeu adopta actos conjuntamente com o Conselho, no quadro do procedimento legislativo ordinário, e adopta actos com a participação do Conselho ou participa na adopção de actos pelo Conselho, no quadro do procedimento legislativo especial.

O Tratado de Lisboa eliminou a estrutura de pilares, incluindo a co-opeação judiciária em matéria penal e a a cooperação policial – que, anteriormente constituíam o III Pilar⁵¹ – no título relativo ao Espaço de liberdade, segurança e justiça⁵². Todos os actos legislativos aprovados no domínio da cooperação judiciária em matéria penal e da cooperação policial passam a ser adoptados com a participação do Parlamento Europeu⁵³. É certo que, os Tratados que regulam a União Europeia man-

50 O acto legislativo é, nos termos do n.º 3 do artigo 289.º, TFUE, o acto jurídico adoptado por processo legislativo.

51 Título VI- artigos 29.º a 42.º, do TUE, na redacção anterior ao Tratado de Lisboa.

52 Título V do TFUE.

53 Persistem desvios, como os resultantes das denominadas cláusulas travão, previstas no domínio da cooperação judiciária em matéria penal, no n.º 3, do artigo 82.º, TFUE e no n.º 3, do artigo 83.º, TFUE, que permitem a suspensão do processo legislativo ordinário, quando um membro do Conselho considere que um projecto de acto da União prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal (cooperação judiciária em matéria penal). Neste caso, o projecto é submetido ao Conselho Europeu, o qual procurará chegar a um consenso e, havendo consenso, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, o projecto é remetido ao Conselho para pressecução da adopção do acto, de acordo com o processo legislativo ordinário. Frequentemente, denominadas como cláusulas travão, as disposições previstas no n.ºs 1 e 4 do artigo 86.º, TFUE (instituição de uma procuradoria europeia); n.º 3, do artigo 87.º, TFUE (cooperação operacional entre as autoridades competentes dos Estados-membros no domínio da cooperação policial), seguem um procedimento equivalente, mas têm diferentes funções.



têm a possibilidade de adoção de actos jurídicos não legislativos, sem a participação do Parlamento Europeu. Para além de disposições dispersas no TFUE⁵⁴, o Parlamento Europeu permanece afastado da adoção de actos no domínio da política externa e de segurança (doravante PESC). O Tratado de Lisboa consagrou, porém, a obrigação de o Parlamento Europeu ser imediata e plenamente informado em todas as fases do processo de celebração de acordos internacionais⁵⁵, incluindo os acordos que incidem exclusivamente sobre a PESC⁵⁶. O não cumprimento da obrigação de informação resultou, já, na anulação de duas decisões PESC relativas à celebração de acordos internacionais pela União⁵⁷. Conforme reconheceu o TJ, a exigência de informação visa assegurar que o Parlamento possa: 1) exercer as suas competências com pleno conhecimento do conjunto da acção externa da União, 2) exercer uma fiscalização democrática sobre a acção exterior da União e, 3) verificar que a escolha da base jurídica de uma decisão relativa à celebração de um acordo respei-

54 Artigo 31.º, TFUE, n.º 3, do artigo 43.º, TFUE, alínea d), do n.º 3, do artigo 45.º, TFUE; artigo 66.º, TFUE; artigo 103.º, TFUE; e artigo 109.º, TFUE; bem como, conexos com o domínio da política externa e de segurança comum, os n.ºs 1 e 2, do artigo 215.º, TFUE.

55 N.º 10, do artigo 218.º, TFUE

56 Nesse sentido, os acórdãos de 24 de junho de 2014, *Parlamento contra Conselho*, processo C-658/11, EU:C:2014:2025, considerando 85; e de 16 de junho de 2016, *Parlamento contra Conselho*, processo C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435, considerando 68.

57 Decisão 2011/640/PESC do Conselho, de 12 de julho de 2011, relativa à assinatura e celebração do Acordo entre a União Europeia e a República da Maurícia sobre as condições de transferência, da força naval liderada pela União Europeia para a República da Maurícia, de pessoas suspeitas de atos de pirataria e dos bens conexos apreendidos, e sobre a situação dessas pessoas após a transferência (acórdão de 24 de Junho de 2014); Decisão 2014/198/PESC, do Conselho, de 10 de março de 2014, relativa à assinatura e celebração do Acordo entre a União Europeia e a República Unida da Tanzânia sobre as condições de transferência, da força naval liderada pela União Europeia para a República Unida da Tanzânia, de pessoas suspeitas de atos de pirataria e dos bens conexos apreendidos (acórdão de 16 de Junho de 2016).

tou as suas atribuições⁵⁸. A não participação do Parlamento Europeu na adopção de actos e na negociação e celebração de acordos internacionais no domínio da PESC – objecto de críticas de ausência de legitimação democrática- tem sido justificada com o paralelismo com a situação nos Estados-membros. Alega-se que, também, nos Estados-membros, a condução da política externa cabe ao Executivo e não ao Parlamento.⁵⁹ Se a natureza das coisas, justifica que a condução da política externa da União caiba a um executivo, o total afastamento da participação parlamentar na vinculação da União Europeia a acordos internacionais no domínio da PESC, não encontra paralelismo com a situação nos Estados-membros⁶⁰. Defendemos que deve ser consagrada a participação do Parlamento Europeu no processo decisório no domínio da PESC, ainda que possam ser consagradas excepções justificadas pela especificidade deste domínio.

A garantia do direito de iniciativa do Parlamento Europeu, exige clarificação. Os Tratados que regulam a União Europeia não conferem à Comissão Europeia um monopólio de iniciativa legislativa. O n.º 2, do artigo 17.º, TUE, que, estabelece que “os actos legislativos da União só podem ser adoptados sob proposta da Comissão, salvo disposição em contrário dos Tratados”, deve ser conjugado com o n.º 4 do artigo 289.º, TFUE que prevê que “(...) os actos legislativos podem ser adoptados por iniciativa

58 Considerando 71 do acórdão de 16 de Junho de 2016.

59 Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Almedina, 2.ª ed., 2017, p. 209. Sublinhando que “(...) os eventuais desvios ao princípio democrático e ao valor da democracia em sede de PESC e de ELSJ não conduzem inevitavelmente à negação do constitucionalismo da União Europeia. Aliás, a avaliação das modificações introduzidas pelo TL, nestes domínios, passa por um lado, pela comparação com o que existia antes e ainda pela constatação de que, pelo menos no âmbito da PESC, a situação nos Estados-membros não é significativamente diferente.

60 A título exemplificativo, recorde-se o disposto na alínea i), do artigo 161.º, da Constituição da República Portuguesa.



de um grupo de Estados-membros ou do Parlamento Europeu (...)”. O Parlamento Europeu dispõe já de direito de iniciativa legislativa, ainda que limitado a questões relativas à sua organização e funcionamento, bem como ao estatuto do Provedor de Justiça⁶¹. A ausência de iniciativa legislativa no processo decisório nos demais domínios de actuação da União é compensada pela previsão, no artigo 225.º, TFUE, da possibilidade de solicitar à Comissão Europeia a submissão de propostas de actos da União⁶². Impulso legiferante que, em caso de não apresentação de uma proposta, obriga a Comissão a informar o Parlamento Europeu dos motivos da não apresentação. A abstenção de apresentação, pela Comissão, de uma proposta de acto, que constitua um pressuposto necessário à adopção de uma decisão pode constituir uma omissão juridicamente relevante sindicável no Tribunal de Justiça da União Europeia, no quadro de uma acção por omissão⁶³.

1.2. O Conselho Europeu e o Conselho

Nos termos do segundo parágrafo, do n.º 2, do artigo 10.º, TUE, “os Estados-membros estão representados no Conselho Europeu pelo respectivo Chefe de Estado ou de Governo e no Conselho pelos respectivos Governos,

61 Disposições que permitam a eleição dos seus membros por sufrágio universal directo, segundo um processo uniforme ou baseado em princípios comuns em todos os Estados-membros (n.º 1, do artigo 223.º, TFUE); estatuto e condições gerais do exercício das funções dos Estados-membros (n.º 2, do artigo 223.º, TFUE) e estatuto e condições gerais do exercício das funções de Provedor de Justiça (n.º 4, do artigo 228.º, TFUE).

62 Artigo 225.º, TFUE.

63 Artigo 265.º, TFUE. No acórdão do Tribunal Geral, de 26/09/2013, *Pioneer Hi-Bred International*, processo T-164/10, ECLI:EU:T:2013:503, o Tribunal declarou que a não apresentação de uma proposta de medida, ao Conselho, pela Comissão, que não obstan-te, constituir um acto preparatório, era indispensável à tomada de decisão pelo Conselho, constituía uma abstenção contrária aos Tratados. O raciocínio é transponível para o impulso legiferante do Parlamento Europeu (artigo 225.º, TFUE) e do Conselho (artigo 241.º, TFUE).

eles próprios democraticamente responsáveis, quer perante os respectivos Parlamentos nacionais, quer perante os seus cidadãos.”

No limite, são os cidadãos dos Estados-membros que estão representados no Conselho Europeu e no Conselho, através dos seus representantes directos, nos casos em que estes sejam directamente eleitos pelos cidadãos (como sucede com o Chefe de Estado francês) ou indirectamente, porque a sua representação no Conselho e no Conselho Europeu é mediada pelos Parlamentos nacionais.

O Conselho Europeu é composto pelo Chefe de Estado ou de Governo de cada Estado-membro, o Presidente do Conselho Europeu e o Presidente da Comissão⁶⁴. No entanto, quando o Conselho Europeu delibera, somente os Chefes de Estado ou de Governo podem votar⁶⁵. Ora, os chefes de Estado ou de Governo são directamente eleitos (como sucede com o Chefe de Estado Francês) ou são designados, tendo em conta o resultado das eleições para os parlamentos nacionais (como sucede com o Primeiro-ministro Português⁶⁶), pelo que as deliberações desta instituição representam indirectamente os cidadãos dos Estados-membros da União, neste caso, os povos dos Estados da União Europeia⁶⁷.

Argumento transponível para o Conselho, que é constituído por um representante a nível ministerial de cada Estado-membro, com poderes

64 Artigo 15.º, n.º 2, TUE. O Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança participa nos trabalhos do Conselho Europeu, mas não integra esta instituição.

65 Segundo parágrafo, do n.º 1, do artigo 235.º, TFUE.

66 N.º 1, do artigo 187.º, CRP.

67 Scharpf, *After the crash: a perspective on multilevel European democracy*, *European Law Journal*, 21(3), 2015, p. 393.



para representar o seu povo⁶⁸.

As deliberações dos membros do Conselho Europeu e do Conselho podem ser indirectamente legitimadas, porque os seus membros são responsáveis perante os seus parlamentos nacionais, os quais são directamente legitimados por eleições nacionais.

A legitimação democrática do Conselho Europeu e do Conselho, resultante do artigo 10.º, TUE, tem a sua origem na tese “no demos”. A aplicação desta tese suscita, contudo, dificuldades quando é transposta para uma decisão do Conselho com consequências negativas para um determinado Estado-membro. Como refere Scharpf, a cadeia de legitimação “(...) pode legitimar o ministro das finanças alemão a aceitar sacrifícios para a Alemanha e a adoptar regras gerais aplicáveis a todos os Estados-membros. Mas não existe qualquer argumento normativo aceitável que confira poderes aos eleitores alemães para autorizar ministros alemães a impor medidas discricionárias e sanções graves à Grécia. Da perspectiva dos cidadãos gregos, a regulação do eurogrupo do Conselho ECOFIN não é auto-governo democrático, mas a regulação de governos estrangeiros.”⁶⁹

O Tratado de Lisboa procurou reforçar a legitimidade das decisões do Conselho Europeu e do Conselho⁷⁰, mediante a definição de um novo sistema de dupla maioria na votação por maioria qualificada: maioria de membros e de população. Segundo este sistema, aplicável a partir de 1 de

68 N.º 2, do artigo 16.º, TUE.

69 Scharpf, *After the crash: a perspective on multilevel European democracy*, *European Law Journal*, 21(3), 2015, p. 393

70 A votação por maioria qualificada é a regra de votação supletiva no Conselho, nos termos do n.º 3, do artigo 16.º, TUE. É aplicável, em particular, nos domínios sujeitos ao processo legislativo ordinário.

Novembro de 2014, a maioria qualificada no Conselho depende do voto favorável de, pelo menos, 55% dos membros do Conselho (ou seja, 16 dos atuais 28 membros), devendo estes representar Estados-Membros que reúnam, no mínimo, 65% da população da União⁷¹. O limiar da maioria de membros sobe para 72% (21 dos actuais 28 membros), quando o Conselho não delibere sob proposta da Comissão ou do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança⁷²⁷³.

O Conselho aprova, todos os anos, os totais da população de cada Estado-Membro, com base nos dados anuais enviados, pelos Estados-Membros, ao Serviço de Estatística da União Europeia⁷⁴. O limiar população reveste particular interesse, uma vez que introduz uma variável na legitimação das decisões do Conselho Europeu e do Conselho da União: os respectivos membros representam directa ou indirectamente os cidadãos dos povos dos Estados, com capacidade eleitoral activa, organizados de acordo com as regras constitucionais e toda a população residente nesse Estado, independentemente da sua nacionalidade (sejam cidadãos da União ou cidadãos de Estados terceiros).

71 N.º 4, do artigo 16.º, TUE. A minoria de bloqueio deve ser composta por, pelo menos, quatro membros do Conselho. Na prática, isto significa que, se 25 — dos atuais 28 — membros votarem a favor, considera-se alcançada a maioria qualificada, tornando-se a percentagem da população que reúnem irrelevante para a definição da maioria qualificada

72 No.º 2, do artigo 238.º, TFUE

73 O n.º 3, do artigo 238.º, TFUE, define as regras aplicáveis, nos casos, em que nos termos dos Tratados, nem todos os membros do Conselho participem na votação.

74 A versão mais recente desses totais, figura no anexo III, do Regulamento Interno do Conselho (alterado pela Decisão 2016/2353, do Conselho, de 8/12/2016, que altera o Regulamento Interno do Conselho - define a população da União e a população de cada Estado-Membro, bem como a percentagem da população de cada Estado-Membro em relação à população da União, para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 2017 e 31 de Dezembro de 2017).



Os limiares definidos para a maioria qualificada são, evidentemente, susceptíveis de crítica. Contudo, a solução apresentada por Scharpf de substituir a maioria qualificada pela maioria simples, nas deliberações do Conselho e do Parlamento Europeu⁷⁵, para além de violar claramente os limites da exequibilidade política⁷⁶, como, aliás, o autor reconhece, implicaria a compensação da solução com a admissibilidade de “opt-outs”. Não obstante os variados exemplos existentes actualmente de integração diferenciada – como sucede com o euro – e de cooperação reforçada – caso de Schengen, exemplos de cooperação reforçada já admitidos⁷⁷, a generalização da admissibilidade de “opt-outs” como medida de compensação da consagração de uma maioria qualificada, minaria o processo de integração europeia.

I.3. A Comissão

O Presidente da Comissão, na redacção do Tratado de Lisboa, é proposto pelo Conselho Europeu, “tendo em conta as eleições para o Parlamento Europeu”⁷⁸, e posteriormente “eleito” pelo Parlamento Europeu⁷⁹. O Conselho, de comum acordo com o Presidente eleito, adopta a lista das demais

75 SCHARPF, (2015), p. 401.

76 SCHARPF, (2015), p. 404.

77 Regulamento 1259/2010, do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial; Regulamento 1257/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes e Regulamento 1260/2012, do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes no que diz respeito ao regime de tradução aplicável.

78 N.º 7, do artigo 17.º, TUE.

79 N.º 1, do artigo 14.º, TUE.

personalidades que tenciona nomear membros da Comissão. A Comissão é colegialmente sujeita a um voto de aprovação do Parlamento Europeu.

Segundo o n.º 8, do artigo 17.º, TUE, a Comissão, enquanto colégio, é responsável perante o Parlamento Europeu. Os mecanismos de responsabilização política perante o Parlamento Europeu, previstos nos Tratados, são variados: possibilidade de colocação de questões, exigindo uma resposta oral ou por escrito; votação de uma moção de censura, implicando, em caso de aprovação, a demissão colectiva dos membros da Comissão⁸⁰; constituição de comissões de inquérito⁸¹;

A relação entre o Parlamento Europeu e a Comissão é semelhante à confiança que caracteriza os sistemas parlamentares. No entanto, a nomeação da Comissão cabe ao Conselho Europeu, cujas características estruturais e funcionais são significativamente diferentes das de um Chefe de Estado de um sistema parlamentar. Os poderes de designação do Primeiro-ministro e de dissolução do Parlamento são exercidos formalmente, excepto quando ocorra uma crise governativa. O papel do Conselho Europeu na designação do Presidente da Comissão é, pelo contrário, essencialmente político e exercido por Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros, um conjunto que reúne os mais altos executivos dos Estados-membros.

A história recente da designação dos Presidentes da Comissão demonstra que o papel do Parlamento Europeu não é meramente formal. A designação da Comissão Barroso de 2004, anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, revelou que “o Parlamento Europeu leva a sua função

80 Artigo 234.º, TFUE.

81 Artigo 226.º, TFUE.



de meramente “aprovar” a Comissão a sério”⁸². Na sequência da audição das personalidades indigitadas Comissários pelo Parlamento Europeu, a perspectiva da rejeição em bloco da Comissão pelo Parlamento Europeu, levou o Presidente indigitado Barroso a pedir o adiamento da votação para rever a composição da Comissão, levando em conta as críticas e as observações dos deputados europeus⁸³. Embora, o papel do Parlamento Europeu, na redacção dos Tratados anterior ao Tratado de Lisboa fosse meramente formal, a prática permitiu o reforço desse papel.

A designação da Comissão Juncker, em 2014, foi a primeira em que o “Conselho Europeu teve de “ter em conta” o resultado das eleições do Parlamento Europeu. Em 2013, a Comissão, através da sua Recomendação 13/142⁸⁴, recomendou que os partidos políticos europeus e nacionais deveriam dar a conhecer, antes das eleições para o Parlamento Europeu, o candidato a Presidente da Comissão Europeia que apoiam e o programa do candidato. Os principais grupos políticos europeus do Parlamento Europeu designaram, informalmente, o candidato a Presidente da Comissão⁸⁵ e foram realizados debates entre os candidatos apresentados. O actual Presidente da Comissão, Juncker, foi o candidato informalmente apresentado pelo PPE, o grupo político que ganhou as

82 PINELLI, The discourses on post-national governance and the democratic deficit absent in the EU government, *European Constitutional Law Review*, 9(2), 2013, pp. 177-188. P. 185.

83 História da integração europeia disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/history/2000-2009/2004_pt As críticas foram motivadas, principalmente, pelo Comissário italiano, Botiglioni, indigitado para a Justiça, e as suas declarações sobre homossexuais e o papel da mulher na família.

84 Recomendação 13/142/U.E., da Comissão, de 12/03/2013, sobre o reforço da realização democrática e eficaz das eleições para o Parlamento Europeu (*JOUE* L 79, 21/03/2013, pp. 29-32).

85 Indicação do candidato a Presidente da Comissão pelos principais grupos políticos do Parlamento Europeu: Jean-Claude Juncker (PPE), Martin Schulz (S&D), Guy Verhofstadt (ALD), Ska Keller e José Bové (Verdes) e A. Tsipras (GUE/NGL).

eleições para o Parlamento Europeu. A legitimidade política da Comissão foi reforçada. Nestas eleições, o poder do Conselho Europeu designar o Presidente da Comissão, “tendo em conta o resultado das eleições para o Parlamento Europeu”, converteu-se na designação do candidato do partido político europeu que ganhou as eleições⁸⁶. De um ponto de vista teórico, a legitimação democrática da Comissão Europeia decorre dos cidadãos da União, mediados pelo Parlamento Europeu. Solução com origem na abordagem cosmopolita da democracia internacional e que visa mimetizar na União Europeia a democracia representativa parlamentar dos Estados-membros.

A expressão “tendo em conta” permite, contudo, discricionabilidade, pelo que não podemos concluir que o candidato do partido político mais votado será sempre o Presidente da Comissão⁸⁷.

A designação dos demais membros da Comissão assume, igualmente, especificidades. A lista das personalidades indigitadas para membros da Comissão é adoptada pelo Conselho, de comum acordo com o Presidente da Comissão, tendo em conta as sugestões apresentadas por cada Estado-membro⁸⁸. O Presidente da Comissão não tem a liberdade, característica das democracias parlamentares estaduais, na escolha do colégio de Comissários⁸⁹. O novo processo de designação da Comissão inspira-se

86 PINELLI, (2013) , p. 186.

87 Como sucedeu em Portugal, na sequência das eleições legislativas.

88 N.º 7, do artigo 17.º TUE.

89 O sítio da Comissão Europeia, dedicado à “mudança democrática” reconhece que: “Pela primeira vez, em 2014, ao proporem um candidato para Presidente da Comissão Europeia, os países da UE tiveram de ter em conta os resultados das eleições europeias. Embora constitua um passo importante, trata-se apenas do primeiro entre muitos outros destinados a reforçar a democracia e a aproximar a União Europeia dos cidadãos.” - https://ec.europa.eu/commission/priorities/democratic-change_pt



nas teses cosmopolitas, mas mantém especificidades.

2) Democracia participativa: a participação dos cidadãos da União.

O Tratado de Lisboa reforçou a legitimidade democrática do funcionamento da União, igualmente, a partir de uma abordagem funcionalista da democracia internacional.

O n.º 3, do artigo 10.º, TUE⁹⁰, estabelece o princípio da abertura⁹¹ e da transparência das decisões, consagrando nos Tratados, o que resultava do Regulamento interno do Conselho e de actos jurídicos da União.

O n.º 3, do artigo 11.º, TUE, consagra nos Tratados, a prática já existente de a Comissão realizar consultas à sociedade civil, às partes interessadas antes de apresentar uma proposta de acção. O processo de consulta, prévio ao processo de tomada de decisão, permite, efectivamente, que a participação dos cidadãos, da sociedade civil, possa ser tomada em consideração pela Comissão, quando apresenta as suas propostas de actos jurídicos.

A Comissão Juncker, designada após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa condicionou a realização de reuniões com os seus responsáveis políticos à inscrição pública dos representantes de interesses no registo de transparência⁹². Todas as consultas públicas em aberto podem ser con-

90 “Todos os cidadãos têm o direito de participar na vida democrática da União. As decisões são tomadas de forma tão aberta e tão próxima dos cidadãos quanto possível.”

91 ALEMANNO, Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy, *European law review*, 39(1), 2014, pp. 72-90.

92 Sítio do registo da transparência: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?redir=false&locale=en>

sultadas em um único sítio⁹³. A Comissão alargou a consulta a todo o ciclo decisório, envolvendo actos legislativos e não legislativos. Reforçou o Programa “Legislar melhor”⁹⁴. Criou o Programa REFIT (Programa para a adequação e a eficácia da regulamentação) que, permite que autoridades nacionais, cidadãos e demais partes interessadas contribuam para a melhoria da legislação da União, mediante a apresentação de sugestões que visem reduzir os encargos regulamentares e administrativos resultantes da aplicação da legislação da União. As sugestões são disponibilizadas e posteriormente analisadas pela plataforma REFIT⁹⁵ e pela Comissão.

O n.º 4, do artigo 10.º, TUE⁹⁶, consagra uma velha ambição da União, a existência de partidos a nível europeu. As eleições para o Parlamento Europeu de 2014 permitiram que, pela primeira vez, os grupos políticos do Parlamento Europeu apresentassem o candidato a Presidente da Comissão que apoiariam⁹⁷. Os deputados do Parlamento Europeu não se agrupam por nacionalidade, mas por afinidade política⁹⁸. Actualmente, existem oito grupos políticos no Parlamento Europeu, mas estes não consubstanciam verdadeiros partidos políticos europeus. A constituição

93 <https://ec.europa.eu/info/consultatio>

94 Informação disponível em: http://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/overview-law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/reducing-burdens-and-simplifying-law/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_pt

95 Informação disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/overview-law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/reducing-burdens-and-simplifying-law/refit-platform_en

96 “Os partidos políticos ao nível europeu contribuem para a criação de uma consciência política europeia e para a expressão da vontade dos cidadãos da União.”

97 V. *supra* ponto 1.3.

98 Distribuição do n.º de deputados por Estado-membro e por grupo político disponível em <http://www.europarl.europa.eu/meps/pt/crosstable.html>



de um grupo político no Parlamento Europeu depende de um número mínimo de 25 deputados, que representem, pelo menos, um quarto dos Estados-membros⁹⁹. Os deputados que não pertencem a nenhum partido político são designados não inscritos¹⁰⁰. As campanhas eleitorais permanecem, contudo, reféns de questões internas.

Igualmente relevante é o Regulamento 1141/2014¹⁰¹, relativo ao estatuto e ao financiamento dos partidos políticos europeus e das fundações políticas europeias. Este Regulamento instituiu uma Autoridade para os Partidos Políticos Europeus e as Fundações Políticas Europeias.

A participação dos cidadãos e da sociedade civil no processo político da U.E. é reconhecida no artigo 11.º, TUE e, em particular, na iniciativa de cidadania da União¹⁰².

A iniciativa de cidadania da União é a primeira iniciativa transnacional de cidadãos. O n.º 4, do artigo 11.º, TUE, habilita um milhão de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-membros, a convidar a Comissão a apresentar uma proposta de acto jurídico¹⁰³. As

99 Artigo 32.º, Regimento Interno do Parlamento Europeu.

100 Artigo 35.º, Regimento Interno do Parlamento Europeu

101 Regulamento 1141/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22/10/2014, relativo ao estatuto e ao financiamento dos partidos políticos europeus e das fundações políticas europeias (*JOUE* L 317, de 4/011/2014, pp. 1-27).

102 CONRAD, The missing link in EU matters: why a transnational public sphere matters?, *Icelandic Review of Politics & Administration*, 6, 2010, pp. 208-228; CONRAD, The European's citizens' initiative. Transnational democracy at last?, *Icelandic Review of Politics & Administration*, 7, 2011, pp. 6-22.

103 A iniciativa de cidadania não corresponde a um "direito de iniciativa legislativa dos cidadãos da União". Por um lado, porque não consubstancia um direito de iniciativa, mas tão somente um direito a convidar a Comissão a apresentar uma iniciativa, a qual não

normas processuais e as condições para a apresentação de uma iniciativa de cidadania foram estabelecidas no Regulamento 211/2011¹⁰⁴, em conformidade com o disposto no artigo 24.º, TFUE.

Os requisitos formais da iniciativa de cidadania implicam o exercício transfronteiriço deste direito dos cidadãos da União. A exigência de que a iniciativa parta de um milhão de cidadãos, nacionais de um número significativo de Estados-membros foi concretizada, no Regulamento 211/2011, que fixou o número significativo de Estados em “um quarto dos Estados-membros”¹⁰⁵ - 7 Estados em 28-, e estabeleceu um número mínimo de subscritores em cada Estado-membro, que deve corresponder ao número de deputados ao Parlamento Europeu eleitos em cada Estado-Membro, multiplicado por 750¹⁰⁶.

A organização da iniciativa é, igualmente, transnacional. A iniciativa tem de ser apresentada por organizadores, definidos como “as pessoas singulares que formem um comité de cidadãos responsável pela prepa-

se encontra vinculada a tal apresentação. Por outro lado, porque o âmbito do convite transcende a proposta de actos legislativos (n.º 3, do artigo 289.º, TFUE), abrange a proposta de actos jurídicos – legislativos ou não legislativos – no âmbito das atribuições da Comissão.

104 Regulamento 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16/02/2011, sobre a iniciativa de cidadania (*JOUE* L 65, de 11/03/2011, pp. 1-22). O Regulamento foi, entretanto, alterado pelo Regulamento Delegado 268/2012, da Comissão, de 25/01/2012, pelo Regulamento 517/2017, de 13/05/2013, e pelos Regulamentos Delegados, da Comissão, 887/2013, de 11/07/2013, 531/2014, de 12/03/2014, e 2015/1070, de 31/03/2015

105 N.º 1, do artigo 7.º, do Regulamento 211/2011.

106 N.º 2, do artigo 7.º, do Regulamento 211/2011. O anexo I do Regulamento, prevê o número mínimo de subscritores em cada Estado-membro. Actualmente, o número mínimo de subscritores em Portugal é de 15 750, redacção dada pelo Regulamento Delegado 531/2014, da Comissão, de 12/03/2014.



ração de uma iniciativa de cidadania”¹⁰⁷ e impõe-se que o comité seja composto, pelo menos, por sete pessoas, residentes em, pelo menos, sete Estados-membros diferentes¹⁰⁸.

A representatividade da iniciativa de cidadania é moldada na representatividade do Parlamento Europeu: é exclusiva de cidadãos da União e o critério relevante para o exercício do direito é a residência e não a nacionalidade. Com efeito, a consideração da subscrição por um Estado, depende da subscrição por um número de cidadãos da União residentes nesse Estado, independentemente da nacionalidade (como sucede com o direito de voto nas eleições ao Parlamento Europeu¹⁰⁹) correspondente ao número de deputados eleitos ao Parlamento Europeu nesse Estado, multiplicado por 750 (o número máximo de deputados do Parlamento Europeu, com excepção do respectivo Presidente¹¹⁰).

O comité regista formalmente a iniciativa junto da Comissão, a qual tem o poder de a rejeitar, quando, não preencha os requisitos formais, esteja “manifestamente fora da competência da Comissão para apresentar uma proposta de acto jurídico”¹¹¹, seja “manifestamente abusiva, frívola ou vexatória”¹¹² ou “manifestamente contrária aos valores da União consagrados no artigo 2.º do TUE”¹¹³.

107 N.º 3 do artigo 2.º, Regulamento 211/2011.

108 N.º 2, do artigo 3.º, Regulamento 211/2011.

109 Alínea b), do n.º 2, do artigo 20.º, TFUE conjugado com o n.º 2, do artigo 22.º, TFUE e o artigo 39.º, CDFUE.

110 N.º 2, do artigo 14.º, TUE.

111 Alínea b), do n.º 2, do artigo 4.º, Regulamento 211/2011.

112 Alínea c), do n.º 2, do artigo 4.º, Regulamento 211/2011.

113 Alínea d), do n.º 2, do artigo 4.º, Regulamento 211/2011.

Recebida a confirmação do registo da iniciativa, os organizadores dispõem de 12 meses para recolher o número necessário de declarações de apoio. A iniciativa fica disponível no site da Comissão Europeia¹¹⁴, podendo ser subscrita electronicamente. Caso a proposta atinja um milhão de assinaturas, a Comissão recebe os organizadores da iniciativa¹¹⁵ e os organizadores apresentam a sua iniciativa em uma audição pública no Parlamento Europeu¹¹⁶¹¹⁷.

A proposta legislativa tem de incidir em domínios em que a Comissão tenha competência para apresentar propostas de actos jurídicos. A Comissão está obrigada a adoptar uma resposta formal, com indicação das medidas que tenciona tomar para dar seguimento à iniciativa e os fundamentos da adopção ou não adopção dessas medidas.

Trata-se de um mero impulso legiferante, a Comissão não está obrigada a adoptar uma proposta de acto jurídico e, quando adopte uma proposta, a adopção de um acto jurídico dependerá sempre da sua efectiva adopção pelas instituições com competência para a sua adopção – Comissão, Parlamento Europeu e Conselho.

O balanço das iniciativas registadas, arquivadas e bem sucedidas não é, contudo, muito animador. Foi recusado o registo de 20 iniciativas, com fundamento em que a proposta estava manifestamente fora do âmbito

114 <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open>

115 Artigo 10.º, Regulamento 211/2011.

116 Artigo 11.º, Regulamento 211/2011.

117 Guia do procedimento da iniciativa de cidadania disponível em <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/how-it-works>.



de competências da União. Com efeito, a maioria das iniciativas recusadas pressupunha alterações aos Tratados, objecto manifestamente excluído da iniciativa de cidadania.

Os próprios organizadores retiraram 14 iniciativas, antes de decorrido o prazo para a recolha de declarações de apoio. Uma das iniciativas merece, particular análise, a iniciativa “Wake up Europe! Agir para preservar o projeto democrático europeu”¹¹⁸. A decisão de registo da iniciativa pela Comissão foi objecto de recurso de anulação por parte das autoridades húngaras com o fundamento de que a adopção de uma iniciativa, no quadro do artigo 7.º, TUE, não consubstanciava a proposta de um acto jurídico necessário para a aplicação dos Tratados¹¹⁹.

Dezoito iniciativas não reuniram o número necessário de subscritores no prazo de 12 meses¹²⁰ e o prazo para a recolha de declarações de apoio terminou em duas iniciativas, desconhecendo-se se conseguiram reunir o número mínimo de subscrições¹²¹.

Encontram-se em aberto nove iniciativas. Somente três iniciativas foram bem sucedidas e reuniram o milhão de assinaturas necessárias: “Stop vivisection”; “um de nós” e “A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria”. Os temas po-

118 Informação disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/details/2015/000005><http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/details/2015/000005>

119 Analisamos a questão, com maior detalhe, *infra* em II.

120 Informação disponível em http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/conditions_not_fulfilled

121 Findo o prazo de subscrição, as autoridades nacionais dispõem de 3 meses para verificar as assinaturas.

dem não ser os mais inspiradores, mas a comparação com as petições¹²² - as equivalentes iniciativas de cidadania nacionais- submetidas à nossa Assembleia da República, conduz a resultados semelhantes.

A análise das declarações de apoio revela que – com excepção da não subscrição por cidadãos residentes na Bélgica da iniciativa “stop vivisection”¹²³ – as iniciativas bem sucedidas foram subscritas por cidadãos da União residentes em todos os Estados-membros da União, mesmo que não tenham reunido o número de subscritores necessários para que esse Estado-membro pudesse ser considerado como um Estado subscritor da iniciativa¹²⁴.

Um passo importante foi dado pelo recente acórdão do Tribunal Geral, *Efler*, processo T-754/14¹²⁵. O Tribunal Geral (doravante TG) anulou a Decisão da Comissão que recusou registar a proposta de Iniciativa de Cidadania Europeia «Stop TTIP», com o fundamento de que esta proposta “(...) não constitui uma ingerência inadmissível no desenvolvimento do processo legislativo, mas o desencadeamento legítimo de um debate democrático em tempo útil”¹²⁶.

122 Informação disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/Peticoes.aspx>

123 A não subscrição pela Croácia das iniciativas “Stop vivisection” and “Água” parece-nos justificada pelo facto de este Estado ter aderido à União Europeia em data posterior ao início da recolha declarações de apoio às referidas iniciativas.

124 A título exemplificativo, o número de cidadãos residentes em Portugal subscritores das três iniciativas bem sucedidas foi o seguinte: “Stop vivisection” 11305; “Um de nós” 65564; “Água” 13964.

125 Acórdão de 10/05/2017, *Efler*, processo T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323.

126 Considerando 47 do acórdão *Efler*.



A iniciativa “Stop TTIP”¹²⁷ convidava a Comissão a recomendar ao Conselho que revogue o mandato que lhe tinha outorgado para negociar o TTIP¹²⁸ 2 e, em última análise, que se abstenha de celebrar o CETA¹²⁹. Os potenciais efeitos desta iniciativa e de campanhas contra o TTIP no futuro desenho das relações transatlânticas já haviam sido preconizados por Pernice¹³⁰.

O TG considerou que “o princípio de democracia (...) é um dos valores fundamentais em que assenta a União, bem como o objetivo especificamente subjacente ao mecanismo iniciativas de cidadania europeias, que consiste em melhorar o funcionamento democrático da União ao conferir a qualquer cidadão um direito geral de participar na vida democrática, impõem uma interpretação do conceito de ato jurídico que inclua atos jurídicos como uma decisão de abertura de negociações com o objectivo de conclusão de um acordo internacional, que visa incontestavelmente alterar a ordem jurídica da União”¹³¹. Concluindo que “nada justifica excluir do debate democrático os atos jurídicos que visam a revogação de uma decisão que autoriza a abertura de negociações com vista à celebração de um acordo internacional, bem como os atos que têm por objeto impedir a assinatura ou a celebração de tal acordo”¹³².

127 Informação disponível em <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/2041>

128 TTIP é a sigla inglesa de “Transatlantic Trade and Investment Partnership”, em Português “Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento”.

129 CETA é a sigla inglesa de “Comprehensive Economic and Trade Agreement”, em Português “Acordo Económico e Comercial Global”.

130 PERNICE, Multilevel constitutionalism and the crisis of democracy in Europe, *European Constitutional Law Review*, 11(3), 2015, p. 561.

131 Considerando 37, do acórdão *Efler*.

132 Considerando 43, do acórdão *Efler*.

A interpretação dada pelo TG ao objecto de uma iniciativa de cidadania europeia permite ampliar as possibilidades de participação dos cidadãos da União no funcionamento democrático da União e reforça a democracia participativa.

Como Conrad, consideramos que, de um ponto de vista teórico, a iniciativa de cidadania deve ser interpretada como uma medida concreta de uma “democracia transnacional” de um *demoi* múltiplo¹³³.

Os mecanismos de participação dos cidadãos na vida democrática consagrados no Tratado de Lisboa e a sua concretização e aplicação permitem dar voz aos cidadãos europeus, mas é necessário que os cidadãos queiram exercer esse direito, que a sociedade civil e os cidadãos queiram envolver-se a nível nacional e europeu no processo de integração europeia.

3) Democracia participativa “interparlamentar”: a participação dos parlamentos nacionais no funcionamento da União Europeia.

O reforço da participação dos cidadãos dos Estados-membros na construção democrática e na legitimação democrática da União passa, igualmente, pela consagração de uma disposição específica sobre o papel dos parlamentos nacionais.

O novo artigo 12.º, TUE, dispõe que os parlamentos nacionais contribuem activamente para o bom funcionamento da União, através, das seguintes competências e direitos: direito à informação sobre os projectos de actos legislativos da União; competência de garantia do respeito pelo

133 CONRAD, (2011), p. 19.



princípio da subsidiariedade; competência de participação na avaliação e execução das políticas da União no domínio do espaço de liberdade, segurança e justiça; competência de controlo político da Europol e de avaliação das actividades da Eurojust; direito de participação no processo de revisão dos Tratados; direito à informação sobre os pedidos de adesão à União; direito de participação na cooperação interparlamentar entre os Parlamentos nacionais e com o Parlamento Europeu.

O Tratado de Lisboa reforça significativamente o controlo político e contencioso da observância do princípio da subsidiariedade pelos Parlamentos nacionais. A inclusão de uma referência explícita à dimensão infranacional do princípio da subsidiariedade¹³⁴, reforça, igualmente, o papel do Comité das Regiões e possibilita a participação dos parlamentos regionais com poderes legislativos no mecanismo de controlo preventivo da subsidiariedade, o denominado “alerta precoce *ex ante*”.

O controlo político preventivo da subsidiariedade pelos Parlamentos nacionais encontra-se regulado no segundo parágrafo, do n.º 3, do artigo 5.º, e na alínea b), do artigo 12.º, TUE, bem como no Protocolo n.º 1, relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia e, em especial, no Protocolo n.º 2, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Qualquer Parlamento nacional ou qualquer das câmaras de um Parlamento nacional pode, no prazo de oito semanas a contar da data de

134 N.º 3, do artigo 5.º, TUE: “Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. (...)”

transmissão de um projecto de acto legislativo, dirigir aos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão um parecer fundamentado, no qual expõe as razões pelas quais considera que o projecto em questão não obedece ao princípio da subsidiariedade¹³⁵.

As instituições intervenientes no processo legislativo têm em conta os pareceres fundamentados emitidos pelos Parlamentos nacionais¹³⁶.

A cada Parlamento nacional são atribuídos dois votos, repartidos em função do sistema parlamentar nacional¹³⁷. Quando os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade representem, pelo menos, um terço do total dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais – ou, um quarto, no caso dos projectos de actos no domínio do espaço de liberdade, segurança e justiça – o projecto deve ser reexaminado (denominado “cartão amarelo”). A instituição autora do projecto de acto legislativo pode decidir, fundamentadamente, manter, alterar ou retirar o projecto.

No quadro do processo legislativo ordinário, quando os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade representem, pelo menos, uma maioria simples dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais, a Comissão deve reanalisar a proposta, podendo, igualmente, manter, alterar ou retirar a proposta. Caso a Comissão decida manter a sua proposta, os pareceres fundamentados emitidos pelos Parla-

135 Artigo 6.º, Protocolo n.º 2, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

136 Parágrafo 1, n.º 1, do artigo 7.º, Protocolo n.º 1, relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia. “Nos sistemas parlamentares bicamarais, cada uma das câmaras dispõe de um voto”.

137 Parágrafo 2, do n.º 1, do artigo 7.º, do Protocolo n.º 2, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.



mentos nacionais, bem como o parecer fundamentado da Comissão devem ser enviados ao legislador (Parlamento Europeu e Conselho), para efeitos de ponderação no processo legislativo. Antes de terminada a primeira leitura, no quadro do processo legislativo ordinário, o legislador da União deve ponderar a compatibilidade da proposta com o princípio da subsidiariedade. Caso o legislador considere, por maioria de 55% dos membros do Conselho ou por maioria dos votos expressos no Parlamento Europeu, que a proposta legislativa não é compatível com o princípio da subsidiariedade, a proposta não continuará a ser analisada¹³⁸ (denominado “cartão laranja”).

A aplicação prática do controlo político preventivo do princípio da subsidiariedade, permitiu a utilização do “cartão amarelo” em três propostas de actos legislativos da Comissão.

Em Maio de 2012, foi utilizado o primeiro “cartão amarelo” em relação a uma proposta de Regulamento, da Comissão, relativa ao exercício do direito de acção colectiva no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços («Monti II»). No total, doze de quarenta parlamentos nacionais ou câmaras desses parlamentos (19 dos 54 votos atribuídos) consideraram que a proposta não respeitava o princípio da subsidiariedade. A Comissão retirou a proposta, embora tenha defendido que não consubstanciava uma violação do princípio da subsidiariedade.

Em Outubro de 2013, 14 câmaras dos parlamentos nacionais de 11 Estados-Membros (18 votos) mostraram outro “cartão amarelo” à proposta de Regulamento que institui a Procuradoria Europeia. A Comissão decidiu manter a sua proposta, com o argumento da sua conformidade com o princípio da subsidiariedade e a probabilidade de concretização da sua aplicação

138 Alíneas a) e b), do parágrafo 2, do n.º 3, do artigo 7.º, Protocolo n.º 2, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

através de uma cooperação reforçada. Em Abril de 2017, dezasseis Estados-membros notificaram as instituições da União da sua intenção de dar início a uma cooperação reforçada para instituir a Procuradoria Europeia.

Por último, em Maio de 2016, 14 câmaras de 11 Estados-Membros emitiram um terceiro “cartão amarelo” contra a proposta de revisão da Directiva relativa ao destacamento de trabalhadores¹³⁹. Também neste caso, a Comissão decidiu manter a sua proposta, considerando que a mesma não violava o princípio da subsidiariedade, porque o destacamento de trabalhadores é, por natureza, uma questão transfronteiriça.

Nos três casos de emissão de um “cartão amarelo”, o autor da proposta de acto legislativo foi sempre a Comissão e esta nunca aceitou a existência de uma violação do princípio da subsidiariedade e, em dois dos três casos, decidiu manter a proposta. Assim, as consequências jurídicas do controlo político do princípio da subsidiariedade são, na prática, limitadas.

O mecanismo corresponde à tese “no demos” e à defesa de um maior controlo pelos Parlamentos Nacionais. A prática tem, contudo, revelado, a existência de um acrescido intercâmbio de informação entre os Parlamentos nacionais sobre a compatibilidade/incompatibilidade de propostas de actos legislativos, traduzindo uma “concertação” ou “interparlamentarismo” favorável às teses cosmopolitas.

O Tratado de Lisboa reforçou igualmente a garantia contenciosa do princípio da subsidiariedade. O artigo 8.º, do Protocolo n.º 2, estabelece que o Tribunal de Justiça é competente para conhecer dos recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade por um

139 Promover o princípio segundo o qual o mesmo trabalho realizado no mesmo lugar deve ser remunerado da mesma forma.



acto legislativo, interpostos por um Estado-membro, ou por ele transmitidos, em nome do seu Parlamento nacional ou de uma câmara desse Parlamento. A legitimidade parece continuar a pertencer aos Estados-membros, atribuindo-se aos Parلامentos nacionais um direito de iniciativa indirecta¹⁴⁰.

Uma última palavra, para um exemplo de diminuição do papel do Parlamento Europeu. O processo de revisão simplificada dos Tratados correspondente às denominadas cláusulas de passerelle¹⁴¹, substitui a exigência de aprovação pelos Estados-membros, em conformidade com as respectivas normas constitucionais – o que pressupõe, a aprovação da alteração pelo Parlamento nacional –, pela comunicação da iniciativa aos Parلامentos nacionais e, quando não haja oposição, no prazo de seis meses, a revisão pode ser adoptada, mediante deliberação por unanimidade no Conselho.

II. O Tratado de Lisboa e a efectivação do respeito do valor da democracia pelos Estados-membros da União Europeia.

Nos termos do artigo 49.º, TUE, o respeito pela democracia é um requisito para a adesão de um Estado à União Europeia. O papel desempenhado pelas Comunidades Europeias, hoje, União Europeia, no processo de democratização de alguns dos seus actuais Estados-membros é inegável¹⁴².

140 V. nesse sentido, Maria José Rangel de Mesquita, Cidadania europeia e legitimização democrática após o Tratado de Lisboa, *O direito*, p. 159.

141 N.º 7, do artigo 48.º, TUE.

142 Foi o caso da Grécia, de Espanha, de Portugal e de novos Estados na Europa resultantes da desagregação da ex-Jugoslávia e da União Soviética.

As obrigações impostas aos países candidatos continuam a aplicar-se aos Estados-Membros após a sua adesão à União, por força do artigo 2.º, TUE e do princípio da cooperação leal¹⁴³.

Os acontecimentos recentes em alguns Estados-membros da União Europeia, têm demonstrado que “(...) alguns dos mais urgentes défices democráticos da Europa de hoje, podem ser encontrados no interior de um número de Estados-membros”¹⁴⁴ O desrespeito pelos valores em que se funda a União¹⁴⁵, por parte de alguns Estados-membros da União têm alimentado debates sobre a legitimidade da União para efectivar o respeito pela democracia nos Estados-membros da União¹⁴⁶.

O artigo 7.º, TUE, consagra mecanismos e procedimentos da União em caso de existência de um risco manifesto de violação grave dos valores em que se funda a União¹⁴⁷ ou de verificação da existência de uma violação grave e persistente desses valores¹⁴⁸, entre os quais, se inclui, o respeito pela democracia. Mecanismo político de sanção, introduzido pelo Trata-

143 N.º 3, do artigo 4.º, TUE.

144 MULLER, Should the EU protect democracy and the rule of law inside Member States?, *European Law Journal*, 21, 2, 2015, p. 143.

145 Artigo 2.º, TUE.

146 V., designadamente, KELEMEN / BLAUBERGER, Introducing the debate: European Union safeguards against member states' democratic backsliding, *Journal of European Public Policy*, 24:3, 2017, pp. 317-320; MULLER, Should the EU protect democracy and the rule of law inside Member States?, *European Law Journal*, 21, 2, 2015, pp. 141-160; BERND SCHLIPPHAK / OLIVER TREIB, Playing the blame game on Brussels: the domestic political effects of EU interventions against democratic backsliding, *Journal of European Public Policy*, 24:3, 2017, pp. 352-365.

147 N.º 1 do artigo 7.º, TUE.

148 N.ºs. 2 e 3, do artigo 7.º, TUE.



do de Amsterdão¹⁴⁹, complementado com um mecanismo de prevenção com o Tratado de Nice¹⁵⁰, não constitui uma inovação do Tratado de Lisboa.

O Tratado de Lisboa não introduziu alterações substantivas ao mecanismo¹⁵¹. A eliminação da estrutura de pilares e a substituição da Comunidade Europeia pela União Europeia¹⁵², implicou, contudo, a previsão de um regime sancionatório uniforme¹⁵³ e a introdução das necessárias adaptações terminológicas. O novo artigo 354.º, TFUE, estabelece as re-

149 O Tratado de Amsterdão estabeleceu um mecanismo político de sanção dos Estados-membros que não cumprissem os princípios previstos no, então, artigo 6.º, TUE - liberdade, democracia, respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais e Estado de direito (artigo 7.º, TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amsterdão). O regime sancionatório que habilitava a suspensão de alguns dos direitos do Estado-membro tinha uma dupla base jurídica: o n.º 2, do artigo 7.º, TUE, para as decisões sancionatórias decorrentes da aplicação do TUE; e o artigo 309.º, TCE, para as decisões sancionatórias decorrentes da aplicação do TCE.

150 Na sequência da denominada questão austríaca – a qual, por não reunir as condições que permitiriam desencadear o mecanismo sancionatório previsto no artigo 7.º, TUE - levou a que, à margem dos Tratados que regulavam a União, os Estados-membros da União decidissem coordenadamente romper relações diplomáticas com a Áustria, o Tratado de Nice criou um mecanismo preventivo de alerta precoce. O novo mecanismo, consagrado nos tratados, a pedido da Áustria, define o procedimento a adoptar quando se considere existir um risco de violação manifesto de violação grave dos princípios previstos no artigo 6.º, salvaguardando os direitos de defesa do Estado-membro em causa. Para uma análise empírica da questão austríaca, v. BERND SCHLIPPHAK / OLIVER TREIB, *Playing the blame game on Brussels: the domestic political effects of EU interventions against democratic backsliding*, *Journal of European Public Policy*, 24:3, 2017, pp. 356-358.

151 Com excepção da eliminação da previsão da possibilidade de o Conselho pedir a personalidades independentes que apresentassem um relatório sobre a situação do Estado-membro, considerado em risco de violação grave de algum dos princípios fundamentais da União. Consideramos que, a eliminação da expressa previsão desta possibilidade, que exigia uma deliberação por processo idêntico ao que habilita a verificação da existência do risco de violação dos princípios fundamentais, não impede futuros pedidos de apresentação de relatórios independentes, mas permite a agilização desses pedidos.

152 Artigo 1.º§3, TUE.

153 A competência sancionatória resulta, agora, somente do n.º 3, do artigo 7.º, TUE

gras de votação aplicáveis e o artigo 269.º, TFUE¹⁵⁴, consagra um uniforme regime especial de sindicabilidade dos actos adoptados pela União, ao abrigo do artigo 7.º, TUE¹⁵⁵.

O mecanismo sancionatório do artigo 7.º, TUE, possibilita a suspensão de alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados, incluindo o direito de voto no Conselho do representante do Governo, quando se verifique a existência de uma violação grave e persistente dos valores da União. Nas expressivas palavras de Muller, o artigo 7.º, TUE, é um “mecanismo para isolar, do resto da União, o Governo do Estado-membro, considerado em violação dos valores fundamentais, autoriza uma espécie de quarentena moral, não uma efectiva intervenção”¹⁵⁶. As consequências vão, contudo, para além da “quarentena moral” resultante da suspensão do direito de voto do representante do Estado-membro em causa no Conselho, pode ser decidida a suspensão da concessão de fundos- medida, com profundas implicações para o Estado-membro e, em particular, para as pessoas singulares e colectivas.

A intervenção da União é susceptível de produzir duas respostas antagónicas: 1) o enfraquecimento político da base de apoio do Governo e a deslegitimação das políticas consideradas contrárias aos valores fundamentais da União ou, 2) gerar um reforço do apoio público ao Go-

154 O artigo 269.º, TFUE, corresponde, com algumas alterações, ao regime anteriormente consagrado no artigo 46.ºTUE, na redacção que lhe foi dada pelo Tratado de Nice.

155 Maria José Rangel de Mesquita designa o regime do novo artigo 269.º, TFUE processo por incumprimento qualificado da violação dos valores fundamentais da União Europeia. Para uma análise crítica das especificidades resultantes do artigo 269.º, TFUE, v. Maria José Rangel de Mesquita *Introdução ao contencioso da União Europeia*, Almedina, 2.ª ed., 2017, p. 121.

156 Muller, Should the EU protect democracy and the rule of law inside Member States?, *European Law Journal*, 21, 2, 2015, p. 144.



verno (democraticamente, designado, de acordo com as respectivas regras constitucionais), acusado de violar os valores da União contra a intromissão da União (percepcionada como uma entidade que intervém ilegítimamente contra um Governo que tem o apoio da maioria dos seus eleitores)¹⁵⁷. O isolamento do Estado pode reforçar o seu afastamento do projecto de construção europeia e conduzir, no limite, ao pedido de retirada do Estado-membro da União Europeia. Os potenciais efeitos de contágio do Brexit devem ser adequadamente tidos em conta.

Qualificado como uma “opção nuclear” pelo ex-Presidente da Comissão Europeia, Durão Barroso¹⁵⁸, no seu discurso sobre o estado da Nação de 2012, os mecanismos de prevenção e de sanção do artigo 7.º não foram, até agora, aplicados.

A situação verificada na Hungria, nos últimos anos, motivou a aprovação, pelo Parlamento Europeu, de Resoluções que solicitam a avaliação da oportunidade de recurso ao mecanismo previsto no artigo 7.º, TUE, contra a Hungria¹⁵⁹. Em 2015, a iniciativa “Wake up Europe! Agir para preservar o projeto democrático europeu”¹⁶⁰, visava convidar a Comissão Europeia a consultar o Conselho sobre a situação na Hungria, nos termos do artigo 7.º, TUE, a fim de preservar os valores

157 BERND SCHLIPPHAK / OLIVER TREIB, Playing the blame game on Brussels: the domestic political effects of EU interventions against democratic backsliding, *Journal of European Public Policy*, 24:3, 2017, p. 353 e 355.

158 Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_pt.htm

159 Resolução do Parlamento Europeu, de 5/07/2011, sobre a revisão da Constituição húngara (JOUE C 33E, de 5/02/2013, pp. 17-21; Resolução do Parlamento Europeu, de 16/02/2012, sobre os recentes acontecimentos políticos na Hungria (2012/2511(RSP)) (JOUE C 249E, de 30/08/2013, pp. 27-30); Resolução do Parlamento Europeu, de 3/07/2013, sobre a situação dos direitos fundamentais: normas e práticas na Hungria (em conformidade com a resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2012) (2012/2130(INI)) (JOUE C 75, de 26/02/2016, pp. 52-78).

160 N.º de registo atribuído pela Comissão: ECI(2015)000005

européus definidos no artigo 2.º, TUE. Exemplo de democracia participativa transnacional que pretendia efectivar o respeito pelo valor da democracia na Hungria, a iniciativa legislativa acabaria por ser retirada em Junho de 2016, facto a que não terá sido alheio, o recurso de anulação, interposto pela Hungria, contra a decisão da Comissão Europeia, de registar a iniciativa de cidadania europeia¹⁶¹.

A exigência de unanimidade no Conselho Europeu para deliberar sobre a existência de uma violação grave e persistente dos valores fundamentais da União, dificultam a aplicação deste mecanismo. A proximidade entre os Governos dos Estados-membros que, actualmente, poderiam justificar a aplicação deste mecanismo- como sucede com a Hungria e a Polónia-, tornam dificilmente plausível a reunião da necessária unanimidade no Conselho Europeu.

À Comissão Europeia, enquanto guardiã dos Tratados, compete-lhe garantir a protecção do interesse geral da União e assegurar o respeito pelo direito da União¹⁶². A legitimidade processual activa da Comissão Europeia, no quadro do processo por incumprimento¹⁶³, permite-lhe sindicar qualquer incumprimento por ação ou omissão do direito da União Europeia, no âmbito da função legislativa, administrativa ou judicial, por parte de um Estado-membro da União. Consequentemente, situações específicas de violação de valores da União, que se encontrem abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União, podem ser objecto de processo por incumprimento.

161 Processo T-50/16, recurso interposto a 3/02/2016, entretanto, cancelado do registo.

162 N.º 1 do artigo 17.º, TUE.

163 Artigos 258.º e 260.º, TFUE.



O Tribunal de Justiça declarou verificado o incumprimento da Hungria em duas situações, que consubstanciaram, uma violação de valores da União. A primeira¹⁶⁴, visava limitar o poder do Tribunal Constitucional, substituindo os membros seniores do Tribunal por novos membros leais ao Governo húngaro. O novo regime, que impunha a cessação da atividade profissional dos juízes, dos procuradores e dos notários que atingissem os 62 anos de idade, foi declarado incompatível com a Diretiva que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional¹⁶⁵. A segunda¹⁶⁶, visava criar uma nova autoridade nacional de protecção de dados. O novo regime, que determinava a cessação antecipada do mandato da autoridade de fiscalização da protecção de dados pessoais, foi declarado incompatível com a Diretiva relativa à protecção de dados das pessoas singulares¹⁶⁷.

Sublinhamos que, o processo por incumprimento não constitui uma solução para todas as situações de violação de valores de direito da União. A Comissão somente pode desencadear um processo por incumprimento, nos casos, de risco ou violação de um valor da União que constituam, simultaneamente, uma violação a uma disposição específica do direito da União.

164 Acórdão de 6/11/2012, *Comissão contra Hungria*, processo C-286/12. ECLI:EU:C:2012:687

165 Directiva 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, *JOUE* L 303, de 2/12/2000, pp. 16-22.

166 Acórdão de 8/04/2014, *Comissão contra Hungria*, processo C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237.

167 Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, *JOUE* L 281, de 23/11/1995, pp. 31-50.

Em 2014, a Comissão adoptou um novo quadro destinado a fazer face a ameaças sistémicas ao Estado de direito nos Estados-membros da UE. O “novo quadro da União Europeia para reforçar o Estado de direito”¹⁶⁸, ‘consubstancia novo mecanismo político preventivo. O procedimento desenrola-se em três fases: avaliação, recomendação e seguimento. As fases parecem-nos seguir, evidentemente, com as necessárias adaptações, a fase pré-contenciosa do processo por incumprimento¹⁶⁹. Na fase de avaliação, a Comissão recolhe e analisa informação pertinente – incluindo informação da Comissão de Veneza do Conselho da Europa – avalia a existência de uma ameaça sistémica ao Estado de direito, podendo emitir um parecer sobre o Estado de direito, após dar ao Estado-membro a possibilidade de apresentar a sua defesa¹⁷⁰. Na segunda fase, a Comissão emite uma recomendação sobre o Estado de direito, na qual indica os fundamentos que justificam a alegação de ameaça de violação sistémica do Estado de direito e recomenda a sua resolução dentro do prazo fixado na própria recomendação¹⁷¹. Finalmente, na terceira fase, seguimento da recomendação, caso a Comissão considere que o Estado-membro não deu seguimento à recomendação, no prazo fixado, decidirá a possibilidade de activar os mecanismos de prevenção e de suspensão do artigo 7.º, TUE¹⁷².

168 Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: *Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito*, COM(2014).

169 Artigo 258.º, TFUE.

170 Parecer que corresponderia, na fase pré-contenciosa do processo por incumprimento, à carta de notificação (artigo 258.º, TFUE).

171 Recomendação que corresponderia, na fase pré-contenciosa do processo por incumprimento, ao parecer fundamentado. (artigo 258.º, TFUE).

172 Decisão discricionária que corresponderia na fase pré-contenciosa do processo



O novo quadro” é, assumidamente, complementar aos mecanismos, já previstos nos Tratados que regulam a União Europeia, o processo por incumprimento e o mecanismo do artigo 7.º, TUE. No entanto, julgamos que o novo quadro foi, sobretudo, concebido como uma “fase prévia à aplicação do mecanismo do artigo 7.º, TUE”, fase que os Tratados não prevêem. Pretende conferir ao Estado-membro em causa a possibilidade de defesa e a possibilidade de adoptar voluntariamente medidas que garantam o respeito dos valores fundamentais da União. A articulação deste novo quadro com o mecanismo de prevenção, previsto no n.º 1, do artigo 7.º, TUE, depende dos limiares de risco de violação dos valores fundamentais – ameaça sistémica ao Estado de direito e risco manifesto de violação grave dos valores fundamentais, respectivamente. A concretização da distinção entre os limiares de risco de violação parece-nos difícil. A não consagração nos Tratados do novo mecanismo e a complementaridade dos dois mecanismos possibilitará o recurso directo ao mecanismo do artigo 7.º, TUE, sem a prévia aplicação do novo mecanismo.

O procedimento do novo quadro foi aplicado à Polónia. A Comissão Europeia adoptou, em 2016, em Julho, uma recomendação relativa ao Estado de direito na Polónia¹⁷³, complementada, em Dezembro, por nova recomendação¹⁷⁴. Tudo indica que a Polónia não dará seguimento às re-

por incumprimento, à decisão de passar à fase contenciosa do processo por incumprimento, intentando um processo por incumprimento no Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 260.º, TFUE

173 Recomendação 2016/1374, da Comissão, de 27/07/2016, relativa ao Estado de direito na Polónia (*JOUE* L 217, de 12/08/2016, pp. 53-68).

174 Recomendação 2017/146, da Comissão, de 21/12/2016, relativa ao Estado de direito na Polónia complementar à Recomendação 2016/1374 (*JOUE* L 22, de 27/01/2017, pp. 65-81).

comendações da Comissão, no prazo fixado. O provável insucesso do primeiro caso de aplicação do “novo quadro relativo ao Estado de direito”, deixa a Comissão num dilema, evitar o reconhecimento do insucesso, prosseguindo com a emissão de sucessivas recomendações complementares ou acionar o mecanismo de prevenção do n.º 1, do artigo 7.º, TUE, que culmina na emissão de (novas) recomendações pelo Conselho. Com efeito, se a Polónia não acatou as recomendações emitidas, pela Comissão, ao abrigo do “novo quadro”, considerar que irá acatar as recomendações emitidas, pelo Conselho, ao abrigo do n.º 1, do artigo 7.º, TUE, é, provavelmente, uma vã esperança. A aplicação do mecanismo de sanção do n.º 2, do artigo 7.º, TUE, por exigir uma deliberação por unanimidade no Conselho Europeu, parece, igualmente, votada ao insucesso.

A União Europeia dispõe de mecanismos que permitem garantir o respeito do valor da democracia pelos Estados-membros da União Europeia. Quando o risco de violação ou a violação não correspondam a uma violação de uma obrigação decorrente dos Tratados, sindicável no quadro do processo por incumprimento, ainda que a União esteja habilitada a intervir, os mecanismos disponíveis não permitem compelir o Estado-membro a respeitar os valores fundamentais da União.

A solução não deve passar, contudo, como defende Muller¹⁷⁵, pela criação de uma “Comissão de Copenhaga”¹⁷⁶, composta por peritos e reconhecidos estadistas. O valor acrescentado de uma nova Comissão, composta por membros não eleitos e cujas decisões não são vinculativas, parece-nos reduzido e uma desnecessária duplicação do trabalho já desenvolvido pela Comissão de Veneza.

175 MULLER, Should the EU protect democracy and the rule of law inside Member States?, *European Law Journal*, 21, 2, 2015, p. 150 ss.

176 À imagem da Comissão de Veneza, do Conselho da Europa.



III. Considerações conclusivas.

Os Tratados que regulam a União Europeia consagram, após o Tratado de Lisboa, os instrumentos e os procedimentos necessários à representação, à participação e à responsabilização democrática: democracia representativa e participativa (artigos 10.º e 11.º, TUE), papel dos parlamentos nacionais (artigo 12.º, TUE), transparência e acesso à informação (artigos 10.º e 15.º, TUE).

O Tratado de Lisboa reforçou a cidadania da União Europeia e melhorou o funcionamento democrático da União, mas o seu potencial democrático está longe de ser alcançado¹⁷⁷.

Volvidos quase oito anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que lições podemos retirar em matéria de efectivação do valor da democracia dentro da União Europeia e nos Estados-membros da União:

1. Não existe um povo europeu.
2. Cabe aos cidadãos dos Estados-membros, organizados de acordo com as respectivas regras constitucionais, directamente, através de referendo, ou, indirectamente, mediados pelos seus representantes nos Parlamentos nacionais, a decisão sobre a permanência e a saída de um Estado-membro da União Europeia – como a recente decisão “Brexit” revelou.
3. A efectivação da democracia dentro da União Europeia exige a legitimidade democrática das instituições da União com poder decisório.

¹⁷⁷ PERNICE, Multilevel constitutionalism and the crisis of democracy in Europe, *European Constitutional Law Review*, 11(3), 2015, p. 560.

4. A legitimação democrática das instituições da União assenta em uma dupla legitimação: os cidadãos da União e os cidadãos dos Estados-membros, organizados de acordo com as respectivas regras constitucionais.
5. Os cidadãos da União estão directamente representados no Parlamento Europeu. A legitimação do Parlamento Europeu corresponde a uma democracia para além dos Estados. A legitimação normativa não é, contudo, acompanhada, na maioria dos Estados-membros, de uma significativa participação dos cidadãos da União com capacidade eleitoral activa nas eleições para o Parlamento Europeu. O papel do Parlamento Europeu na aprovação de atos legislativos tem sido reforçado em todas as revisões dos Tratados, mas continua a não dispor de um direito de iniciativa legislativa geral. A sua participação no processo de conclusão de acordos internacionais da União no domínio da PESC continua omissa.
6. Os cidadãos dos Estados-membros, organizados de acordo com as respectivas regras constitucionais estão directa ou indirectamente representados no Conselho Europeu e no Conselho, cujos membros são democraticamente responsáveis, quer perante os respectivos parlamentos nacionais, quer perante os seus cidadãos. A legitimação do Conselho Europeu e no Conselho corresponde à tese “no demos”. A previsão da deliberação por maioria qualificada afasta, contudo, a cadeia directa de legitimação democrática, nos casos em que é adoptada uma decisão contrária aos interesses específicos do Estado-nação.



7. A legitimidade democrática da Comissão, a mais discutível, foi construída a partir do modelo de democracia parlamentar. A previsão da designação do Presidente da Comissão, tendo em conta os resultados das eleições para o Parlamento Europeu, corresponde a uma democracia para além dos Estados, que pretende replicar no plano supranacional o funcionamento democrático dos Estados. O papel político do Conselho Europeu e a dependência das propostas apresentadas pelos Estados-membros para a indicação das personalidades indicadas como Comissários revela as especificidades de uma instituição, que desde o Plano Schuman se assumiu como uma instituição supranacional e independente dos Estados-membros.
8. No processo de revisão dos Tratados, ordinário ou simplificado, bem como no processo de celebração de acordos internacionais entre a União e Estados terceiros ou organizações internacionais, a legitimidade dos povos dos Estados prevalece.
9. A iniciativa de cidadania e a prática do controlo político da subsidiariedade pelos Parlamentos nacionais são exemplos de instrumentos que transcendem as fronteiras dos Estados-membros e que exigem uma organização transfronteiriça. Correspondem a uma democracia participativa transnacional.
10. As especificidades do processo de integração europeia implicam a evolução do conceito de soberania e de democracia. “Não é suficiente comparar a estrutura institucional e o processo legislativo da União à estrutura e ao processo de um Estado-membro,

incluindo sistemas eleitorais e disposições sobre transparência, responsabilidade, oportunidades de participação e envolvimento activo dos cidadãos e da sociedade civil”¹⁷⁸.

11. O problema central do processo de integração europeia é o desconhecimento do funcionamento da União, o afastamento existente entre a União Europeia e os povos dos Estados-membros da União Europeia. Os mecanismos de representatividade e de participação dos povos no funcionamento da União existem, mas é necessário que os povos os queiram exercer.
12. Os Tratados consagram, igualmente, mecanismos que permitem efectivar o valor da democracia nos Estados-membros. As limitações do artigo 7.º, TUE, são, porém, evidentes, num contexto em que o risco ou, mesmo, a violação do valor da democracia ocorre em mais de um Estado-membro, potencia a utilização solidária do veto para impedir a aplicação deste mecanismo.

178 PERNICE, Multilevel constitutionalism and the crisis of democracy in Europe, *European Constitutional Law Review*, 11(3), 2015, p. 556.



O controlo democrático do poder executivo da UE e a recente evolução da Doutrina Meroni

RUI LANCEIRO¹

Resumo: O presente texto corresponde a uma reflexão sobre a democracia no contexto da União Europeia (UE), em especial sobre o controlo democrático da actuação das instituições, dos órgãos e organismos no âmbito da execução administrativa do Direito da UE. Nesse contexto, a delegação de poderes administrativos amplos em agências, nomeadamente de elaboração e aprovação de normas administrativas, coloca questões importantes de legitimidade democrática e da possibilidade de controlo da actividade destas entidades. Essas questões tornaram-se mais prementes após a evolução jurisprudencial pós Tratado de Lisboa no âmbito da jurisprudência *Meroni* (9/56) – especificamente o Acórdão do Tribunal de Justiça (TJ) da UE no caso *Reino Unido c. Parlamento e*

1 Professor Auxiliar na Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito; Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público; Assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional. Alameda da Universidade Cidade Universitária 1649-014. E-mail: ruilanceiro@fd.ulisboa.pt

Conselho [vendas a descoberto] (C-270/12). Este acórdão alguns efeitos vantajosos, no entanto é preocupante que se abra a porta a mecanismos de execução administrativa do Direito da UE à margem do disposto nos Tratados.

Palavras Chave: União Europeia; Meroni; Agências; TJUE; jurisprudência; democracia.

Abstract: *This article is a reflection on democracy in the context of the European Union (EU), in particular on democratic scrutiny of the action of the institutions, bodies and agencies in charge of the administrative implementation of EU law. In this context, the delegation of broad administrative powers to agencies, including the drafting and adoption of administrative rules, raises important issues of democratic legitimacy and the possibility of monitoring the activity of these entities. These issues became more pressing after the development of the case-law after the Treaty of Lisbon under the Meroni case (9/56) - specifically the judgment of the Court of Justice of the EU in the case of the United Kingdom v. Parliament and Council (C-270/12). This judgment has some beneficial effects, however it is worrisome to open the door to mechanisms for administrative enforcement of EU law outside the provisions of the Treaties.*

Keywords: *European Union; Meroni; Agencies; CJEU; case-law; democracy.*

Sumário: *a) Considerações gerais; b) A execução administrativa do Direito da UE; c) A execução do Direito da UE pela administração própria da UE; d) A “agencificação” da admi-*



nistração da UE; e) As agências executivas e as agências descentralizadas; f) A doutrina Meroni e a delegação de poderes nas agências descentralizadas; g) A evolução pós-Lisboa da doutrina Meroni: menos controlo democrático da administração da UE após o caso Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto] (C-270/12)?

a) Considerações gerais

1. O presente texto corresponde a uma reflexão sobre a democracia no contexto da União Europeia (UE) a propósito do painel “Democracia no plano transnacional” do X Encontro de Professores de Direito Público subordinado ao tema “Democracia e Direito Público”, que teve lugar nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e que constituiu também uma homenagem ao Senhor Prof. Doutor Jorge Miranda, um dos fundadores destes encontros.

2. Entre as diversas inquietações ao nível do princípio democrático suscitadas pela UE, coloca-se a do controlo democrático da actuação das instituições, dos órgãos e organismos da União no âmbito da execução administrativa do Direito da UE. Efectivamente, nesse contexto, a delegação de poderes administrativos amplos em agências independentes ou descentralizadas, nomeadamente de elaboração e aprovação de normas administrativas – que gozam do estatuto de Direito da UE, inclusive de primado sobre o direito nacional –, coloca questões importantes de legitimidade democrática e da possibilidade de controlo da actividade destas entidades. Essas questões tornaram-se mais prementes após a evolução jurisprudencial pós Tratado de Lisboa no âmbito da doutrina *Meroni* – es-

pecificamente o Acórdão do Tribunal de Justiça (TJ) da UE no caso *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12)².

b) A execução administrativa do Direito da UE

3. A execução administrativa do Direito da UE é assegurada pelos seus órgãos e pelos Estados-Membros, nos termos do artigo 291.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (doravante TFUE). Desse preceito decorrem obrigações de execução para diversas entidades das administrações públicas da UE e dos Estados-Membros. Assim, umas vezes, a execução cabe a instituições da UE (em especial, da Comissão), outras vezes, às administrações nacionais, outras ainda é partilhada³.

4. Regra geral cabe às administrações públicas dos Estados-Membros a execução administrativa e a salvaguarda do Direito da UE.

Esta é a solução que está consagrada expressamente no n.º 1 do artigo 291.º do TFUE, que estabelece que «os *Estados-Membros tomam todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União*». De qualquer forma, mesmo antes dessa consagração, a tarefa das administrações dos Estados-Membros foi pacificamente reconhecida pelo Tribunal de Justiça da UE (TJUE), como decorrência do princípio da cooperação leal, retirada do dever que impende sobre os Estados-Membros de assegurarem a plena efectividade

² Cfr. o Ac. do TJ no Proc. n.º C-270/12, *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]*, de 22 de Janeiro de 2014, n.º 53-54.

³ Cfr. A. J. GIL IBÁÑEZ, *El control y ejecución del Derecho Comunitario El papel de las administraciones nacionales y europea*, INAP, 1998, pp. 53 ss.; S. CASSESE, “European Administrative Proceedings”, in *Law & Contemp. Probs.*, vol. 68, 2004, pp. 21-36, p. 21.



do Direito da UE, previsto originariamente no artigo 5.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia (TCEE), posterior artigo 10.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), actual artigo 4.º, n.º 3, do TFUE ^{4/5}. Apesar desse histórico reconhecimento da atribuição indirecta do dever de execução do Direito da UE às administrações nacionais^{6/7}, a exacta dimensão do seu papel e da sua importância foi sendo densificada ao longo do tempo, culminando na actual redacção do artigo 291.º TFUE.

As administrações públicas dos Estados-Membros são, assim, incumbidas de assegurar a execução administrativa do Direito da UE em cooperação com as instituições da UE, em especial a Comissão. E essa execução administrativa depende delas, em primeira linha⁸.

4 Cfr. T. v. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, 2008, pp. 302-303, 307, 309, 469; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo – El Derecho Administrativo Europeo*, t. II, 2.ª ed., Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 33 ss.; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2.ª ed., 2009, pp. 29 ss.

5 Cfr., v.g., os Ac. do TJ Proc. n.º 205-215/82, *Deutsche Milchkontor*, 21 de Setembro de 1983, n.º 17; Proc. n.º 94/71, *Schlüter & Maack*, de 6 de Junho de 1972, n.º 10.

6 Cfr. T. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, p. 307.

7 Mais explicitamente, também fixou esta obrigação a Declaração n.º 43, respeitante ao Protocolo relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, anexa ao Tratado de Amesterdão (na sequência das conclusões do Conselho Europeu de Essen) concluiu que: "(...) a aplicação do Direito Comunitário no plano administrativo cabe em princípio aos Estados-Membros, nos termos do respectivo ordenamento constitucional. A competência das Instituições comunitárias em matéria de fiscalização, controlo e execução, tal como previstas nos artigos 145º e 155º (actuais artigos 202º e 211º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia, não é afectada".

8 Cfr., v.g., R. AFONSO PEREIRA, "O Direito Comunitário posto ao serviço do Direito Administrativo", in *BFDUC*, vol. LXXXI, 2005, pp. 682 ss.; C. AMADO GOMES/ R. TAVARES LANÇEIRO, "A revogação de actos administrativos entre o Direito nacional e a jurisprudência da União Europeia: um instituto a dois tempos?", in *RMP*, nº 132, 2012, pp. 11-71; T. V. DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, pp. 302-303, 309, 469; A. ESTELLA DE NORIEGA, "La Administración Pública Comunitaria", in *Manual de Derecho Comunitario*, L. Parejo Alfonso/ E. Pérez Gorostegui (org.), Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 95-144, p. 97; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, 2013, pp. 452 ss.; IDEM,

5. Pese embora tudo o que se acabou de afirmar, não é correcto concluir que a UE esteja totalmente afastada da execução do Direito da UE⁹.

De facto, a execução do Direito da UE pode caber – de forma secundária, subsidiária ou excepcional¹⁰ – às instituições da UE. É o que resulta do artigo 291.º, n.º 2, TFUE, que estabelece que “*quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos actos juridicamente vinculativos da União, estes conferirão competências de execução à Comissão ou, em casos específicos devidamente justificados e nos casos previstos nos artigos 24.º e 26.º do Tratado da União Europeia, ao Conselho*». Desta forma, reconhece-se a possibilidade de a União executar os seus actos legislativos, quando a adopção de «*condições uniformes de execução*” seja necessária. Esta última referência remete o intérprete para os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Quando se verifique a competência executória da UE, a entidade com competência para a execução será, regra geral, a Comissão, a não ser em matéria de política externa e de segurança comum¹¹, caso em que a

“A europeização do contencioso administrativo”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, J. Miranda (coord.), vol. I, Coimbra Editora, 2006, pp. 391-392; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 33 ss.; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra Editora, 2011, pp. 63-64, 89 ss., especialmente 101 ss.; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, pp. 29 ss.; S. CASSESE, “*Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*”, in RTDP, 1991, n.º 3, pp. 769-774.

9 Cfr., em sentido contrário, F. C. MAYER, “*Competences – Reloaded? The Vertical Division of Powers in the EU after the New European Constitution*”, in *The Journal Of International Constitutional Law*, n.º 3, 2005, pp. 493-515, p. 504.

10 Cfr. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 55 ss.

11 Onde se incluem os domínios da política externa, bem como todas as questões relativas à segurança da União, incluindo a definição gradual de uma política comum de defesa.



competência de execução cabe ao Conselho. Trata-se de uma inovação do Tratado de Lisboa, uma vez que reconhece expressamente a competência administrativa da Comissão, independentemente de delegação do Conselho¹². Apesar desta inovação, ainda se pode dizer que a execução administrativa do Direito da UE pela própria UE assenta numa lógica de “*executivo dual*”, cabendo ao Conselho e à Comissão¹³, embora de forma atenuada, uma vez que a intervenção administrativa do Conselho se resume à política externa e de segurança comum¹⁴.

c) A execução do Direito da UE pela administração própria da UE

6. Ao nível orgânico, quando o poder de execução compete à administração própria da UE, é possível a distinção entre a administração central e descentralizada da UE. No primeiro caso, englobam-se os órgãos e serviços que se encontram na dependência directa das instituições – ou seja, que estão enquadrados numa relação hierárquica com uma insti-

12 Antes do Tratado de Lisboa o artigo 202.º, 3.º travessão, TCE, que previa entre as competências do Conselho a de atribuir «à Comissão, nos actos que adopta, as competências de execução das normas que estabelece». O preceito também estabelecia que «O Conselho pode submeter o exercício dessas competências a certas regras. O Conselho pode igualmente reservar-se, em casos específicos, o direito de exercer directamente competências de execução. As regras acima referidas devem corresponder aos princípios e normas que o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após parecer do Parlamento Europeu, tenha estabelecido previamente». Existia, a este propósito, divergência sobre se a Comissão tinha uma competência administrativa delegada – e se existia uma delegação legal ou não – ou própria. Hoje em dia, face à redacção do artigo 291.º, n.º 2, TFUE, essa discussão perdeu utilidade pois a competência própria da Comissão foi expressamente estabelecida.

13 Cfr. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, p. 225.

14 Em posição contrária, rejeitando a ideia de executivo dual, cfr. D. CURTIN, *Executive Power of the European Union. Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford University Press, 2009, pp. 177 ss.

tuição, em especial a Comissão, e, por isso, sujeitos ao seu poder de direcção. A administração descentralizada da UE abrange os organismos e entidades que, com algum grau de autonomia, receberam poderes de execução, em especial, as agências descentralizadas.

Apesar de ser possível, em abstracto, uma transposição simples da terminologia e da classificação da administração pública nacional para a administração da UE, não será uma boa opção utilizar as expressões “*administración directa*” e “*administración indirecta*” porque estas partem do modelo nacional de administração pública, que assenta num governo nacional como órgão supremo da administração pública do Estado. Ora, no caso da UE, apesar da clarificação introduzida pelo Tratado de Lisboa no sentido de que a Comissão se encontra encarregue da execução do Direito da UE, parece duvidoso que se possa ver esta instituição como equivalente, para estes efeitos, ao Governo nacional. E isto porque existem matérias cuja execução é expressamente atribuída pelos Tratados, por competência própria, a outras instituições, como se viu.

É por isso que não se concorda com SABINO CASSESE quando este classifica o BCE, o Tribunal de Contas ou o Provedor de Justiça como entidades administrativas independentes e, como tal, integradas numa administração autónoma da UE¹⁵. Esta classificação parte, mais uma vez, de uma transposição acrítica de conceitos de Direito Administrativo nacional para a esfera da UE – e da consideração da Comissão como o “*governo*”. Porém, nos primeiros dois casos, trata-se de entidades classificadas

15 Cfr. S. CASSESE, “*Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*”, in *RTDP*, n.º 1, 2003, p. 6. No mesmo sentido, cfr. P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p. 471. Em sentido contrário, qualificando o BCE e o BEI como parte da administração homogénea indirecta, cfr. L. PAREJO ALFONSO, “*Los Principios Generales del Derecho Administrativo Comunitario*”, in *Manual de Derecho Comunitario*, L. Parejo Alfonso/ E. Pérez Gorostegui (org.), Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 45.



pelo Tratado como instituições a par da Comissão, com competências administrativas próprias aí previstas. A transposição destes conceitos não parece ser possível, pois todo o contexto é diferente.

7. Resulta da letra do artigo 291.º, n.º 2, do TFUE, apesar da dualidade de instituições, que o poder de «*execução do Direito da UE*», quando este caiba à própria UE, reside na Comissão, salvo as excepções referidas. Assim, resulta claro da letra deste preceito que o órgão de administração por excelência no âmbito da UE é a Comissão, que é responsável pela execução administrativa do Direito da UE.

Ora, no que diz respeito à Comissão, a administração central é composta pelo colégio de Comissários que, para assegurar a prossecução das suas atribuições e competências, é apoiado e coadjuvado por um conjunto de organismos e serviços e pelo corpo de funcionários e agentes integrados na administração própria da UE¹⁶. Aqui se incluem, por exemplo, o Secretariado-Geral, as Direcções-Gerais¹⁷ e outros serviços¹⁸. Para

16 Cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Guiffè, 4.ª ed., 2011, pp. 291 ss.; A. M. GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, 2004, p. 359; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 131 ss.; E. SCHMIDT-ABMANN, *La Teoria General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, 2003, p. 386.

17 Que se encontram divididas tendo em conta uma determinada matéria, como a agricultura, na Direcção-Geral da Agricultura e Desenvolvimento Rural (DG AGRI), o ambiente, na Direcção-Geral do Ambiente (DG ENV), ou a concorrência, Direcção-Geral da Concorrência (DG COMP), ou um determinado tipo de função, como a tradução ou interpretação, na Direcção-Geral da Tradução (DGT), a Direcção-Geral da Interpretação (SCIC). Aqui se inclui também o Eurostat. Cfr., para um elenco, http://ec.europa.eu/about/ds_pt.htm [consultado pela última vez em 2017-08-01].

18 Que lidam com questões administrativas genéricas ou têm um mandato específico. Por exemplo, a Biblioteca Central, o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), o Responsável pela Protecção de Dados da Comissão Europeia (*European Commission Data Protection Officer*), o Serviço de Auditoria Interna (IAS), ou o Serviço Jurídico (SJ). Cfr., para um elenco, http://ec.europa.eu/about/ds_pt.htm [consultado pela última vez em 2017-08-01].

além disso, a administração da UE dispõe ainda de Representações da Comissão Europeia em cada um dos Estados-Membros. Deve, da mesma forma, ser referido o Serviço Europeu para a Acção Externa (SEAE), criado pelo Tratado de Lisboa¹⁹, que é um serviço autónomo e interinstitucional, que presta apoio e assistência ao Alto Representante para os Assuntos Externos e a Política de Segurança, no exercício das suas funções.

d) A “agencificação” da administração da UE

8. Paralelamente à administração central da UE existe a administração descentralizada da UE, em especial o fenómeno das agências da UE. Com efeito, existe uma tendência crescente, em especial por parte da Comissão, para a delegação de competências de aplicação ou execução do Direito da UE (ou a transferência de atribuições), em áreas específicas, em entidades autónomas especializadas: as agências europeias. A ordem jurídica da União seguiu esta tendência, de “*agencificação*”, em especial a partir do final do século XX²⁰, provavelmente por inspiração

19 Cfr. também a Decisão n.º 2010/427/UE, do Conselho, de 26 de Julho de 2010, que estabelece a organização e o funcionamento do Serviço Europeu para a Acção Externa.

20 Embora algumas agências tenham sido criadas nos anos 70, a massificação do recurso a esta figura ocorreu nos anos 90 – cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 148-152. Hoje em dia, existem pouco menos de 40 agências que cobrem diversas áreas de Direito Europeu. Para uma inventarização e tipologia funcional destas agências, cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 154-160; ou S. GRILLER / A. ORATOR, “*Everything under control? The ‘way forward’ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine*”, in *ELRev*, vol. 35, n.º 1, 2010, pp. 3-35, no apêndice. Cfr. também E. CHITI, “*The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies*”, in *CMLR*, vol. 37, n.º 2, 2000, pp. 309-343; *IDEM*, “*An Important Part of the EU’s Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*”, in *CMLR*, vol. 46, n.º 5, 2009, pp. 1395-1442; *IDEM*, “*European Agencies’ Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*”, in *European Law Journal*, vol. 19, n.º 1, 2013, pp. 93-110; C. SCOTT, “*Agencies for European Regulatory Governance: A Regimes Approach*”,



norte-americana²¹, sendo fruto do alargamento das competências conferidas à UE pelos Estados-Membros²².

O fenómeno da “*agencificação*” tem merecido críticas. Desde logo, porque acarretaria uma burocratização crescente da actividade da UE e o crescimento de sectores da administração que, devido à sua autonomia e à complexidade dos procedimentos em causa, escapam ao controlo das instituições. Outros Autores consideram que se trata de uma operação do Conselho, com vista ao esvaziamento da primazia administrativa da Comissão²³.

Não se concorda. As agências europeias, normalmente, foram criadas em resposta aos crescentes requisitos de informação, bem como pela necessidade de suportar parte do trabalho da Comissão²⁴. Um motivo central deriva da necessidade de criação de veículos de cooperação (em

in *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance*, D. Geradin/ R. Muñoz/ N. Petit (eds.), Edward Elgar, 2005, pp. 67-87; E. Vos, “*Agencies and the European Union*”, in *Agencies in European and Comparative Perspective*, L. Verhey/ T. Zwart (eds.), Intersentia, 2003, pp. 113-148. Cfr. também S. TAVARES SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 46-48.

21 Cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, p. 202; M. SHAPIRO, “*Two transformations in Administrative Law: American and European*”, in *The Europeanization of Administrative Law*, Karl-Heinz Ladeur (org.), 2002, Ashgate – Dartmouth, pp. 14-22.

22 Cfr. S. KADELBACH, “*European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration*”, in *Good Governance in Europe’s Integrated Market*, C. Joerges/ R. Dehousse (ed.), Oxford University Press, 2002, pp. 169-170; R. D. KELEMEN, “*The Politics of ‘Eurocratic’ Structure and the New European Agencies*”, in *West European Politics*, vol. 25 n.º 4, 2002, pp. 93-118.

23 Cfr. M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, p. 135; R. WIDERSHOVEN, “*European Administrative Law*”, in *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States – A comparative analysis*, R. Seerden/ F. A. M. Stroink (ed.), Intersentia, 2002, pp. 259-306, pp. 263-265.

24 Cfr. E. Vos, “*Reforming the European Commission: What role to play for EU agencies?*”, in *CMLR*, n.º 37, 2000, p. 1117; G. MAJONE, “*The new European agencies: regulation by information*”, in *JEPP*, vol. 4, n.º 2, 1997, pp. 262-275.

especial com os Estados-Membros) ao nível europeu e a promoção da integração administrativa europeia^{25/26}. Trata-se de um fenómeno heterogéneo de desconcentração de poderes das entidades administrativas europeias, com diferentes opções ou modalidades²⁷. No entanto, a multiplicidade de criação destes organismos provoca a necessidade de estabelecimento de mecanismos que assegurem a coerência de actuação da UE – *i.e.*, instrumentos de cooperação – e, sobretudo, que garantam o controlo da sua actividade pelas instituições com funções executiva ou de controlo sobre o executivo, que detenham legitimidade democrática directa ou indirecta.

9. Apesar de o Tratado de Lisboa ter vindo a reconhecer um papel mais relevante às agências²⁸, estas ainda não são aí apresentadas como

25 Cfr. A. KREHER, “*Agencies in the European Community - A Step Towards Administrative Integration in Europe*”, in *JEPP*, vol. 4, n.º 2, 1997, pp. 225-245.

26 Outros motivos podem ser apresentados para a “*agencificação*” da UE, como o reforço da integração europeia, perante a ausência de vontade para alcançar uma integração política forte, e a criação de pequenas comunidades epistémicas especializadas de técnicos e burocratas (cfr. M. SHAPIRO, “*The problems of independent agencies in the United States and the European Union*”, in *JEPP*, vol. 4, n.º 2, 1997, pp. 276-291, p. 282), ou uma forma de construir verdadeiramente o mercado único – pois a harmonização legislativa estaria a revelar-se insuficiente (cfr. R. DEHOUSSE, “*Regulation by networks in the European Community: the role of European agencies*”, in *JEPP*, vol. 4, n.º 4, 1997, pp. 246-261, pp. 254-255). Cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 146-148; D. GERADIN, “*The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience*”, in *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance*, D. Geradin/ R. Muñoz/ N. Petit (eds.), Elgar, 2005, pp. 215-245.

27 Cfr. E. CHITI, “*Tendenze e problemi del processo di ‘agencification’ nell’ordinamento europeo*”, in *L’amministrazione comunitaria: caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, B. Marchetti (org.), Cedam, 2008, pp. 21-45; IDEM, “*Les agences, l’administration indirecte et la coadministration*”, in *Droit administratif européen*, J.-B. Auby/ J. Dutheil de la Rochère (ed.), Bruylant, 2007, pp. 267-281.

28 Cfr. os artigos 9.º e 45.º TUE (quanto à referência a “*organismos*” da UE e quanto à referência à Agência Europeia de Defesa, respectivamente) e os artigos 15.º, n.º 1 e 3, 16.º, n.º 2, 71.º, 123.º, n.º 1, 124.º, 127.º, n.º 4, 2.º parág., 130.º, 228.º, n.º 1, 263.º, 1.º



a parte fundamental da administração da UE que são, de facto. Por isso, a regulação da existência, funções e procedimento de criação e delegação de poderes, das agências europeias é deixada, na maior parte dos casos, para legislação derivada da UE, muitas vezes tendo como base normativa o artigo 352.º TFUE²⁹.

Daqui resulta a heterogeneidade das agências a vários títulos. Para além das agências previstas nos Tratados e as criadas pelo Direito derivado para auxiliar a Comissão, encontram-se exemplos de agências que resultam de processos *bottom-up*, através da associação de entidades nacionais (como a Europol, a Eurojust e a Academia Europeia de Polícia) – onde o papel da Comissão é secundarizado –, bem como outras agências que são entidades independentes, gozando de independência técnica face à Comissão (como o Centro Europeu de Controlo e Prevenção de Doenças e a Agência Europeia para a Segurança das Redes de Informação)³⁰. A estrutura interna das diversas agências e a sua relação ou dependência da Comissão também não é uniforme, variando em grande medida. Não se pode, portanto, concordar com uma classificação global destas realidades como administração indirecta ou independente da UE – as realidades abrangidas são muito diversas.

A função principal das agências é, regra geral, assistir ou auxiliar a Comissão nas suas funções de aplicação do Direito da UE ou de garantia e supervisão dessa aplicação. Para além desse núcleo central, as funções das agências variam em grande medida. Em alguns casos a desconcentração é apenas parcial – tarefas técnicas ou consultivas no âmbito da instrução

parág., 267.º, alínea b), 282.º, 298.º, n.º 1, e 325.º TFUE (quanto à referência a “organismos” da UE), por exemplo.

29 Cfr. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, pp. 25-27.

30 Cfr. S. TAVARES SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, pp. 46-47.

da decisão – ou global – relativamente a poderes de decisão final dos procedimentos³¹. Algumas agências podem emitir decisões e regulamentos vinculativos para terceiros, aplicando directamente o Direito da UE – é o caso da Agência Europeia para a Segurança da Aviação³². Outras preparam propostas de legislação para a Comissão³³. Muitas das agências funcionam simplesmente como “satélites” da Comissão³⁴ – monitorizando uma determinada área, recolhendo informação e coordenando-a³⁵.

e) As agências executivas e as agências descentralizadas

10. Normalmente distinguem-se dois tipos de agências europeias – as agências executivas e as agências independentes ou descentralizadas³⁶.

31 Cfr. S. TAVARES SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, p. 46.

32 A Agência Europeia para a Segurança da Aviação foi criada pelo Regulamento (CE) n.º 1592/2002, do Conselho e do Parlamento. Hoje em dia é regulada pelo Regulamento (CE) n.º 216/2008, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1108/2009. Tem poderes de emitir decisões e regulamentos administrativos em matérias de segurança da aviação civil e de protecção do ambiente.

33 o caso da Agência Europeia de Medicamentos, criada pelo Regulamento (CE) n.º 726/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e de fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e que institui uma Agência Europeia de Medicamentos – cfr. artigo 10.º, n.º 2. A sua principal atribuição é a protecção e a promoção da saúde pública e animal através da avaliação e supervisão dos medicamentos para uso humano e veterinário.

34 Cfr. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, p. 27.

35 Um exemplo é a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, criada pelo Regulamento (CE) n.º 168/2007, do Conselho, de 15 de Fevereiro. Sobre os poderes desta agência, cfr. A. VON BOGDANDY / J. VON BERNSTORFF, “*The EU Fundamental Rights Agency within the European and international human rights architecture: The legal framework and some unsettled issues in a new field of administrative law*”, in CMLR, vol. 46, n.º 4, 2009, pp. 1035–1068; S. TAVARES SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, pp. 46-47.

36 Cfr. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, p. 28. Distinguindo entre agências de 1.ª, 2.ª e 3.ª gerações, cfr. M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Euro-*



As agências executivas ou de execução³⁷ são objecto do Regulamento (CE) n.º 58/2003, do Conselho (Regulamento das Agências de Execução), onde se regula a criação destas entidades, se define o seu estatuto e o procedimento para a atribuição de determinadas tarefas relacionadas com a gestão de um ou mais programas comunitários³⁸. A Comissão tem um papel central relativamente a estas agências de execução, uma vez que as estabelece³⁹ e tem um poder de “*controllo efectivo*” sobre o seu funcionamento (artigo 1.º do Regulamento das Agências de Execução)⁴⁰. Trata-se de um fenómeno de delegação ou externalização de funções de gestão originariamente da Comissão, embora esta não fique isenta das suas responsabilidades⁴¹. Podem ser delegadas funções que não impliquem uma margem de decisão susceptível de traduzir opções políticas, mas pode ser delegada a prática de actos administrativos.

peu, pp. 135-136.

37 Cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 37 ss.; M. PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 142-145.

38 As agências de execução listadas no *site* da UE são as: Agência de Execução relativa à Educação, ao Audiovisual e à Cultura; Agência de Execução para as Pequenas e Médias Empresas (EASME); Agência de Execução do Conselho Europeu de Investigação (ERCEA); Agência de Execução para os Consumidores, a Saúde, a Agricultura e a Alimentação (Chafea); Agência de Execução para a Investigação; Agência de Execução para a Inovação e as Redes (INEA) [cfr. URL http://europa.eu/about-eu/agencies/index_pt.htm, visitado pela última vez 2017-08-01].

39 As agências de execução são criadas por um determinado período de tempo (artigo 3.º do Regulamento das Agências de Execução), pela Comissão, após um procedimento de análise prévia de custo-benefício, e devem estar localizadas na sede da Comissão Europeia (Bruxelas ou Luxemburgo).

40 A Comissão nomeia os seus corpos dirigentes (artigo 8.º e 10.º do Regulamento das Agências de Execução), mantém poderes de supervisão (artigo 20.º do Regulamento), bem como reapreciação, de revogação e de suspensão dos seus actos (artigo 22.º do Regulamento).

41 Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, 2005, pp. 85-86.

11. Por seu lado, as agências descentralizadas (ou de regulação, tradicionais ou independentes) não se encontram subordinadas à Comissão, gozando de uma independência estrutural e funcional^{42/43}. São entidades jurídicas independentes, nos termos do Direito da UE, distintas das instituições, localizando-se as respectivas sedes em diversos Estados-Membros. Estas agências, normalmente, têm um conselho de administração composto por representantes dos Estados-Membros e da Comissão e um director, regra geral eleito pelo conselho de administração por proposta da Comissão, que deve desempenhar o seu cargo de forma independente⁴⁴. Em alguns casos são dotadas de significativos poderes decisórios.

42 Cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, p. 206; E. SCHMIDT-ABMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, p. 391.

43 As agências descentralizadas listadas na *site* da UE são as: Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER); Gabinete do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (Gabinete do ORECE); Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (ICVV); Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho (EU-OSHA); Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (Frontex); Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA); Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO); Agência Europeia para a Segurança da Aviação (EASA); Autoridade Bancária Europeia (EBA); Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças (ECDC); Centro Europeu para o Desenvolvimento da Formação Profissional (Cedefop); Agência Europeia dos Produtos Químicos (ECHA); Agência Europeia do Ambiente (AEA); Agência Europeia do Controlo das Pescas (AECP); Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA); Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (EUROFOUND); Agência do GNSS [*Global Network Satellite Systems*] Europeu (GSA); Instituto Europeu para a Igualdade de Género (EIGE); Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA); Agência Europeia da Segurança Marítima (EMSA); Agência Europeia de Medicamentos (EMA); Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência (OEDT); Agência da União Europeia para a Segurança das Redes e da Informação (ENISA); Agência da União Europeia para a Formação Policial (CEPOL); Serviço Europeu de Polícia (Europol); Agência Ferroviária da União Europeia (ERA); Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA); Fundação Europeia para a Formação; Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA); Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO); Conselho Único de Resolução (CUR); Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (Eurojust); Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia (CdT) [cfr. URL http://europa.eu/about-eu/agencies/index_pt.htm, visitado pela última vez em 2017-08-01].

44 Por exemplo, relativamente à Agência Europeia para a Segurança da Aviação, cfr. os artigos 34.º, 38.º, n.º 1, e 39.º do Regulamento (CE) n.º 216/2008.



Nesta medida, são um instrumento de cooperação entre a UE e os Estados-Membros (em especial, entre a Comissão e as administrações nacionais), em domínios políticos importantes, reunindo competências técnicas especializadas de ambos os níveis e permitindo a sua participação na execução directa do Direito da UE.

Note-se que existem agências descentralizadas também no âmbito da política comum de segurança e defesa – como é o caso da Agência Europeia de Defesa (artigos 42.º, n.º 3, e 45.º TUE)⁴⁵. Logo, a “*agencificação*” ocorre, de igual maneira, em áreas em que a execução do Direito da UE cabe ao Conselho, o que reforça o entendimento de que será de rejeitar a visão – baseada em noções de Direito Administrativo nacional – das agências descentralizadas como administração indirecta ou independente de um sistema em que a administração central consistiria nos serviços dependentes da Comissão.

12. As agências descentralizadas desempenham um papel importante na execução das políticas da UE, nomeadamente no que se refere a tarefas específicas de natureza técnica, científica, operacional ou regulamentar. Exercem múltiplas funções: algumas têm competências regulamentares e/ou para adoptar decisões individuais, com efeito directo, aplicando normas de Direito da UE; outras, poderes apenas de recolha de informações e de emissão de pareceres ou recomendações à Comissão, prestando assessoria técnica que serve de base para a Comissão fundamentar uma decisão; outras ainda estão mais centradas na colocação em rede das autoridades nacionais (ou seja, competências de coordenação)⁴⁶. Para além disso, estas agências podem receber compe-

45 Outros exemplos destas agências listadas no *site* da UE são o Centro de Satélites da União Europeia (EUSC) e o Instituto de Estudos de Segurança da União Europeia (EUISS).

46 Cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 154-160.

tências de gestão do Orçamento da UE, através do mecanismo da gestão indirecta (artigo 58.º, n.º 1, alínea b), subalínea iv), e artigo 208.º do Regulamento Financeiro).

As agências descentralizadas são aquelas que conhecem uma maior variação de regime aplicável – tendo em conta a sua criação ao longo do tempo, as diferentes necessidades organizatórias ou políticas que justificaram a sua criação e a falta de um regime unitário aplicável. Devido a essa falta de uniformidade de regime, as instituições (em especial a Comissão) envidaram esforços no sentido da harmonização das agências descentralizadas – nomeadamente em relação à sua criação, organização interna, financiamento, competências e relação com a Comissão⁴⁷. Desse diálogo resultou a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão sobre as agências descentralizadas, acordada a 12 de Junho de 2012, que contém em anexo uma Abordagem Comum⁴⁸, onde as três instituições se comprometem a basear a sua actuação, embora não tenha carácter juridicamente vinculativo.

47 Entre esses esforços pode-se começar por enumerar a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho «*Agências europeias - perspectivas futuras*», [SEC(2008) 323], COM(2008) 135 final, de Março de 2008. O objectivo era criar um diálogo com o Parlamento e com o Conselho, de forma a «*trabalhar em conjunto com vista a conceberem uma visão clara e coerente do lugar que as agências devem futuramente ocupar no sistema de governação da União*». Com base nessa Comunicação, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão encetaram um diálogo interinstitucional que levou à criação de um Grupo Interinstitucional (GII) em Março de 2009.

48 A Abordagem Comum contém um conjunto de medidas, incluindo, i) o procedimento de criação e extinção das agências; ii) a estrutura e governação das agências; iii) o funcionamento das agências, a programação de actividades e recursos, a obrigação de prestação de contas, de controlos e de transparência. Na Declaração Conjunta, a Comissão foi encarregada de apresentar um roteiro para o seguimento dado à abordagem comum com calendários precisos para as iniciativas em causa. Nesse roteiro, a Comissão identificou como objectivos principais uma governação mais equilibrada das agências, uma melhoria na eficiência e na responsabilização, e uma maior coerência.



Uma das preocupações constantes da Abordagem Comum passa pelo reforço da responsabilização, da transparência e do controlo democrático da actuação destas agências – quer pelas instituições, quer pelos Estados-Membros⁴⁹.

f) A doutrina Meroni e a delegação de poderes nas agências descentralizadas

13. Uma outra questão central relacionada com as agências descentralizadas é a forma como determinadas competências – em especial, regulamentares – podem ser delegadas nestas entidades. Este ponto é essencial para o desenvolvimento das agências descentralizadas como instrumentos de cooperação progressivamente autónomos da Comissão.

Nesse âmbito, tem aplicação na UE a designada doutrina *Meroni*, que teve início com o Acórdão do TJUE *Meroni* (9/56) – que tem por objecto uma decisão da Alta Autoridade da CECA – e representa uma versão europeia da americana «*nondelegation doctrine*»⁵⁰. De acordo com esta

49 Por exemplo, de acordo com a Abordagem, a composição dos conselhos de administração destas agências deve evoluir no sentido de garantir que todos os Estados-Membros possuam um representante, a Comissão tenha dois representantes, o Parlamento designe um representante, podendo outros interessados ter um número limitado de representantes (cfr. n.º 10 da Abordagem). Os seus directores devem ser responsáveis perante o Parlamento Europeu e o Conselho pela utilização da contribuição da UE, através do processo de quitação anual (cfr. n.º 15 da Abordagem). Deve ser criado um “*sistema de alerta*”, em que a Comissão tem competência para alertar o Parlamento e o Conselho no caso de ter «*sérios motivos para recear que o Conselho de Administração de uma agência está prestes a tomar decisões susceptíveis de não ser conformes com o mandato da agência, de violar o Direito da UE ou de estar em manifesta contradição com os objectivos políticos da UE*» (n.º 59 da Abordagem Comum).

50 Cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 160-161; M. LUÍSA DUARTE, *União Europeia Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, Almedina, 2011, pp. 139-140; P. GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 84-85; S. GRILLER / A. ORATOR, “*Meroni Revisited – Empowering European Agencies between Efficiency and Le-*

doutrina, reconhece-se a existência de um “*poder implícito*” de delegação de poderes de execução⁵¹, nas agências, embora deva resultar de uma decisão explícita. Tem como limites o facto de dever ter por objecto poderes ou competências de exercício vinculado e a necessidade de a autoridade delegante preservar um controlo rigoroso, à luz de critérios objectivos por si fixados, sobre o exercício das competências delegadas. Assim, devem tratar-se de delegações de cariz executivo, técnico, operativo ou preparatório⁵². Só dessa forma seria possível concluir que a delegação não era susceptível de alterar sensivelmente o equilíbrio dos poderes previstos nos Tratados, permitindo a manutenção de controlo da legalidade pelo TJUE⁵³. O Tribunal baseou a sua apreciação da questão, portanto, em aspectos de equilíbrio institucional.

14. Apesar destas limitações, a influência das agências sobre o procedimento de tomada de decisões tem crescido, talvez nas fronteiras da doutrina *Meroni* (9/56)⁵⁴, não só nos casos em que as agências podem adoptar de-

gitimacy”, 04/D40, NEWGOV – New Modes of Governance, URL: http://www.eu-newgov.org/database/DELIV/D04D40_WP_Meroni_Revisited.pdf (visitado pela última vez em 2017-08-01); K. LENAERTS, “*Regulating the regulatory process: ‘delegation of powers’ in the European Community*”, in *ELRev.*, n.º 18, 1993, p. 40; E. VOS, “*Reforming the European Commission*”, pp. 1122 ss.; X. A. YATAGANAS, “*Delegation of regulatory authority in the European Union; The relevance of the American model of independent agencies*”, Jean Monnet Working Paper 3/01, in URL: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/010301.html> (visitado pela última vez em 2017-08-01), p. 32 ss.

51 No posterior Acórdão *Romano* (98/80), o TJUE estabeleceu que os poderes legislativos não são delegáveis. A sua fundamentação assenta na ideia de que o equilíbrio institucional exige que os poderes legislativos não possam ser delegados em órgãos aos quais os Tratados não atribuíram esses poderes. Cfr. o Ac. do TJ no Proc. n.º 98/80, *Romano*, de 14 de Maio de 1981. Cfr. K. LENAERTS, “*Regulating the regulatory process*”, p. 47.

52 Cfr. P. GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 84-85.

53 De facto, na versão dos Tratados anterior ao Tratado de Lisboa, o recurso de anulação apenas estava previsto relativamente a alguns actos das instituições e não a actos de outros órgãos e organismos (artigo 230.º, 1.º pará., TCE), pelo que a possibilidade de acesso à justiça exigia que o papel desempenhado pelas agências fosse limitado.

54 Cfr. H. C. H. HOFMANN/ G. C. ROWE/ A. H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, 2011, p. 243.



ciões vinculativas com eficácia externa⁵⁵, mas também quando desempenham um papel central no procedimento de tomada de decisões⁵⁶.

Na sequência de outras decisões de flexibilização da jurisprudência *Meroni* (9/56)⁵⁷, recentemente existiu uma evolução, à luz do Tratado de Lisboa e das alterações introduzidas no Direito da UE neste campo, através do Acórdão *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12). Este Acórdão foi emitido no contexto do recurso de anulação, interposto pelo Reino Unido, contra o preceito⁵⁸ que confere à Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (a ESMA)⁵⁹

55 Por exemplo, o Regulamento (CE) n.º 2100/94, do Conselho, de 27 de Julho de 1994, relativo ao regime comunitário de protecção das variedades vegetais, relativamente ao Instituto Comunitário das Variedades Vegetais; o Regulamento (CE) n.º 207/2009, do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária, relativamente ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno; o Regulamento (CE) n.º 216/2008, relativo a regras comuns no domínio da aviação civil e que cria a Agência Europeia para a Segurança da Aviação (que revoga a Directiva n.º 91/670/CEE, do Conselho, o Regulamento (CE) n.º 1592/2002 e a Directiva n.º 2004/36/CE), relativamente a esta Agência.

56 Por exemplo, no procedimento previsto no Regulamento (CE) n.º 726/2004, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e de fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e que institui uma Agência Europeia de Medicamentos, a opinião da Agência parece condicionar significativamente a actuação da Comissão, que se parece limitar a aceitar, sem mais, as suas recomendações. Cfr. E. CHITI, *“The Emergence of a Community Administration: the Case of European Agencies”*, in *CMLR*, vol. 37, n.º 2, 2000, pp. 336-337; H. C. H. HOFMANN/ G. C. ROWE/ A. H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, pp. 243-244; E. Vos, *“Reforming the European Commission”*, p. 1132.

57 Cfr. o Ac. do TJ no Proc. n.º C-38/09 P, *Schröder c. ICVV*, de 15 de Abril de 2010 – que reconhece uma margem de livre apreciação à agência em causa. Cfr. H. C. H. HOFMANN/ G. C. ROWE/ A. H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, p. 244.

58 Trata-se do artigo 28.º do Regulamento (UE) n.º 236/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012, relativo às vendas a descoberto e a certos aspectos dos *swaps* de risco de incumprimento.

59 Cfr. o Regulamento (UE) n.º 1095/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados), altera a Decisão n.º 716/2009/CE e revoga a Decisão n.º 2009/77/CE, da Comissão.

certos poderes de intervenção, incluindo a competência para adoptar actos juridicamente vinculativos quando existam ameaças para o correcto funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou para a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro na União.

g) A evolução pós-Lisboa da doutrina Meroni: menos controlo democrático da administração da UE após o caso Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto] (C-270/12)?

15. O TJUE, no Acórdão *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12), começa por considerar que a delegação de poderes cumpre genericamente os requisitos da jurisprudência *Meroni* (9/56).

Embora seja delegada competência à ESMA para adoptar, em certas circunstâncias, actos de alcance geral [o que era proibido pela jurisprudência *Romano* (98/80)], o TJUE toma em consideração a evolução sofrida pelo TFUE. Este, na sua redacção actual, de acordo com o TJUE, admite expressamente que os órgãos e organismos da União adoptem actos de alcance geral (artigos 263.º, n.º 1, e 277.º TFUE). Efectivamente, de acordo com o TJ, «*embora seja verdade que os Tratados não contêm nenhuma disposição que preveja a atribuição de poderes a um órgão ou a um organismo da União, o certo é que diversas disposições do Tratado FUE pressupõem que essa possibilidade existe*». O Tribunal exemplifica, utilizando preceitos relativos ao sistema de fiscalização da legalidade da UE: o artigo 263.º TFUE, onde se incluem os «*órgãos*» e os «*organismos*» da União entre as entidades da União relativamente às quais o TJ fiscaliza a legalidade dos actos; o artigo 265.º TFUE, que determina que lhes são aplicáveis as regras da acção por omissão; o artigo 267.º TFUE, que determina que os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros podem, a título prejudicial, submeter ao TJUE questões relativas à validade



e à interpretação dos actos dessas entidades; e o artigo 277.º TFUE que permite que esses actos possam também ser objeto de uma excepção de ilegalidade. Entre os «*órgãos*» e os «*organismos*» da UE aqui englobados, o TJ enumera a Agência Europeia dos Produtos Químicos, a Agência Europeia de Medicamentos, o Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos), o Instituto Comunitário das Variedades Vegetais e a Agência Europeia para a Segurança da Aviação. A este grupo junta-se, agora, a ESMA⁶⁰.

É possível, assim, a delegação de poderes normativos em agências, desde que sejam respeitados os critérios da jurisprudência *Meroni* (9/56)⁶¹.

Por outro lado, não são postos em causa os artigos 290.º e 291.º TFUE (ou seja as competências delegadas ou de execução do Direito da UE), por se tratar da delegação de poderes decisórios num domínio que exige a articulação entre uma competência profissional e técnica específica⁶², devendo ser lidos como parte de um conjunto de normas que visam dotar as autoridades nacionais competentes e a ESMA de poderes de intervenção para, tendo em conta a integração dos mercados financeiros internacionais e os riscos de contágio no âmbito das crises financeiras, fazer face a evoluções desfavoráveis que ameacem a estabilidade financeira no seio da União e a confiança dos mercados⁶³. Posteriormente constata-se a importância desta agência como instrumento de cooperação, permitindo a

60 Cfr. Ac. do TJ *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12), n.º 79-81.

61 Cfr. Ac. do TJ *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12), n.º 65-66.

62 Cfr. Ac. do TJ *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12), n.º 82-83.

63 Cfr. Ac. do TJ *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12), n.º 85-86.

«coordenação e coerência» da actuação dos Estados-Membros «quando tiverem de ser tomadas medidas em circunstâncias excepcionais», garantindo «a harmonização das regras aplicáveis a essas transacções» de forma a «impedir a criação de obstáculos ao correto funcionamento do mercado interno e a persistência de medidas divergentes aplicadas pelos Estados-Membros»⁶⁴.

16. O Acórdão do TJUE *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12) tem um significado importante^{65/66}. Procede à actualização da jurisprudência *Meroni* (9/56) face ao Tratado de Lisboa, admitindo a delegação de poderes normativos discricionários em agências, desde que sejam estabelecidos controlos adequados e critérios específicos de actuação, bem como a possibilidade de controlo jurisdicional, nos termos dos artigos 263.º e 277.º TFUE. Existe, portanto, uma expansão dos poderes que podem ser objecto de delegação nas agências. O TJUE tam-

64 Cfr. Ac. do TJ *Reino Unido c. Parlamento e Conselho [vendas a descoberto]* (C-270/12), n.º 113-116.

65 Cfr. V. BABIS, “The power to ban short-selling: the beginning of a new era for eu agencies?”, in University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 27/2014 (April 3, 2014), acessível na SSRN (<http://ssrn.com/abstract=2420011> acedido pela última vez em 2014-10-14); S. FRISCH, “Europarechtskonformität der Befugnis der ESMA zum Verbot von Leerverkäufen („Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat)”, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2014, pp. 237-238; A. ORATOR, “Die unionsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffsbefugnissen der ESMA im Bereich von Leerverkäufen”, in *EUZW*, 2013, pp. 852-855.

66 Este Acórdão também parece vir a permitir um alargamento dos poderes a delegar nas Autoridades Europeias de Supervisão – a Autoridade Bancária Europeia (EBA), a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA) – do Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SEFS), no procedimento de revisão do seu enquadramento legal que se encontra em curso.

A importância de considerações políticas neste âmbito para a flexibilização da jurisprudência *Meroni* (9/56) são reconhecidas. Cfr. Cfr. H. C. H. HOFMANN/ G. C. ROWE/ A. H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, p. 243; R. DEHOUSSE, “Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance”, in *Good governance in Europe’s integrated market*, C. Joerges/ R. Dehousse (ed.), Oxford University Press, 2002, pp. 207-229, p. 223.



bém clarificou que a delegação de poderes nas agências pode ocorrer fora do âmbito dos artigos 290.º e 291.º TFUE, ou seja, para além dos casos de competências delegadas ou de execução da Comissão. Não é necessária a delegação de poderes na Comissão nem a existência de mecanismos de controlo que envolvam o Parlamento Europeu e o Conselho.

Esta evolução, por um lado, corresponde ao que tem vindo a ocorrer na UE, com as agências a assumir um papel progressivamente mais central na aplicação do Direito da UE, mas, por outro lado, levanta problemas quanto à necessidade de garantir o controlo da sua actuação, devido à falta de legitimidade democrática destas instituições e à necessidade de garantir o equilíbrio institucional na UE. De facto, ainda antes deste aresto alguma doutrina referia que um alargar das matérias que podem ser objecto de delegação nas agências seria admissível à luz da jurisprudência *Meroni* (9/56), desde que exista um reequilíbrio das instituições e um reforço dos poderes de participação no procedimento decisório⁶⁷. Outros Autores, no entanto, apelavam à necessidade de cuidado na flexibilização da doutrina *Meroni* (9/56), para evitar o enfraquecimento da necessidade de fundamentação e de limitação dos poderes delegados⁶⁸.

O alargamento do espaço de intervenção das agências descentralizadas, possibilitado por este Acórdão, significa a possibilidade de um maior recurso a este instituto e um aumento da sua importância e protagonismo. Estes efeitos são vantajosos, se analisados do ponto de vista em que as agências representam soluções interadministrativas de cooperação entre Estados-Membros e UE. No entanto, é preocupante que se abra a porta a mecanismos de execução administrativa do Direito da UE – nomeadamente através da emissão de normas – à margem do disposto nos Tratados.

67 Cfr. E. Vos, “*Reforming the European Commission*”, p. 1123.

68 fr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 183-190.

Democracia, Cidadania e Pluralismo

LUÍSA NETO¹

Resumo: O artigo discute a importância da educação para a democracia e para a cidadania como forma de reforçar o sentimento de identidade numa sociedade democrática.

Palavras chave: Cidadania, Constituição, Democracia, Educação, Identidade

Abstract: *The article discusses the nowadays importance of education for democracy and citizenship as a way of building or reinforcing a sense of belonging in a democratic and pluralist society.*

Keywords: *Citizenship, Constitution, Democracy, Education, Identity*

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do CIJE-FDUP, Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto, E-mail: lneto@direito.up.pt



Sumário: O texto que se apresenta corresponde *cum grano salis* ao que resultou da participação na mesa redonda integrada no X Encontro de Professores de Direito Público, com a mesma designação², pelo que se segue a ordem das questões suscitadas pela moderadora.

1. A legitimidade do poder político

2. O pluralismo cívico como condição da democracia

1. A legitimidade do poder político

1.1. Esta discussão sobre o fundamento sustentado da moderna *societas* e do seu *ius* é, porventura, a mais esgotada e esgotante das questões implicadas no pensar do jurista. Como acentua Joseph Raz, “recomendar uma teoria da justiça para as nossas sociedades é recomendá-la como sendo uma teoria da justiça justa, ou seja, verdadeira, razoável ou válida, baseada num *overlapping consensus* e que portanto forneça estabilidade e unidade”.³

Lembrava Lúcia Amaral – em texto num conhecido blog⁴ sobre a (em boa hora) escritora da moda Elena Ferrante e a Democracia – que “[A] vida que consideramos decente, é a democrática: Na vida que consideramos decente, a organização da segurança não é favor que se dispense

2 Segue-se tendencialmente a obra da autora, LUÍSA NETO, *Educação e(m) democracia*, Porto, Editorial UPorto, 2016.

3 JOSEPH RAZ, *Ethics in the public domain, Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1994, pp. 70 a 74, nossa tradução.

4 <http://malomil.blogspot.pt/2016/09/elena-ferrante-e-democracia.html>, último acesso em 8.6.2017.

em troca de obediência; é dever que se exerce, e que se exerce por aqueles a quem demos o nosso voto e dos quais esperamos contas. Causa-nos também repugnância uma ordem colectiva em que não haja possibilidade de discussão sobre o que é, ou não é, uma vida bem vivida, ou em que todos sejam condicionados a viver de acordo com parâmetros únicos não escolhidos; em que não haja sanção para quem acumula riqueza de forma obscura sem a correspondente contribuição para a comunidade; em que não haja outro destino possível senão aquele que por azar ou sorte a cada um calhou quando nasceu; ou em que o medo impere na modelação de todas as relações.”

Essa democracia frágil e imperfeita, e difícil de definir de que fala Lúcia Amaral, “diz-se de muitos modos”, escreve Carlos Leone⁵. E abrange, hoje, tal como há vinte e cinco séculos, várias realidades políticas como a democracia de Atenas de Solon e Péricles⁶, com desenvolvimento na democracia de Roma e com esteios nas revoluções americana e francesa, nos propalados sentidos epistemológico de Dewey, na democracia social de Tocqueville, ou na democracia ideológica, participativa, majoritária, transformativa, institucional ou deliberativa, na democracia institucional de Schumpeter - não raras vezes apodada de

5 CARLOS LEONE, *O essencial sobre democracia*, Lisboa, INCM, (Essencial 98), 2008, pp. 9. A polissemia do termo ‘democracia’ é também por exemplo acentuada por RAMÓN COTARELO, *En torno a la teoría de la democracia*, Madrid, C.E.C., 1990, esclarecendo as distinções entre a democracia e estado de direito – p. 13-, democracia na era revolucionária – p. 25-, democracia na era conformista – p. 43.

6 FRANCISCO RODRÍGUEZ ADRADOS, *Nueva historia de la democracia: de Solón a nuestros días*, Barcelona, Ariel, 2011, desfia a origem dos princípios da eunomia e da isonomia explicando o fundamento e decadência da democracia, em esp. pp. 45 e ss, 83 e ss, 97, 113 e 139 e ss. Também Ferran Requejo, *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*, Barcelona, Ariel, 1990. 258 p, apresenta um relato impressionante da democracia na Grécia clássica a p 21.



elitista⁷-, ou na democracia realista ou racional de Karl Popper ou Norberto Bobbio⁸.

1.2. No entanto⁹, a “principal dificuldade hoje é que democracia não tem inimigos declarados. Como refere Manuel Aragón Reyes¹⁰, “o princípio democrático joga em consequência, no direito público dos nossos dias, um papel equivalente ao que desempenhou o princípio monárquico no direito público do século XIX”.

De facto, ainda que se não possa lograr o consenso¹¹ relativamente aos fins do Estado¹², tal “como a democracia, o constitucionalismo e os direitos

7 JORGE MIRANDA, *Povo, democracia, participação política*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 689-720, Sep. de Estudos em honra de Ruy de Albuquerque, em esp. pp 715 e 716, definindo com Schumpeter a democracia como o “sistema institucional conducente a decisões políticas no qual os indivíduos adquirem o poder de estatuir sobre essas decisões na sequência de uma luta concorrencial tendo por objecto os votos do povo”.

8 *Idem*, ob.cit., pp. 715 e 176, referindo-se à teoria realista da democracia como “o sistema em que os governantes podem ser afastados do poder sem violência, pacificamente, através do voto da maioria.” Veja-se ainda RICHARD A. POSNER, *Law, pragmatism and democracy*, Massachussets, Harvard University Press, 2003, pp. 97 a 128. CAROLE PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, desfia a pp. 22 a 44 os principais contributos teóricos, como os de Joseph Schumpeter (*Capitalism, socialism and democracy*, 1943), de Berelson (*Voting*, 1954), Dahl (*A preface to democratic theory*, 1956), Sartori (*Democratic theory*, 1962) e Eckstein (*A theory of stable democracy*, 1966).

9 EDUARD TARNAWSKI GESLOWSKA, *El tiempo de las democracias inciertas*, in *Revisita Estudios Políticos*, n.º 86 (oct.-dic.1994), pp. 153 – 194, p. 155.

10 MANUEL ARÁGON REYES, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 17 e 32.

11 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 7 e nota de rodapé nº1 da mesma página.

12 Leia-se JOSHUA COHEN, *Moral pluralism and political consensus*, in Copp, David, Hampton, Jean e Roewer, John E., *The idea of democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 270 a 271.

do homem, o Estado de Direito democrático é hoje em dia objecto de um consenso geral e repentino”¹³ a que Troper¹⁴ designou por ‘Estado de Direito inevitável’. Aliás, nesta fase final do Estado Constitucional, representativo e de Direito, herdámos concretizada uma sociedade centrífuga, e o progresso da democratização corresponde não tanto a uma passagem da democracia representativa à democracia directa, como alguns advogam, mas sobretudo a passagem da democracia política para a democracia social, alargando a esfera das relações políticas, das relações em que o indivíduo é considerado no seu papel de cidadão, à esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado segundo a variedade do seu *status* e dos seus papéis específicos.¹⁵

Neste sentido, a democracia sustenta-se na “concepção de política como deliberação, que poderia explicar-se como um processo de autocompreensão dos cidadãos enquanto participantes numa comunidade linguística em permanente diálogo” e encontra *apport* sempre seguro – ainda que tantas vezes multimodamente incompreendido - em uma impostergável dimensão contratualista – ainda que não na abordagem primeira de Jean Jacques Rousseau¹⁶ mas relida por autores que sucumbiram à respetiva *vis* atrativa e

13 Leia-se a obra de MARIO A. CATTANEO, *Persona e Stato di Diritto*, Torino, G. Giapichelli Editore, 1994.

14 TROPER, *Le concept de l'État de Droit*, ob.cit., pp. 58/59.

15 Veja-se JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Grupos de interesse, pluralismo e unidade política*, suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, Coimbra, 1973.

16 Utiliza-se *hoc casu* a recente edição portuguesa de JEAN JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social (Manuscrito de Genebra)*, Temas e debates, Lisboa, Círculo de Leitores, 2012, Du contrat social ou essai sur la forme de la republique (première version), JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Oeuvres complètes*, III : Du contrat social – Écrits politiques (Galimard), Tradução de Manuel João Pires, Introdução e notas de João Lopes Alves, que a p.15 da introdução se ocupa precisamente do papel de princípio fundacional da associação política legítima desempenhado pelo ato de associação ou do contrato social.



ofereceram uma sua releitura (mais próxima ou mais corrigida) como John Rawls¹⁷ e, mais recentemente, o Nobel Amartya Sen.¹⁸ Amartya Sen criticou Rawls e Habermas por terem pretendido uma teoria meramente processual – fundada em uma legitimidade asséptica – que verdadeiramente não remove a injustiça. Já Rousseau afirmara ser “impossível que os intolerantes reunidos sob os mesmos dogmas alguma vez vivam em paz entre si. Se Rawls pretendeu ligar a imparcialidade à benevolência¹⁹, Sen foi mais longe, ao lembrar que há um outro caminho que que leva da imparcialidade à tolerância. Acresce que, como lembra Jorge Miranda, “[A] maioria, naturalmente, não é critério de verdade, é apenas critério de acção.”²⁰, cumpre invocar aqui a ideia de argumentação pública como esteio da imparcialidade²¹. Ora, é neste sentido que, na esteira da teoria da justiça de Rawls, o neutralismo contemporâneo vem a ter a sua defesa mais explícita na necessária consideração do consenso atual sobre a necessidade de o Estado tratar os seus cidadãos com *equal concern and respect*, em tempo em que – recentemente

17 JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, Lisboa, Editorial Presença, Fundamentos, nº 1, 1ª edição, 1993, tradução de Carlos Pinto Correia.

18 Ao invés de Rawls, AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, Coimbra, Almedina, 2010, apresenta mais a ideia do que uma teoria da justiça, assumindo precisamente que “o seu escopo é mais o de clarificar como havemos de tratar as questões da amplificação ou reforço da justiça e da eliminação da injustiça e menos o de oferecer soluções para as questões que se levantam acerca da natureza da justiça perfeita”, pp. 11/12 do prefácio.

19 JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, ob.cit., p. 153.

20 JORGE MIRANDA, *Povo, democracia, participação política*, ob.cit., p. 795.

21 AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, ob.cit., p. 535 configura aliás a hipótese de um “contrato social contra a escolha social”.

comemorados os 500 anos da Utopia de Thomas More- a democracia parece ser precisamente um dos *acquis* utópicos²² do Estado²³.

1.3. É claro que a pressuposição de uma vontade geral não está isenta de dificuldades, como aliás reconhecia, impressivamente, o próprio Rousseau. “*Porque devo eu x?*”²⁴. Se examinarmos o modo como as diferentes regras ganham existência, convida Hart, e atendermos à distinção entre regras primárias e secundárias, vemos que há dois possíveis fundamentos da autoridade de uma regra: uma regra pode ser obrigatória porque é válida ou porque é aceite. Ora quer um quer outro podem levantar problemas. De facto, depois da fúria eufórica com que uns e outros se

22 Sobre os paradigmas contratuais na política e no direito, e a contratualização socio-política e a obrigatoriedade de “democratizar a democracia”, “apontando para sociedade geradora de novas fórmulas de contratualidade social, e, ao fim e ao cabo, de um novo contrato social”, veja-se RUI DE ALARCÃO, *Contrato, democracia e direito*, in *Revista brasileira de direito comparado*, T. 20 (1ªSem. 2001), p. 3-12, pp. 10 e 11, centrando-se na proposta de recuo do direito estadual ou estatal ou de novos modelos de realização do direito.

23 Sobre a razão de estado e o Estado Democrático e a respectiva relação de paradoxo e excepção vide *Razão de Estado e democracia*, org. António Bento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 310. No mesmo volume vejam-se ainda Rui Bertrand Romão, Considerações sobre a razão de Estado e a conservação do Estado, pp. 13 e ss; Jaime Nogueira Pinto, Democracia e razão de Estado, pp. 299 e ss. Em sentido não distante de construção de uma estratégia identitária baseada na confiança e na racionalidade comunicativa do agir político, veja-se GIAN ENRICO RUSCONI, *Razionalità politica, virtù civica e identità nazionale*, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, A. 24, n. 1(apr. 1994), p. 3-25, em esp. pp. 9, 13, 17 e 24.

24 Mais claramente, vem SEN – *A ideia de justiça*, ob.cit, pp. 490 e 255- distinguir entre *razão para agir* e *dever* de praticar acção, salientando a “existência de um elo entre aquilo que, para nós, seria racional escolhermos e aquilo que temos razão para escolher”. Mas também Rawls- *Uma teoria da justiça*, ob. cit., p. 105- já havia acentuado ser “característico dos deveres naturais, em contraste com as obrigações, o facto de nos serem aplicáveis independentemente dos nossos atos voluntários.”. E até ROUSSEAU, *O Contrato Social*, ob.cit., p. 61, já deixara claro “que a vontade geral seja em cada indivíduo um acto puro do entendimento que raciocina, no silêncio das paixões, sobre aquilo que o homem pode exigir do seu semelhante e sobre o que o seu semelhante tem o direito de exigir de si, ninguém o poderá negar. Mas onde está o homem que possa separar-se de si desta forma?”.



dedicaram a vaticinar o consenso fundacional existente sobre aquele que havia afinal de sempre ser considerado o conteúdo mínimo de um texto constitucional e desde há muito plasmado no artigo 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, parecia o mundo respirar de um contentamento fácil e gozoso. Fixado um regime regra – o democrático –, a própria comunidade internacional, em termos mais informais ou mais institucionais, se encarregou de determinar quais as ideias de Direito que considerava admissíveis, apartando-se da exigência de uma mera legalidade, formal, para invocar as tábuas da ética, da dignidade da pessoa humana, dos intangíveis valores de um Direito Natural supostamente consensual.

Aliás, se em 1989 Francis Fukuyama defendia, simplifiquemos, a inevitabilidade da aproximação mútua, lenta, pachorrenha ao modelo de Estado constitucional representativo e de Direito de matriz ocidental²⁵. (E não se diga aqui europeia, na medida em que sem pejo se vão de buscar raízes naquela que foi a primeira revolução liberal no sentido preciso do termo, e que ocorreu do lado de lá do Atlântico). Mas tudo isto parece ter sido rasurado nas mentes dos homens pelos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 e por outros mais recentes. Mais do que os actos terroristas em si, têm-se questionado os cadinhos civilizacionais de que supostamente aqueles resultaram.

1.4. Ora, ainda que nos guardemos de atitude céptica quanto a uma democracia meramente nominal ou semântica -, “a democracia só está no coração das pessoas se responder às preocupações sociais, econó-

25 FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da história e o último homem*, Lisboa, Gradiva, 1996.

micas e culturais”²⁶. A democracia terá pois que ser *forma de vida* e não apenas regime político: “as pessoas que querem e devem conviver numa democracia têm que estar de acordo sobre certas opiniões. Se estão em desacordo (...) não só sobre os fundamentais mas também sobre a democracia em si mesma, então não é possível uma democracia afectiva.”²⁷ É neste sentido de *meaningful conversation*²⁸ que se reclama uma educação para a comunidade, no sentido proposto por David Henry Thoreau. Se tal se não verificar, e apesar do aparente momento de triunfo da democracia pluralista como único princípio político responsável e único sistema político viável²⁹, este regime convola-se em frágil precipitado normativo.³⁰ Neste sentido, torna-se imperiosa, paradoxalmente, a necessidade de (re)invenção democrática.³¹

Há pois que buscar novos pontos de apoio para uma construção de legitimidade que ultrapasse a dicotomia do referido artigo 16º da Decla-

26 *The democratic invention*, ed. lit. Marc F. Plattner, João Carlos Espada, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2000 (A journal of democracy book), pp xi e xiv da introdução dos dois editores.

27 CARL J. FRIEDRICH, *La Democracia como forma politica y como forma de vida*, [S.l.], Tecnos, 1966, p. 104.

28 ROBERT W. BENNETT, *Democracy as meaningful conversation*, In Constitutional Commentary, Minneapolis, University of Minnesota Law School, Vol. 14, N. 3 (1997), pp. 481-534.

29 Neste sentido, referindo-se aos pressupostos de Dahl, DANILO ZOLO, *Democracy and complexity : a realist approach*, trad. David McKie, reimpressão, Cambridge, Polity Press, 2003, p.3.

30 *The democratic invention*, ob.cit., pp xiv. da introdução dos dois editores.

31 *Idem*, ob.cit., pp xiv. da introdução dos dois editores. IAN SHAPIRO fala na aparente condição moribunda da teoria democrática (Democratic Justice, 4, 1999) *apud* RICHARD A. POSNER, *Law, pragmatism and democracy*, Massachussets, Harvard University Press, 2003, ob. cit., pp. 8. Veja-se ainda PAUL HIRST, *Reinventing Democracy*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996, em especial pp. 7 a 19 (*Reinventing democracy*, Tony Wright), pp. 97 ss (*Democracy and civil society*, Paul Hirst), pp. 117 ss (*The limits of democracy*, Andrew Gamble) e pp. 144 ss (*Three challenges to reinventing democracy*, Benjamin R. Barber).



ração de Direitos do Homem e do Cidadão – separação de poderes e previsão de direitos. Por outro lado, o contexto do transconstitucionalismo há-de ancorar-se numa pertença multimoda que suporte o vínculo da cidadania.³² Como escreve Giancarlo Rolla: “[N]a realidade quotidiana, marcada pela crise do Estado-nação, a legitimação do Estado democrático não se funda tanto em condicionamentos de tipo pré-jurídico seja a raça, a língua ou a cultura, como na adesão por parte dos cidadãos a valores e princípios comuns, através dos quais a ligação entre o povo e o *seu* Estado assume uma dimensão de tipo voluntarista em detrimento de uma de carácter natural”³³. Assim, o pluralismo constitucional e o constitucionalismo plural implicam a discussão do espaço para o dissenso numa constituição inclusiva e aberta e impõem assinalar a centralidade dos Direitos Fundamentais na definição de Constituição e de Estado de

32 Neste sentido, em termos muito claros de distinção, MARIA DA GLÓRIA F.P.D. GARCIA, *A tripla cidadania: a Nação, a Europa e o Mundo*, comunicação ao Instituto de Estudos Académicos para Seniores, Academia das Ciências de Lisboa, em 19.10.2011, pp. 6 e 7. Veja-se ainda, por todos, STEVEN SLAUGHTER, *Transnational democratization and republican citizenship: Towards critical republicanism*, in *Global Constitutionalism*, Volume 3 / Issue 03 / Novembro 2014, pp 310 – 337, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, <http://dx.doi.org/10.1017/S2045381713000270> (About DOI), Published online: 22 Setembro 2014. Ainda SÍOFRA O’LEARY, *The evolving concept of community citizenship : from the free movement of persons to union citizenship*, The Hague, Kluwer Law International, (European monographs ; 13), 1996. Esta tese de doutoramento apresentada ao Instituto Universitário de Florença questiona a convergência dos conceitos de nacionalidade e cidadania, relacionando-os com o princípio da igualdade de tratamento no que tange à participação política- no contexto das Directivas nºs 90/364, 90/365 e 90/366- e com a não resolvida dimensão social da cidadania comunitária, para se centrar ainda na consideração do princípio da subsidiariedade no que tange à educação.

33 GIANCARLO ROLLA, *Tutela de la identidad cultural y de la ciudadanía en los ordenamientos multiétnicos: la experiencia canadiense*, in Francisco Balaguer Callejón (ed. lit.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 131 segs., p. 133. Veja-se ainda MICHEL COUTU, *Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire*, in *Droit et Société*, n.º 40, 1998, p. 631 segs., 632) e, por todos, CHARLES TAYLOR, *A política de reconhecimento*, In C. Taylor et al. (Eds). *Multiculturalismo* (M. Machado, trad.), Lisboa, Piaget, 1998, pp. 45-94.

Direito e, em especial, esclarecer a relação entre Direitos Fundamentais e “comunidade constitucional inclusiva” na Constituição portuguesa.

É que nas sociedades aristocráticas, escrevia Tocqueville³⁴, “apenas vemos o nosso semelhante nos membros da nossa casta”. Ora, no mundo de hoje, “ (...) como efeito da transformação democrática das relações humanas, o outro já não é outro no mesmo sentido, o semelhante já não é semelhante no mesmo sentido, o homem já não é homem no mesmo sentido.”³⁵

Neste cadinho a que nos vimos referindo, a educação para a democracia implica uma *responsabilidade para com o universal* que enfatize a verdadeira solidariedade humana e não perca de vista os despossuídos em discursos diferenciais.

1.5. Mas como contribuir então para a formação do cidadão democrático³⁶? Ainda que se deva considerar que “salvo demonstração em contrário, em circunstâncias singulares, todo o adulto, protegido pelo Direito, que esteja submetido às leis do estado, deve ser considerado suficientemente bem qualificado como para participar em processo democrático de governo do Estado”³⁷, como aumentar a capacidade de envolvimento inclusivo?

³⁴ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Da democracia na América*, Cascais, Principia, 2001, tomo 2, parte 3, capítulo I.

³⁵ ROBERT LEGROS, *O advento da democracia*, trad. Alexandre Emílio, Lisboa, Instituto Piaget (Epistemologia e sociedade, 163), 2001, pp.7/8.

³⁶ Veja-se CAROLE L. HAHN, *Becoming political: comparative perspectives on citizenship education*, Albany, NY, State Univ. of New York Press, 1998.

³⁷ ROBERT A DAHL, *La democracia: una guía para los ciudadanos*, trad. Fernando Vallespín, Buenos Aires, Taurus, 1999, Coleção Pensamiento, p. 97.



Neste contexto, parece-me que a função de educação – como indivíduos e como cidadãos – é talvez a força motriz capaz de neutralizar a ameaça das democracias excessivamente partidarizadas³⁸. É que a educação deixou de ser hodiernamente³⁹ apenas uma forma de aquisição de conhecimento ou de desenvolvimento de carácter (ou, mais duvidosamente, de virtudes)⁴⁰ - quer como forma de aperfeiçoamento e satisfação individual quer como contributo para o papel individual na comunidade-, para passar a acomodar, desde o século XVIII britânico – e depois em termos adensados pela revolução industrial - , o mote da ‘educação para todos’, aqui incluídas a literacia e as competências e preparação para o trabalho. A esta perspectiva de igualdade de acesso não foi certamente alheia a crença no poder divinizado da razão do iluminismo nem a convicção de que o conhecimento é total e não atomizado- ainda que nos termos iluministas enciclopédicos- e visa a formação integral da pessoa enquanto tal considerada⁴¹.

38 GEORGES BURDEAU, *A Democracia*, 3ª ed. [S.l.], Europa-América, 1975, p.58 e 61 alertava já para tal perigo. Também neste sentido GERHARD LEIBHOLZ, *Problemas fundamentais de la Democracia Moderna*, [S.l.], Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 13, 49, 205 a 255.

39 Para uma perspectiva histórica, vejam-se FREDERICK EBY, *História da educação moderna: teoria, organização e práticas educativas*, Tradução de Maria Ângela V. de Almeida et al. 2. ed. Porto Alegre, RS/Brasília, DF, Globo/ INL, 1976, SALLY TOMLINSON, *Education in a Post-Welfare Society*, 2nd ed, Berkshire, Open University Press, 2005, STEPHEN J. BALL, *The Education Debate*, The Policy Press, 2008.

40 Advertia ARISTÓTELES na *Política*, Trad. António Campelo Amaral; Carlos Gomes, Edição Bilingue, Lisboa, Veja, 1998, pp. 400 e 401: “(...) na verdade de nada aproveitará uma legislação por muito útil que seja aprovada unanimemente por todos os cidadãos se estes não adquirem os hábitos nem foram educados segundo o espírito do regime estabelecido (...) Educar em conformidade com o regime consiste em atingir não o que satisfaz as veleidades dos oligarcas ou dos partidários da democracia, mas atingir sim, o que capacita aqueles a governar de modo oligárquico, e estes democraticamente”. Com respeito ao mesmo tema, PATRICIA WHITE, *Political Education in the early years: the place of civic virtues*, in *Oxford Review of Education*. Oxfordshire, v. 25, n. 1-2, pp. 59-70, Mar/June 1999.

41 Sobre o ‘aprender a ser homem’, DELFIM SANTOS, *Fundamentação Existencial da Pedagogia, contra a pedagogia mecanicista*, Lisboa, Gráf. Lisbonense, 1946. Ainda AILTON SIQUEIRA DE SOUSA FONSECA, HELDER CAVALCANTE CÂMARA, ISABEL MARIA FREITAS VALENTE (Orgs.), *Formação integral Educação e Formação Humana*, Mossoró, UERN, 2014.

Ao invés de uma delegação anódina no Estado⁴², “a educação deve ensinar a democracia como forma de vida e não como forma de estado; não é um modelo de Estado, mas relação vital das pessoas unidas no estado; promete-se a formação política não tanto por efeito normativo de um dogma de fé mas para adquirirmos e conservarmos a capacidade de crescer na experiência”.⁴³ Mas num contexto de – ao menos aparente – “despolitização das democracias modernas”⁴⁴, a formação do cidadão democrático⁴⁵, em democracia e para a democracia apresenta escolhos evidentes, evidência a que não são certamente alheias condições económicas de democratização, já que a relação entre o desenvolvimento económico e a democracia política tem sido entendida em termos funcionais: tanto a democracia pressupõe um certo nível de desenvolvimento económico como, por outro lado e a dado passo, a complexidade do

42 Na conhecida fórmula americana, “Let George do it”.

43 CARL J. FRIEDRICH, *La Democracia como forma politica y como forma de vida*, ob.cit., p. 123.

44 A expressão é utilizada por DOMINIQUE SCHNAPPER, *A educação cívica nos países democráticos*, Nação e defesa, Lisboa, s.2n.93 (Primavera2000), p.89-98, Comunicação do colóquio Cidadania, Educação e defesa, IDN Janeiro de 2000, p. 94.

45 PHILIPPE PERRENOUD, *A escola e a cidadania, o papel da escola* (Tradução de Fátima Murad do original *L'école est-elle encore le creuset de la démocratie?*, Lyon, Chronique Sociale, 2003), Porto Alegre Artmed Editora, 2005, pp. 20/21 adianta que “[A] Revolução Francesa mudou completamente os termos do problema ao pretender transformar cada um em cidadão integral. Desde então, não é mais um privilégio ou uma verdadeira escolha. A cidadania é outorgada automaticamente na idade da “maioridade civil”. (...)Assiste-se, desde então, a uma inversão de perspectivas: se antes a cidadania só era outorgada aos que davam garantias suficientes de civismo, agora é preciso preparar para ser bons cidadãos todos aqueles que se tornarão, simples cidadãos” sem nada terem pedido.” No mesmo sentido, MARIA LUÍSA FRAZÃO RODRIGUES BRANCO, *A escola : comunidade educativa e a formação dos novos cidadãos*, Covilhã : [s.n.], 2003, Tese de doutoramento em Educação apresentada à Univ. da Beira Interior, Instituto Piaget, colecções Horizontes Pedagógicos, Lisboa, 2007, pp. 34 e 36 sobre o objectivo de matriz republicana de formar o “homem novo”. Veja-se ainda NILDA TEVES FERREIRA, *Cidadania: uma questão para a educação*, Rio de Janeiro, RJ, Nova Fronteira, 1993.



desenvolvimento económico rejeita o contexto autoritário e reclama instituições democráticas.⁴⁶

1.6. Mais do que a respectiva inserção no âmbito de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁴⁷, e ainda que pressupondo a ponderação de diversos bens em conflito, a concretização do programa de formação educativa emancipatória não pode olvidar o respectivo “potencial transformador” (lembremos Malala Yousafzai, a co-vencedora do Prémio Nobel da Paz de 2014 e o seu discurso no Parlamento Europeu a 20 de Novembro de 2013), e deve preservá-lo de “manipulações semânticas” supostamente habilitantes de discricionarieidade para os poderes públicos.

Sabemos que Perrenoud acidamente adverte que⁴⁸ “[A]o romantismo sociológico dos pedagogos vêm juntar-se algumas ilusões quanto aos mecanismos da socialização. É *duplamente ingénuo* acreditar que uma educação para a cidadania, em uma sociedade democrática, pode limitar-se a transmitir valores primordiais às novas gerações ou, ainda, que a escola possa substituir as famílias incapacitadas de prover essa educação.”

46 JOSÉ MARÍA MARAVALL, *The outcomes of democracy*, San Domenico, European University Institute, (Jean Monnet Chair Papers 36), 1996, pp. 8 a 10.

47 Com relevância clara no que tange ao conteúdo, competências e condições espaço-temporais da educação. Em sentido exigente e actualista, veja-se RÉMY SCHWARTZ, *Education: une confluence de libertés publiques*, in *AJDA – l’actualité juridique droit administratif*, Tomo especial, fasc. 20 (Jul-Ago.1998), pp. 177 e ss, salientando a exigência constitucional de um serviço público de educação com acesso não discriminatório e discutindo os limites da gratuitidade.

48 PHILIPPE PERRENOUD, *A escola e a cidadania*, ob.cit. p. 49. Esta obra corresponde a desenvolvimento de textos já anteriormente publicados em PHILIPPE PERRENOUD, *A escola e a aprendizagem da democracia*, pref. Luiza Cabral; trad. Luis Cabral, 1ª ed, Porto, Asa, 2002, Série Em foco.

Acresce que não raro se parte do pressuposto de que a educação *para a democracia* ou *para valores democráticos* é mais fácil quando realizada *em contexto democrático*, visto que este é entendido como património ético-jurídico da humanidade, *id est*, como circunstancialismo *natural adquirido e não ameaçado*⁴⁹. No entanto, a educação em/para a democracia implica considerar o eventual paradoxo da educação plural⁵⁰ – *maxime*, a discussão quanto à transmissão de informação sobre valores não democráticos.⁵¹ Assim, ao tradicional paradoxo da democracia – o de que precisava limitar-se (ou limitar expressões de preferências não democráticas) para permanecer – junta-se agora um outro: precisamente por ser já um fenómeno universal, a democracia obriga a aceitar a infinita variedade da prática política democrática.⁵²

Neste sentido, a educação para a democracia não deve ser confundida com a experiência de mera formalização de disciplinas como as da

49 JAMES ARTHUR, IAN DAVIES E CAROLE HAHN, *The SAGE Handbook of Education for Citizenship and Democracy*, SAGE Publications Ltd, 2010, sobre os pressupostos políticos da educação para a cidadania e o liberalismo político, p. 40.

50 J. GIMENO, *Educar e conviver na cultura global* (trad. Phala), Porto, Asa, 2003. Veja-se ainda a Recomendação nº1/2001 do Conselho Nacional de Educação (15.2.2001), DR nº 57, II Série, de 8 de Março de 2001 sobre minorias, educação intercultural e cidadania.

51 LUÍSA NETO, *Constituição e Educação*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2007, pp. 279-285. Veja-se ainda CONSELHO DA EUROPA, *Policies and practices for teaching sociocultural diversity - Diversity and inclusion: challenges for teacher education*, Council of Europe Publishing (06/12/2010), *Policies and practices for teaching sociocultural diversity- Diversity and inclusion: challenges for teacher education* (06/12/2010), CE, dando conta da conferência que teve lugar em Oslo (Noruega) de 26 a 28 de Outubro de 2009. Veja-se Sjur Bergan e Hilligje van't Land (Eds), *Speaking across borders: the role of higher education in furthering intercultural dialogue* (Council of Europe Higher Education Series No.16). O texto, editado conjuntamente pelo Conselho da Europa e pela International Association of Universities (IAU), aborda o papel do ensino superior no desenvolvimento do diálogo intercultural na sociedade e complementa um outro texto *Intercultural dialogue on Campus* (Higher Education series No. 11).

52 Neste sentido, EDUARD TARNAWSKI GESLOWSKA, *El tiempo de las democracias inciertas*, ob.cit., p.190.



*Educação para a Cidadania*⁵³. De facto, a educação para a democracia comporta não apenas a transmissão de informação sobre os valores ínsitos a um regime democrático mas ainda uma vertente transversal de formação que potencie e motive a tomada de decisões políticas, num tempo em que se questiona a percepção de legitimidade dos nexos de representação política⁵⁴.

1.7. Naturalmente, estes objectivos requerem⁵⁵

i) a definição de directivas políticas para o desenvolvimento da Educação para a Cidadania;

ii) a construção de uma estratégia de curto, médio e longo prazo coordenando esforços internacionais (Nações Unidas, Conselho da Europa e União Europeia) e nacionais, e de que foi corolário óbvio a Recomendação CM/Rec (2010) 7 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa que aprovou a Carta sobre a Educação para a Cidadania Democrática e para os Direitos Humanos que dela faz parte integrante. Por educação para a cidadania democrática veio a Recomendação entender *a educação, a formação, a sensibilização, a informação, as práticas e as actividades que para além de trazer aos estudantes conhecimentos, competências e compreensão e de desenvolver as suas atitudes e o seu comportamento, aspiram a dar-lhes os meios para exercer e defender os seus direitos e responsabili-*

53 Entre nós, um dos programas mais ambiciosos foi o Programa Malhoa de divulgação dos direitos humanos de que se dá nota em *Direitos humanos e cidadania*, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa/Livraria Nova Galáxia, 2002, esp. Álvaro Laborinho Lúcio (coordenador do programa), pp. 15 a 25.

54 Veja-se A. TOURAINE, *O que é a democracia*, Lisboa, Instituto Piaget, 1996.

55 KATALIN SZÉGER, *Policy Recommendation for the development of education for democratic citizenship in elementary and secondary schools*, Kurt Lewin Foundation Think Tank Fund, September 2012, pp. 23 e ss.

dades democráticas na sociedade, para apreciar a diversidade e para desempenhar um papel activo na vida democrática, com o fim de promover e proteger a democracia e o Estado de Direito.”) especificamente excluindo, nos termos do n.º1, as áreas da educação intercultural, da educação para a igualdade⁵⁶, da educação para o desenvolvimento sustentável e da educação para a paz, excepto na medida que estes temas se cruzem com o da educação para a cidadania democrática e a educação em direitos humanos.

De facto, ainda que já assinalado pela Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, que funcionou sob a égide da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) e foi coordenada por Jacques Delors⁵⁷, o tema *sub judice* tem uma actualidade evidente desde logo no âmbito dos Objetivos de Desenvolvimento do Milénio, declarados pela Organização das Nações Unidas⁵⁸ e por outro lado, aquando da apresentação do respectivo relatório anual de 2013⁵⁹, o Director da Agência Europeia para os Direitos Fundamentais, Morten Kjaerum, veio também lembrar que uma educação reforçada para os direitos fundamentais pode reconstruir a confiança na democracia⁶⁰. E a importância da projecção fu-

56 Em especial sobre a educação para a igualdade, veja-se FÁBIO KONDER COMPARATO, *O princípio da igualdade e a escola*, Artigos, São Paulo, SP, Instituto de Estudos Avançados da USP, 1997.

57 É ainda tema alinhado com as preocupações do United Nations Fund for Democracy e da Venice Commission (Directorate General for Human Rights and Rule of Law) do Conselho da Europa.

58 Declarados em 2000 e reafirmados na cimeira de 2005 e na resolução A/RES/62/7 de 2007 da AGNU. Recorde-se ainda que a década de 1995–2004 foi considerada a ‘*United Nations Decade for Human Rights Education*’.

59 Em Setembro de 2014, como disponível em <http://fra.europa.eu/en/news/2014/better-fundamental-rights-protection-can-rebuild-trust-democracy-says-fra>

60 Ainda no contexto regional europeu, e no mesmo sentido, veja-se UNIÃO EUROPEIA, COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL, *Active citizenship: for a better European society*, Luxembourg, OOEPC, 2012, destacando em especial o papel do Comité Europeu Económico e Social.



tura deste desiderato, mormente no campo da educação para os direitos do homem, mereceu ainda referência específica de Zeid Ra'as al Hussein, o Alto Comissário da ONU para os Direitos do Homem, na abertura da 27ª sessão do Conselho de Direitos Humanos- que aliás Portugal passou a integrar, por eleição a 21 de Outubro de 2014.⁶¹De facto, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana relembra que a erosão dos direitos fundamentais em tempo de crise traz tais desafios ao Estado de Direito que a ligação umbilical entre aqueles e este se revela, quase paradoxalmente, ainda mais evidente.

1.8. Se “a preocupação de saber como preparar a juventude para a democracia é tão velha como a própria democracia”⁶², a ideia da educação para a cidadania- que sugere um “princípio único de harmonizar os cidadãos no alinhado ‘contrato social’ ”⁶³ e de habilitação dos que devem, tanto quanto possível, ser habilitados para aceder à sua ‘herança’⁶⁴, ainda que nos termos a que nos referimos *supra*- pode suportar-se em redes várias de proximida-

61 Neste sentido veja-se OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), *Human Rights and the Millennium Development Goals in Practice: A review of country strategies and Reporting* HR/PUB/10/1, publicação que reúne estudos vários relativos ao evento “Dialogues for Action: Human Rights and MDGs” que teve na África do Sul em 9-10 Setembro 2008) e Bangkok (16-17 Outubro 2008) e que abordou os esforços nacionais e internacionais de prossecução dos ODM. Na introdução é explicitada a relação sinérgica e de complementaridade entre os direitos humanos e os ODM, bem como o fundamento para uma desejável abordagem do desenvolvimento fundada nos direitos do homem e no acolhimento pelas políticas nacionais de princípios básicos de não discriminação, participação e responsabilidade.

62 PEDRO D’OREY DA CUNHA, *Ética e educação, educação do carácter*, Lisboa, UCP, 1996, p. 43.

63 PHILIPPE PERRENOUD, *Escola e Cidadania....*, ob.cit., p. 46.

64 MARIA LUÍSA BRANCO, *A escola....*, ob.cit., p. 438.

de⁶⁵ para além dos níveis de educação formal.⁶⁶ Trata-se pois aqui de construir e inculcar um mapa de valores – “para uma participação social orientada para a procura do bem comum e da justiça”⁶⁷, pressupondo o preenchimento de duas premissas:⁶⁸

i) Se houver suficientes oportunidades para participar, haverá interessados em fazê-lo;

ii) As competências – hoje pretendida uma literacia multifacetada, financeira, de saúde, social, digital e de *media*- adquiridas através da participação num determinado contexto são transferíveis para ocasião futura.

Impõe-se pois a educação *sobre a participação, para a participação e em participação*.

65 MENDO CASTRO HENRIQUES, *Perspectivas conceptuais da educação para a cidadania*, Nação e defesa, Lisboa, s.2n.93(Primavera2000), pp.35-52 refere-se a p. 37 a redes sucessivas de proximidade, desde a família, escola e comunidade local, até aos grandes espaços públicos da vida nacional e das suas pertenças europeia, lusófona e global, no estado português. Também MARIA LUÍSA BRANCO, *A escola...*, ob.cit., p. 19 se refere especificamente à globalização no contexto do neocomunitarismo integrador que exige a congregação dos esforços de todos mediante a constituição e verdadeiras comunidades educativas. No mesmo sentido, Roberto Carneiro, *Educação para a cidadania e cidades educadoras*, Bro-téria, 144, pp 391-413, 1997, explicitando a ligação da comunidade educativa ao conceito de *polis*.

66 Esta versão abrangente é também a acolhida, como vimos *supra*, na Rec CM (2010) 7.

67 ISABEL MENEZES, *Educação cívica: reflexões a propósito da análise do currículo implementado*, in *Revista Inovação*, 12, p. 46 seguindo Kevin Ryan quanto aos valores consensuais da comunidade: honestidade, justiça, solidariedade, responsabilidade pelo ambiente, e repúdio de contra valores como violência, promiscuidade sexual, racismo.

68 ROBERT STRADLING, *Education for democratic citizenship*, Human rights law journal, Arlington, v.9n.4, 1988, pp.436-448. Ainda A. MAYORDOMO, *El aprendizaje cívico*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998 *apud* MARIA LUÍSA BRANCO, *A escola...*, ob.cit., p. 21: “O que se pretende é o enriquecimento da vida política, para além da sua estruturação em torno de mecanismos eleitorais e partidários e de uma administração pragmática do existente, mediante o incentivar da participação política e social e a difusão de uma cultura cívica”.



Mas podem estas competências ser verdadeiramente ensinadas? Poderá a escola – “espaço pedagógico no qual, mediante a selecção, o ensino e o exercício de determinados conteúdos e valores democráticos, mais contextualizados (cuja definição tem em conta as necessidades sentidas por determinada comunidade)”⁶⁹- constituir a eira possível para tal desiderato de orientação e emancipação?⁷⁰ É claro que falamos da escola como bem comum e não apenas como formação de elites.⁷¹ Mas não se pode exigir que a escola “preserve ou inculque valores que uma parte da sociedade vilipendia”, ou, dito de outra forma, há que lembrar que muitas vezes que “o hino à cidadania mediante a escolarização é uma dupla hipocrisia, um discurso vazio, uma forma ilusória de se livrar do problema real do vínculo social e do respeito às regras da vida em comunidade.”⁷²

Marshall explanou esta necessidade na sua obra clássica de 1967⁷³, tornando conhecida a expressão ‘*citizen in the making*’, e dando como demasiado óbvia a ideia que a preocupação com a educação se seguiria sem dúvida a opção pela (participação em) democracia. Foi também este

69 MARIA LUÍSA BRANCO, *A escola.....*, ob.cit., p. 89.

70 Veja-se JOÃO BARROSO, *Descentralização e autonomia: devolver o sentido cívico e comunitário à escola pública*, *Colóquio Educação e sociedade*, 4, pp 32-54, 1998, sobre a necessidade de destruir as dicotomias entre lógicas de descentralização e privatização ou livre concorrência, ou entre independência e autonomia e dependência, ou também em relação à modalidade que deve assumir a participação dos pais na escola e entre lógica estatal e de mercado.

71 PHILIPPE PERRENOUD, *A escola e a cidadania.....*, ob.cit., pp. 20/21: “Quanto mais o círculo se amplia às classes populares e às pessoas nascidas em outros lugares, aparentemente menos se confia em sua educação familiar. Daí o desafio de instrução e de socialização que ultrapassa a família e está na origem da educação cívica confiada à escola.”

72 PHILIPPE PERRENOUD, *idem*, ob. cit., p. 46. Veja-se ainda MARIA LUÍSA BRANCO, *A escola.....*, ob.cit., p. 184 sobre a trajectória do ideal democrático de educação, da escola-comunidade à escola-comunidade educativa.

73 Com tradução em THOMAS H. MARSHALL, *Cidadania, classe social e status*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.

o sentido actualista proposto em 1998 pelo conhecido Crick Report⁷⁴ (*Education for citizenship and the teaching of democracy in schools, Final report of the Advisory Group on Citizenship*)⁷⁵

Ainda assim, “o ideal de uma sociedade democrática emerge como o de uma reprodução social consciente”⁷⁶, “pelo que a escola se deve tornar simultaneamente num modelo de prática democrática e num local de aperfeiçoamento da mesma”, o que tem sido acentuado também pelos Relatórios Faure (UNESCO, 1972) e Delors (UNESCO, 1996) em que a real aprendizagem da cidadania emerge como evidente ‘*currículo oculto*’⁷⁷, passe o aparente paradoxo.

74 *Crick Report, Education for citizenship and the teaching of democracy in schools, Final report of the Advisory Group on Citizenship, 22 September 1998, Qualifications and Curriculum Authority, 1998.*

75 Para os Estados Unidos, síntese anterior à do Crick Report tinha sido produzida pelo Sumário Executivo do Relatório de Análise Estatística do National Household Education Survey de 1996 (1996 National Household Education Survey (NHES): Youth Civic Involvement, and Parent and Family Involvement in Education and Civic Involvement), explanado por R.G. NIEMI E C. CHAPMAN, *The Civic Development of 9th- Through 12th-Grade Students in the United States: 1996* (NCES 1999-131), Education Statistics Quarterly, Vol 1, Issue 1, Topic: Elementary/Secondary Education, 1998, qualificando a educação para o desenvolvimento cívico em cinco dimensões: conhecimento político, atenção à política, competências de participação política, eficácia política, e tolerância da diversidade. Para mais pormenores técnicos sobre este Relatório veja-se M. COLLINS, J. BRICK, M. NOLIN, N. VADEN-KIERNAN, E S. GILMORE., *National Household Education Survey of 1996: Data File User's Manual, Volumes III-V* (NCES 97-423, NCES 97-422, and NCES 97-421, 1997. O relatório salienta em especial a influência que as características dos percursos académicos dos estudantes, a influência familiar, o papel da escola, a atenção à política e a influência dos *media* e os possíveis efeitos da participação em actividades de serviço comunitário podem ter no desenvolvimento cívico.

76 A. GUTMANN, *Democratic education*, Nova Jersey, Princeton University Press, 1987.

77 PHILIPPE PERRENOUD, *A escola e a cidadania....*, ob.cit., pp. 34 e 35, sobre as fontes da aprendizagem fortuitamente ou não intencionalmente provocada. Veja-se ainda JOHN DEWEY, *Democracy and Education* Macmillan, United States, 1916 e PHILIP W. JACKSON, *Life in classrooms*, Holt, Rinehart & Row, New York, 1968.



1.9. E, caso possa ser ensinada, pode esta educação cívica, *maxime* política, despertar aspirações democráticas⁷⁸ (já não se fala na avaliação)? É este o renovado papel de “último elemento definatório da unidade da comunidade política” que o Direito pode desempenhar numa sociedade caracterizada pelo pluralismo cultural, ponderando a “igualdade” e a “diferença”: não há que sofrer de ingenuidade quanto ao *iter* destes desideratos, mas ainda assim, acredita-se que “se este tipo de educação com o centro da dignidade da pessoa humana não força uma pessoa a ser livre, predispõe-na para tal.⁷⁹ É que, como magistralmente explanada por Amartya Sen, a liberdade deve ser vista como oportunidade e processo⁸⁰, aproximando-se da capacidade (*capability*)⁸¹ potenciada pela equidade.⁸²

78 CLAUDE LEFORT, *Renaissance de la démocratie?*. in *Pouvoirs*, T. 52 (1990), pp. 5 a 22, esp. p. 13 recorda que “Gorbatchev recorreu ao mito da democratização para mobilizar a intelligentsia”.

79 WALTER F. MURPHY, *Constitutional democracy : creating and maintaining a just political order*, ob.cit., p. 377. Murphy acrescenta que Rousseau (apesar de muito dificilmente se poder apelidar hoje democrata constitucional) se congratularia aliás com estas preocupações.

80 Tal como se dissera já *supra*, AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, ob.cit., pp. 318 e 315: “A liberdade é preciosa, pelo menos, por duas razões. Primeiro, uma maior liberdade dá-nos uma maior *oportunidade* de tenar alcançar os nossos objetivos (...) Segundo, pode também suceder que atribuamos alguma importância ao *processo* de escolha em si mesmo”.

81 AMARTYA SEN, *idem*, ob.cit., pp. 58/59: “Considerando que uma capacidade é o poder de fazer algo, a responsabilização que emana dessa aptidão – desse poder – também passa a fazer parte da perspectiva das capacidades, e isto pode dar lugar a que se fale de um dever – aquilo que, em termos amplos, podemos apelidar de exigências deontológicas.”

82 AMARTYA SEN, *ibidem*, ob.cit., p. 346 e ainda pp. 396, 398, 401. Da ligação entre a liberdade e a fundamentação potencial da capacitação decorre a eliminação da distinção entre *positive* e *negative freedom* e entre direitos de 1ª e 2ª geração, passando a centrar-se aqui o foco da avaliação da feasibility/viabilidade ou plausibilidade dos direitos sociais. Assim, a pobreza, por exemplo, será privação de capacidade (*capability*) mas também privação da liberdade (*freedom from hunger*), explica AMARTYA SEN, *idem*, ob.cit., pp. 498 e 503.

É esta a única forma de a educação poder cumprir as promessas libertação, de emancipação e de justiça sintetizadas no *fogo dos deuses* que Prometeu ousou roubar para que os seres humanos superassem as suas naturais limitações. E, neste sentido a democracia é um conceito evolutivo e a educação para cidadania é, de facto, o foco para onde converge a soberania popular.⁸³

2. O pluralismo cívico como condição da democracia

2.1. Sendo a cidadania uma qualidade de todos os membros de uma sociedade, conferindo-lhes direitos e deveres de participação na vida cívica e política, esta experiência é vivida de forma desigual pelos cidadãos na prática confrontamo-nos com uma cidadania – entendida esta na sua dimensão política, social e civil ou estritamente jurídica - de dimensões múltiplas e de geometria variável. A capacidade integradora da cidadania não corresponde apenas a uma igualização de direitos formais, mas também a um sentimento de pertença baseado na lealdade a uma civilização que é propriedade comum. Ora, como dizia Paul Ricoeur – património comum de nós todos, também-, deixou de existir um “consenso global de valores que seriam como estrelas fixas, cabendo à educação a tarefa de preparar as pessoas para entrar nesse universos problemático”.

83 ÂNGELA MARIA MARINI SIMÃO, *A educação e a formação como via para a afirmação da cidadania*, in *Revista portuguesa de direito consumo*, Coimbra, n.30(Jun.2002), pp.9-29, também publicado como ÂNGELA MARIA MARINI SIMÃO PORTUGAL FROTA, *A educação e a formação para a cidadania*, in *Revista de Administração e políticas públicas*, Braga, v.3n.1-2(2002), pp.141-153, refere-se especificamente à educação e formação de formadores no domínio do consumo, acrescentando a p. 148 proposta de conteúdos para o ensino dos direitos do consumo na escola em vários programas e acentuando a pp. 150 e ss a obrigatoriedade de a educação para a cidadania incluir as matérias da qualidade, saúde e segurança alimentar. Precisamente no mesmo sentido, *Crick report*, *ob.cit.*, ponto 3.20.



No contexto da nossa Constituição, o mote é dado pelo artigo 74.º- que prevê que “todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar”, enquanto que nos termos das alínea i) e j) do n.º2 do mesmo artigo incumbe ao Estado “assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa” e “assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para efectivação do direito ao ensino.” Mas estas redacções são ainda literalmente pobres se confrontadas com o papel de efectiva integração reclamado pelos ou do tratamento nacional – 15.º/1, como os dos princípios da dignidade da pessoa humana – 1.º-, da cláusula aberta – 16.º⁸⁴, da proporcionalidade – 18.º e da igualdade – 13.º, articulando justificação constitucional para a diferenciação, através de medidas de ação afirmativa e de discriminações positivas, e fundamento de um especial dever de protecção. Tais medidas são aliás evidentes no contexto actual de herogeneidade (v.g. social) da escola de massas⁸⁵ e de pretensão de uma ‘pedagogia da compensação’⁸⁶ (até nas vertentes da alimentação, saúde, higiene e dos apoios sócio-educativos e psico-pedagógicos) e equidade na alocação de recursos⁸⁷, convocando a materialização da igualdade formal dos alunos⁸⁸.

84 JORGE PEREIRA DA SILVA, “Direitos de cidadania e direito à cidadania, princípio da equiparação, novas cidadanias e direito à cidadania portuguesa como instrumentos de uma comunidade constitucional inclusiva”, Observatório de Imigração, 5, Lisboa, ACIME, 2004, pps 25 e ss.

85 AUGUSTO SANTOS SILVA, *Análise sociológica e reflexão democrática sobre a educação: um diálogo com vantagens recíprocas*, in *Análise Social*, Vol. 29, t.129 (1995), pp. 1211 – 1227, esp. pp. 1211 e 1212 sobre a articulação da sociologia da educação e a crítica à articulação com o sistema social no seu conjunto e pp. 1215 e ss sobre a relação entre a produção teórica em sociologia da educação e os programas ideológico-políticos de tipo democrático que os limites da massificação colocam.

86 AUGUSTO SANTOS SILVA, *idem*, pp. 16/17.

87 CNE, *Educação e Direitos Humanos* (Atas de um seminário realizado em 22 e 23 de abril de 2004), Lisboa, 2004, p. 119 – ROSA AFONSO, *Os direitos humanos na educação para a cidadania-*, p. 169 – CAROLINE DESBANS, *Direitos partilhados: dos direitos humanos aos direitos da criança-*, p. 329 – AGOSTINHO REIS MONTEIRO, *A equidade na educação*.

88 AUGUSTO SANTOS SILVA, *Análise sociológica e reflexão democrática sobre a educação: um diálogo com vantagens recíprocas*, ob.cit., p. 21.

2.2. Neste sentido, a interculturalidade interroga o Direito Constitucional e a dogmática dos Direitos Fundamentais, impondo uma reflexão sobre a necessidade e/ou oportunidade de uma refundação da teoria e conceito de Direitos Humanos, em torno dos conceitos de “tolerância”, “referência cultural”, “valores fundamentais comuns” e “dignidade da pessoa humana”.

Acresce que o fenómeno da imigração e dos refugiados atinge entre nós, a partir das décadas mais recentes, proporções crescentes que obrigam a uma atenção permanente, ao desenvolvimento de atitudes de acolhimento e à adaptação das instituições e estruturas sociais às novas e complexas realidades humanas, sociais e culturais- questão transversal que é a do estatuto jurídico-constitucional do estrangeiro ou cidadão imigrante, e as obrigações que daí resultam para o Estado, *rectius*, para os poderes públicos (em sentido lato – legislador, administração e tribunais), enquanto promotores e garantes da inclusividade constitucional e titulares de um dever de hospitalidade.

2.3. Enquanto facto, o multiculturalismo é hoje “a experiência humana normal”, na expressão de Goodenough⁸⁹, seja pela não sobreposição entre Estados e Nações, seja pela multiplicidade de relações entre os Estados e as Religiões, seja ainda pela reivindicação de redefinição do vínculo de cidadania com base num conceito inclusivo de diferentes realidades e culturas⁹⁰. Mas são vários os novos e múltiplos desafios que a hodierna pluralidade coloca à teoria do Estado, nomeadamente no contexto da diversidade

⁸⁹ W. GOODENOUGH, *Multiculturalism as the normal human experience*, in *Anthropology and Education Quarterly* 7 (4), pp. 4-6, 1976.

⁹⁰ Para enquadramento, leiam-se FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da história e o último homem*, ob.cit., e SAMUEL P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996 e ainda ANTHONY GIDDENS, *O Mundo na Era da globalização*, 4ª Edição, Lisboa, Editorial Presença, 2002.



étnica, religiosa, cultural e linguística da Europa⁹¹, vitalidade que deve ser acarinhada e valorizada. Lia-se aliás na Declaração política adaptada pelos ministros dos estados membros do Conselho da Europa a 13.9.2000, na sessão final da Conferência Europeia contra o Racismo, é fulcral “dar atenção particular à educação no sentido de promover um clima de tolerância, de respeito pelos direitos humanos e diversidade cultural, introduzindo e reforçando estas medidas entre as crianças e os jovens”.

Mas se atendermos ao multiculturalismo como norma, mas assumindo o escrutínio crítico, a ‘imparcialidade aberta’ e o ‘não paroquialismo’ como requisitos da justiça, qual o conteúdo a transmitir? É que a história provou terem sido insuficientes as teorias do contacto que se seguiram à segunda guerra mundial e percebendo que a “identidade [deve ser] culturalmente fundada no sentido que se constroi na espessura temporal.

Concordam Alfonso Garcia Martinez e Andrés Escarbajal Frutos⁹² acentuando que ao conceito de cultura se associam hoje subjectiva e objectivamente⁹³ as propriedades da educação e da formação como bens em si valiosos, e clarificando que a cultura se motiva hoje numa polari-

91 Ver por todos, ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade: da diferença à referência, Constituição e Interculturalidade – da diferença à referência*, dissertação de doutoramento apresentada à FDUNL, 2013, em curso de publicação, pp. 283 a 360 sobre as dimensões de juspositivação e os reflexos da proteção da cultura e da diversidade cultural no direito internacional e no direito estrangeiro e a tutela constitucional portuguesa da identidade e diversidade culturais.

92 ALFONSO GARCIA MARTINEZ E ANDRÉS ESCARBAJAL FRUTOS, *La interculturalidad. Desafío para la educación*, Madrid, Dykinson, 2007, p.19.

93 DIOGO LEITE DE CAMPOS, *O Cidadão-Absoluto e o Estado, o Direito e a Democracia*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, A. 53, n.º 1 (Abr. 1993), pp. 5–19, distingue a “velha democracia” assente numa vontade inicial do povo, da “nova democracia” que parece reclamar um permanente “consenso entre governantes e governados” – p. 5 e 6. E explica que a ordem tradicional baseada na publicidade e normatividade se desagrega – pp. 9 a 11 – perante a subjectivação do “público”: “ao Direito substituem-se os direitos”, sintetiza a p. 14.

dade geométrica entre a identidade – já que a socialização do individuo supõe aprendizagem e interiorização de normas e valores-, a multiculturalidade e a pretensa interculturalidade”.⁹⁴

Repare-se que não se trata aqui de almejar uma neutralidade da atitude cultural do Estado, mas antes de nos centrarmos num conceito de ‘igualdade relevante’⁹⁵ como o desenvolvido por Anabela Leão⁹⁶ para efeitos da gestão da diversidade cultural e respectivos limites, v.g. de ordem pública.

2.4. Ou seja, e entendamo-nos, se a interculturalidade é uma batalha a ganhar gradualmente, não se trata meramente de garantir o acesso à chamada educação formal. Trata-se de dar importância a uma efectiva pedagogia dos direitos humanos, integrando-a numa sociedade de informação aberta e pluralista.⁹⁷

Mais do que um repositório ou soma ou um bilinguismo cultural que confronte a socialização através do código nacional e através do código da escola⁹⁸, a educação intercultural não pode ser vista como uma

94 *Idem*, respectivamente pp. 34 e 26, 85 e 90. Sobre a distinção entre multiculturalismo e interculturalidade veja-se por todos ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade...*, respectivamente pp. 137 e ss e 257 a 278.

95 Sobre a crise do Estado e a discussão quanto aos valores constitucionais da igualdade “razoável”, veja-se DOMENICO FARIAS, *Crisi dello stato, nuove disuguaglianze e marginalità*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 61, 63, 65 e 97 e CASS R. SUNSTEIN, *Why Societies Need Dissent*, ob.cit., pp. 209 e 213.pp. 39, 43, 49

96 *Constituição e interculturalidade*, ob.cit., pp. 232-241.

97 “Educação intercultural e cidadania”, CNE, 2000, p. 29.

98 LUÍZA CORTESÃO E STEPHEN STOER, “Levantando a pedra: desigualdade, exclusão e o processo educativo” Biblioteca das Ciências do Homem, Edições Afrontamento, 1999, p. 55.



“gestão controlada da exclusão”, como já lhe chamaram⁹⁹. Não podemos no entanto cair no extremo oposto: para fazer face aos desafios de pluralismo algumas iniciativas centram-se exclusivamente na valorização e protecção de particularismos etnoculturais o que pode ter efeitos perversos e indesejáveis nomeadamente contribuindo para o encerramento dos indivíduos numa identidade cultural imutável e fixa, reforçando as diferenças (em detrimento das semelhanças) entre os grupos e inerente risco de intolerância, e acentuando assim as dificuldades de acesso e igualdade de oportunidades para os imigrantes e grupos minoritários.¹⁰⁰

2.5. Mas a discussão sobre a diversidade cultural e sua compatibilização com as democracias liberais ocidentais é eminentemente prática, e não apenas teórica.¹⁰¹

99 “Levantando a pedra: desigualdade, exclusão e o processo educativo”, ob. cit., p. 22

100 F. OUELLET, “Les defies du pluralisme en éducation”, Les Presses de L’Université Laval, 2002.

101 Por oposição ao adágio *one size fits all* - como refere Mariana Vieira da Silva, *Entre o Estado e o mercado: políticas públicas de educação em Portugal, Entre o Estado e o mercado: políticas públicas de educação em Portugal*, in *E publica - Revista Eletrónica de Direito Público*, ICJP, CIDP, número 2, junho de 2014: “Na sequência das pressões financeiras e políticas da década de 80 a descentralização das políticas educativas é uma das primeiras e principais tendências de mudança. A transferência de responsabilidades do estado central para as autarquias pretende responder aos desafios da eficiência e às teorias que criticavam a ideia de que *one size fits all* que estava na base do sistema educativo público e universal e unificado no estado-nação saído do pós-guerra.” - é neste contexto de eventual diferenciação que se coloca a questão da admissibilidade das medidas de diversificação curricular e diferenciação pedagógica com lugar à gestão flexível do currículo. Na sequência da Lei de Bases do Sistema Educativo de 1986, a “reforma curricular” de finais dos anos 80 (Decreto-Lei nº 286/89, de 26 de Agosto) criou a Área-Escola, uma área curricular não disciplinar destinada a fomentar as práticas de interdisciplinaridade entre os professores, na realização de projectos em comum, por iniciativa dos alunos, abrindo, assim, uma válvula de segurança, tubo de escape do sistema à qual estaria cometida “a resposta aos anseios dos que desejam uma escola diferente – com autonomia, descentralizada, com participação local, com currículo menos académico e não cingida às actividades lectivas da sala de aula e com mais atenção aos aspectos da educação pessoal e social, ao nível moral e dos valores. E é neste contexto de eventual diferenciação que se coloca a questão da

A verdadeira pedagogia da convivência^{102/103} supõe então dismantelar preconceitos¹⁰⁴ e apresenta uma atitude solidária para com o diferente. Em termos de conteúdo, tal pedagogia faz relançar o respeito pela dignidade e pelos direitos humanos – e fundamentais, na ordem interna (ainda que Bentham chamasse aos imperativos globais *nonsense upon stilts*) – de todos alcançar também uma dimensão prospectiva e intergeracional com quatro ênfases específicos¹⁰⁵, fazendo relevar a educação para os

admissibilidade das medidas de diversificação curricular e diferenciação pedagógica com lugar à gestão flexível do currículo e experimentada em Portugal entre 1997 e 2001 e legislativamente concretizada para os ensinos básico e secundário (pelo Decreto-Lei n.º 6/2001, de 18 de Janeiro, e Decreto-Lei n.º 7/2001, de 18 de Janeiro) e à introdução de três áreas curriculares não disciplinares – a área de projecto, o estudo acompanhado e a formação cívica). Veja-se JOÃO FORMOSINHO, *O Currículo Uniforme Pronto-a-vestir de Tamanho Único*, in AAVV, *O Insucesso Escolar em Questão*, Cadernos de Análise Social da Educação. Braga, Universidade do Minho, 1987, pp. 41-50 e *A cidadania e a democracia nas escolas*, in *Revista do Centro de Formação Francisco de Holanda*, *Revista ELO 18*, Julho de 2011, pp. 51 e ss, JOSÉ CARLOS MORGADO E ANA MARGARIDA GONÇALVES, *Desígnios para um currículo democrático*.

102 PABLO LATAPÍ, *Educación para tolerancia? : equívocos, requisitos y posibilidades*, in *Gaceta [de la] Comisión Nacional de Derechos Humanos*, Ciudad de México, a.8n.100(Noviembre1998), pp.21-28, p. 28. Veja-se ainda MARTHA C. NUSSBAUM, *Not for profit: why democracy needs the humanities*, New Jersey : Princeton University Press, 2010. XV, p.47, sobre a importância da pedagogia socrática.

103 No sentido de fazer relevar o consenso de Beutelsbach JAMES ARTHUR, IAN DAVIES E CAROLE HAHN, *The SAGE Handbook of Education for Citizenship and Democracy*, ob.cit., pp. 481-492 sobre a construção pedagógica do conteúdo curricular e pp. 506-519 sobre a discussão de questões controversas como objectivo da educação democrática. No mesmo sentido, DIANA C. MUTZ, *Cross-cutting Social Networks: Testing Democratic Theory in Practice*, in *American Political Science Review*, Vol. 96 , t. 1 (2002), pp. 111 – 126, explicando a vantagem experimentalmente testada da da exposição a pontos de vista políticos conflitantes (*cross cutting exposure*).

104 ROBERTO CARNEIRO, *Living by learning, learning by living:the quest for meaning*, in *International review of education: journal of lifelong learning*; 59, 3, Publ: 2013, pp. 353-372, p. 362 sobre a ligação entre a tolerância e o conhecimento do outro –“*under standing*”, no sentido literal de “non-superiority”. Sobre o desenvolvimento das mesmas capacidades, veja-se MARTHA C. NUSSBAUM, *Not for profit : why democracy needs the humanities*, ob.cit., p. 45.

105 S. TAWIL, *Education for ‘Global Citizenship’: A framework for discussion*, ob.cit, convoca a necessidade de englobar na década das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável estas quatro dimensões.



- i) Direitos humanos (direitos das crianças, igualdade de género, direitos culturais);
- ii) Questões ambientais (recursos naturais, impactos de consumo, alterações climáticas, biodiversidade, educação para o desenvolvimento sustentável);
- iii) Questões de justiça económica e social (pobreza, saúde e bem star, migrações, padrões de discriminação e exclusão, educação para a saúde);
- iv) Questões interculturais em sentido estrito (diversidade cultural, património mundial, reconhecimento de estruturas tradicionais de gestão de conflitos).

2.6. ¹⁰⁶A educação intercultural não é pois uma questão das minorias étnicas. É uma dimensão da educação para a cidadania democrática fundamental na formação dos actuais e futuros cidadãos, porque advoga e aprofunda os princípios democráticos de justiça social. Fundamenta-se na perspectiva de construção de uma sociedade mais justa e democrática onde todos, qualquer que seja a sua origem, social, cultural e económica, possam participar e contribuir de forma significativa para uma identidade e um destino comuns. E onde a heterogeneidade seja considerada como um factor enriquecedor e não um aspecto redutor e um problema.

A dita educação intercultural não deve no entanto ser entendida como resposta para estes grupos ou minorias, mas antes como paradigma de formação. Ou seja, deve traduzir-se em formação sistemática que

106 ISABEL FERREIRA MARTINS, *Escolhas*, Fevereiro 2006, pp. 60 e ss

vise desenvolver, quer nos grupos majoritários quer nos minoritários, uma melhor compreensão das culturas nas sociedades modernas e uma maior capacidade de comunicar entre pessoas de culturas diferentes, potenciando atitudes mais adaptadas ao contexto da diversidade cultural, através da compreensão dos mecanismos sócio-políticos capazes por exemplo de produzir racismo.

A complexidade que, neste domínio, cobra o recurso a uma ideia reguladora de igualdade traduz-se, na linha de Boaventura Sousa Santos e de Anabela Leão, na passagem da “igualdade ou diferença” à “igualdade e diferença”. Costumamos dizer que somos todos iguais e todos diferentes, mas talvez valesse dizer, mais profundamente dentro deste conceito de pessoa, que devemos educar para a consciência e o valor de sermos únicos.



Democracia, Cidadania e Pluralismo: entre a normatividade e a realidade

JOÃO LOUREIRO

Resumo: Partindo de três conceitos chave – democracia, cidadania e pluralismo –, procura recensear-se o seu acolhimento na Constituição portuguesa de 1976, marcando o contraste com o texto de 1933. Numa segunda etapa, conjugando normatividade e “pressão da realidade social”, consideram-se, em registo interrogativo, também a pós-democracia, a pós-cidadania e o pós-pluralismo. Finalmente, procede-se a uma antevisão, criticando-se o feiticismo da lei e sublinhando-se o papel da ecologia social e cultural, considerando-se alguns problemas e desafios (por exemplo, o lugar do Estado no campo da socialidade; sociedade virtual e “pós-literária”; partidocracia; populismos; sustentabilidade; pós-humanismo; hiperdiversidade; pobreza e desigualdade; desemprego; liberdade de expressão e “politicamente correto”).

Palavras-chave: (pós)democracia; (pós)cidadania; (pós)pluralismo; Constituição portuguesa

1 * No quadro da divisão de trabalho no tratamento do tema, procurámos responder à seguinte pergunta: “Concretamente no nosso sistema jurídico, como se articulam os conceitos de democracia, cidadania e pluralismo no nosso texto constitucional? Que pressão sofrem da realidade social?”. Este artigo insere-se no quadro do projeto de investigação *Desafios Sociais, Incerteza e Direito* (UID/DIR/04643/2013), Grupo 6 (Crise, Sustentabilidade e Cidadanias) do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra.

Abstract: *The A. takes the key concepts of democracy, citizenship and pluralism, and examines how they made their way into the 1976 Constitution, and to what extent they shaped the latter in contrast with the 1933 Constitution. Then, he combines normativity and “social reality pressure” in order to reflect about post-democracy, post-citizenship and post-pluralism. Finally, as he looks ahead, he considers various problems and challenges (namely, the role of the State in the field of sociality; virtual and “post-literary” society; party politics; populism; sustainability, post-humanism; hyperdiversity, poverty and inequality; unemployment; free speech and “political correctness”) to criticize the law fetishism and underline the role of social and cultural ecology.*

Keywords: *(post)democracy; (post)citizenship; (post)pluralism; Portuguese constitution.*

Reunidos em Encontro de Direito de Professores de Direito Público, propõem-nos que falemos de uma trilogia – democracia, cidadania e pluralismo – num tempo em que, curiosamente, tambores rufam pela pós-democracia, pela pós-cidadania e pelo pós-pluralismo. O pós (*post*) transporta uma ideia de depois que parece, crescentemente, envolto em pós – numa poeira – que não nos permite ver com clareza linhas. Quando ainda ouvimos ecos dos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), propomo-nos percorrer brevemente algumas etapas, deixando para outro momento a aplicação a um dos muitos campos de investigação possíveis:

a) usos dos termos – democracia, cidadania e pluralismo – na Constituição de 76, começando com um breve contraste com o texto constitucional do Estado Novo;



b) num segundo momento, consideramos o *topos* “pressão da realidade social”, confrontando-nos com três entradas referidas que vão aparecendo em parte da doutrina com um desafiante pós (pós-democracia, pós-cidadania, pós-pluralismo);

c) finalmente, terminamos abrindo em registo de interrogações, aludindo a alguns desafios.

I – Democracia, cidadania e pluralismo e Constituição de 1976

Olhando para o texto de 76, importa começar por sublinhar que, sem prejuízo das continuidades que são mais do que, às vezes, se pretende admitir²,

2 Alguns exemplos de continuidade são, por exemplo, o peso da competência legislativa do governo ou a conservação da fiscalização concreta (vd., por exemplo, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 198-199). Num plano mais global, a tese da continuidade foi defendida por MANUEL DE LUCENA, *O Estado da Revolução: a Constituição de 1976*, Lisboa, 1978; criticamente, VITAL MOREIRA, *Constituição e revisão constitucional*, Lisboa, 1980, pp. 27-39, considerando que “[a] teoria da revolução explicitada não passa de uma glosa pobre de uma passagem de Tocqueville («as revoluções rompem menos com o passado do que anunciam»)” (28) e que tese “de que o desmantelamento das estruturas corporativas fascistas se deu sem prejuízo da conservação (ou da ressurreição) do corporativismo é, no mínimo, artificiosa, para não dizer falsa” (28). Sem aprofundar este *topos*, é indubitável que, em vários domínios, o quadro constitucional de Abril manifestou uma desconfiança para com a sociedade civil, abraçando um estatismo menorizante. E que fique claro: não se trata de desresponsabilizar o Estado enquanto garante de bens no campo da socialidade e qualquer nostalgia de um Estado mínimo, mas de reconhecer outro lugar a um conjunto de entidades. Esta discussão sobre os modos de realização da socialidade veio a revelar-se um domínio essencial e ocupa atualmente um lugar importante na discussão em torno do Estado social, depois de se terem tornado evidentes os pés de barro da metanarrativa emancipatória do progresso em tempos de hipercomplexificação das sociedades e de globalização. A propósito de continuidades e descontinuidades, lembre-se a afirmação de GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, p. 14: “a CRP é certamente a mais original de todas as constituições portuguesas e aquela que mais marcadamente rompe com a Constituição precedente”.

a CRP pretendeu ser um reverso da Constituição de 1933³. Assim, se a Constituição do Estado Novo foi controversamente denominada de fascista (sendo, indubitavelmente, expressão de um regime ditatorial com traços fascizantes), por contraste a CRP é apresentada como o texto constitucional que expressa, como se lê no preâmbulo, “os princípios basilares da democracia”, assegurando o “primado do Estado de Direito democrático”, ao mesmo tempo que fala da “vontade do povo português” como critério de decisão política.

Em relação à cidadania, a Constituição de 1976 trata-a em sede jusfundamental⁴, acabando por estabelecer como regra, em termos de titularidade de direitos, o princípio da universalidade na sua aceção mais generosa, ou seja, direitos de todos e não apenas dos cidadãos portugueses⁵, incluindo estrangeiros e apátridas⁶. Também na distinção entre cidadãos originários e não originários é claro o contraste entre o texto de 1933 e o atual. No primeiro estabelecia-se uma cláusula geral de restrição por via legal⁷, a que se acrescentou, na revisão de 1971, um rol de funções exclusivas dos “portugueses originários”⁸. Agora, na Constituição de 1976, não há “qualquer disposição análoga à Constituição de 1933”⁹.

3 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, p. 15, apresentam um rol de exemplos, desde a afirmação de um vasto catálogo de direitos fundamentais (“em resposta ao seu aniquilamento na vigência da Constituição de 1933”) até à eleição e ao estatuto do Presidente da República.

4 Sublinhando esta nota, JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, vol. II, t. III, Coimbra, 2014, p. 113 (no caso do t. III trata-se da 6.ª ed., de 2010); também IDEM, *Curso de direito constitucional*, 2, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 40.

5 Embora numa formulação mais tímida, já encontrava expressão no artigo 7.º/§ único da Constituição de 1933. A diferença “está nos direitos públicos que se traduzam num encargo para o Estado”, em que funcionava o tradicional princípio da reciprocidade.

6 Vd. artigo 15.º/1 CRP.

7 Artigo 7.º.

8 Lei n.º 3/71, de 16 de agosto, que deu nova redação ao artigo 7.º: no caso, vd. o § 1.º.

9 JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, vol. II, t. III, p. 134.



Já a palavra pluralismo não aparecia e encontramos a censura: apesar de consagrada a liberdade de expressão (artigo 8.º, n.º 4), no artigo 20.º lia-se:

“A opinião pública é elemento fundamental da política e administração do País, incumbindo ao Estado defendê-la de todos os fatores que a desorientem contra a verdade, a justiça, a boa administração e o bem comum”.

E a própria liberdade de expressão surgia colocada na dependência do legislador, numa completa inversão no que toca à relação entre direitos fundamentais e lei (referimo-nos ao célebre § 2.º do artigo 8.º)¹⁰.

Depois deste curto contraste entre os textos de 1933 e 1976, procedamos a uma breve cartografia constitucional da utilização dos termos-chave, em diversas variantes, tendo presente que, sendo ponto de partida possível, nem por isso esta abordagem deixa de transportar um conjunto de limitações (por exemplo, falando de democracia haveria que incluir, desde logo, um tratamento da problemática dos partidos políticos). Mais do que contagem de palavras, interessam-nos os seus usos no texto constitucional.

1.1. Democracia

Logo no Preâmbulo, associa-se democracia e Estado de Direito (“estabelecer os princípios basilares da democracia, (...) assegurar o primado do

10 “§ 2.º- Leis especiais regularão o exercício da liberdade de expressão do pensamento, de ensino, de reunião e de associação e da liberdade religiosa, devendo, quanto à primeira, impedir preventiva ou repressivamente a perversão da opinião pública na sua função de força social, e salvaguardar a integridade moral dos cidadãos, a quem ficará assegurado o direito de fazer inserir gratuitamente a retificação ou defesa na publicação periódica em que foram injuriados ou infamados, sem prejuízo de qualquer outra responsabilidade ou procedimento determinado na lei”.

Estado de Direito democrático”)¹¹, embora no artigo 2.º, na redação originária, não constasse a referência ao Estado de Direito. É certo que, no artigo 3.º/2, para além de se consagrar a primazia constitucional, afirma-se que o Estado “[se]funda na legalidade democrática”, formulação que também nos aparece em sede de polícia, no artigo 272.º, e, já antes, nos artigos 199.º/f (“Compete ao Governo, no exercício das funções administrativas, (...) Defender a legalidade democrática”) e 202.º/2, relativo à função jurisdicional (cabe aos tribunais “reprimir a violação da legalidade democrática”¹²).

O artigo 2.º na epígrafe fazia então a ligação com a famosa “transição para o socialismo”, expressão de uma metanarrativa da modernidade que encontra outras palavras-chave¹³ (emancipação) e sujeitos (as classes trabalhadoras). Se o preceito associa(va) “pluralismo de expressão e organização política democráticas”, estabelecia-se como “objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”. Esta utopia, que em muitos lados degenerou em trágica distopia, veio, após a expurgação libertadora do texto constitucional, dar lugar à fórmula democracia económica, social e cultural, a mostrar a articulação entre a organização do poder político e a sociedade, sem com isso desvalorizar as liberdades e a democracia política, então facilmente e deslegitimadoramente qualificadas de burguesas.

Sublinhe-se que na dimensão política a expressão aparece:

11 Vd. também o artigo 9.º/b): “São tarefas fundamentais do Estado: b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático”.

12 Também no artigo 219.º/1, sobre o Ministério Público, encontramos “defender a legalidade democrática”.

13 Em geral, sobre um conjunto de palavras-chave da modernidade, vd. MIGUEL BAPTISTA PEREIRA, *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*, Coimbra, 1990, 39-113.



a) a propósito dos partidos (artigo 10.º/2) – “Os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional, da unidade do Estado e da democracia política”, sendo que expressões que se movem no campo de “contraconceito” (ditadura) acabam por relevar, pois também em nome dos valores democráticos são excluídas as organizações antidemocráticas, *rectius*, as que “perfilhem a ideologia fascista”¹⁴. Além disso, a CRP consagra o direito de oposição democrática¹⁵, que constitui um limite material de revisão¹⁶, e

“o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político”¹⁷;

b) na diferenciação entre democracia representativa e democracia participativa, um dos pontos que, na génese e nos primeiros anos, gerou grandes tensões¹⁸, em virtude de forças que fracassaram no plano da representação terem querido convocar uma outra legitimidade criticando o título da primeira. Hoje a questão prende-se com a tensão

14 Artigo 46.º/4: “Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista”.

15 Artigo 114.º/2: “É reconhecido às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei”.

16 Artigo 288.º/i).

17 Artigo 51.º/1. Vd. também o n.º 5: “Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros”.

18 Refira-se o trabalho de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Participação e descentralização. Democratização e neutralidade na Constituição de 76*, Coimbra, 1982.

entre formas de democracia direta ou, pelo menos, com o desenho que tem entre nós, semidireta (o instituto do referendo¹⁹) e a democracia parlamentar.

Aliás, o artigo 9.º/ c) inclui entre as tarefas de Estado

“Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais”;

c) no plano da organização do Estado, onde, afirmando-se o seu carácter unitário, se dispõe, no artigo 6.º/1, que

“O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública”²⁰.

d) como parâmetro nas relações internacionais: pense-se no n.º 5 do artigo 7.º abrindo portas a uma sociedade internacional democrática, modelo que tem presente uma opção constitucional e expressão, por exemplo, em sede de direitos fundamentais, no n.º 8 do artigo 33.º:

19 Sobre o princípio da democracia semidireta, vd. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 294-298.

20 No artigo 225.º/2 (Regime político-administrativo dos Açores e da Madeira), dispõe-se que “A autonomia das regiões visa a participação democrática dos cidadãos”; no artigo 235.º/1, estabelece-se que “A organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais”; o artigo 267.º/1 diz que “A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática”.



“É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana”.

Ainda neste campo, no artigo 7.º/6, ao permitir-se “convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia”, exige-se o “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”, fórmula com acolhimento também no n.º 4 do artigo 8.º (precisamente sobre os limites à aplicabilidade na ordem interna do direito da União Europeia)²¹.

Este levantamento ilustrativo²² de preceitos onde se encontram o termo democracia ou variantes não esgota o rol de artigos pertinentes para a sua compreensão²³: basta pensar no artigo 108.º, com a epígrafe

21 Sobre o alcance deste preceito, vd. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 265-273; JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, vol. I, 2.ª ed., 2010, pp. 71-177.

22 Pense-se, em sede de suspensão de direitos fundamentais, no artigo 19.º/2: “O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública”; em matéria de defesa nacional, no artigo 273.º/2: “A defesa nacional tem por objetivos garantir, no respeito da ordem constitucional, das instituições democráticas e das convenções internacionais, a independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas”. Além disso, sem prejuízo da ligação entre as diferentes dimensões constitucionalmente afirmadas da democracia, no texto centrámo-nos na democracia política. Há outras referências na CRP (por exemplo, em matéria de comissão de trabalhadores: artigo 54.º/1). Muito importante no plano dos princípios é também a “subordinação do poder económico ao poder político democrático” (artigo 80.º/a), que contrasta, muitas vezes, com a realidade.

23 Esta observação é também pertinente para os dois restantes termos em análise (cidadania e pluralismo).

titularidade e exercício do poder: “[o] poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição” ou ainda na consagração do princípio da separação e interdependência de poderes²⁴. Mas o percurso realizado permite-nos elencar diferentes campos de relevância da democracia.

1.2. Cidadania

Quanto ao roteiro em torno dos termos cidadão e cidadania no texto constitucional, assinala-se que, sem prejuízo da adoção do princípio da universalidade na sua aceção mais generosa – a equiparação entre portugueses e estrangeiros e apátridas (artigos 12.º/1 e 15.º/1 CRP) –, não deixa de haver uma mais-valia resultante do *status* da cidadania: claramente em termos políticos, cruzando-se com a democracia – está em causa a formação da vontade democrática do povo. Ou ainda em relação ao dever militar²⁵, mas também, por exemplo, no que toca aos cidadãos no estrangeiro²⁶, particularmente relevante num povo que experimenta a diáspora e que tem manifestação expressa no ensino da língua e cultura portuguesas.

Contudo, a cidadania já não tem o peso de que, em tempos, se revestiu e, entre nós, por exemplo, os apátridas, que durante e depois da Segunda Guerra Mundial povoaram a Europa, têm, nos termos referidos, direitos. A memória seria aqui o “direito a ter direitos” de Hannah Arendt²⁷.

24 Artigo 111.º CRP.

25 Artigo 276.º/1 CRP.

26 Artigo 14.º CRP.

27 Na doutrina de língua portuguesa, vd. CELSO LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, 1988, esp. cap. V.



Ou seja, as reiteradas referências a cidadãos em termos quer do direito geral de igualdade²⁸ quer do rol de direitos fundamentais em especial – a lista é longa²⁹– devem ser lidas em termos inclusivos, abrindo-se às pessoas humanas, mesmo que não gozem desse *status*. A Constituição dispõe, no artigo 4.º, que

“São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional”.

No artigo 26.º/1, reconhece-se o direito à cidadania e no n.º 4 dispõe-se que “[a] privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”; a “aquisição, perda e reaquisição da cidadania portuguesa” integra-se no domínio da reserva absoluta (artigo 164.º/f).

Cruzando cidadania e democracia, em termos de formação de vontade política, em sede de procedimentos eleitorais, por exemplo, encontramos um conjunto de normas constitucionais relevantes em diferentes domínios.

1.3. Pluralismo

Finalmente, quanto ao pluralismo, se olharmos para o texto da atual Constituição Portuguesa, o artigo 2.º associa, como referimos, o “pluralismo de expressão e organização política democráticas”. E este ponto é

28 Artigo 13.º/1 CRP.

29 Por exemplo, artigos 35.º/1, 44.º/1, 45.º, 46.º/1, 47.º/2, 48.º, 49.º/1, 50.º/1.

tão importante que, como vimos, é expressamente incluído nos limites de revisão constitucional (artigo 288.º/i)³⁰, articulado com o direito de oposição democrática. Esta fórmula já constava da versão inicial da CRP. Naturalmente, o campo é mais vasto: pense-se no pluralismo social, resultante da multiplicidade de grupos, numa Constituição que é o estatuto jurídico do Estado e da sociedade. Grupos ou “formações sociais” (na conhecida formulação constitucional italiana) que podem ser condição de realização da pessoa, mas, ao mesmo tempo, ameaça, com implicações, por exemplo, em sede de direitos, liberdades e garantias. Entre nós, a relevância político-constitucional de um Estado de grupos teve em *Direito público e sociedade técnica* uma finíssima análise³¹, considerando mesmo tratar-se de uma questão fundamental da teoria constitucional³².

Registe-se o pluralismo de ideias e mundividências³³, religioso ou não, e as diferentes formas de pluralismo organizacional em termos institucionais (a título ilustrativo, pense-se, por exemplo, no ensino ou, no campo da segurança social, nas instituições de solidariedade social).

30 Na versão originária, o artigo 290.º/i): “[o] pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática”.

31 ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito público e sociedade técnica*, 2.ª ed., Coimbra, 2008.

32 ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito público e sociedade técnica*, p. 110: “[o] problema que se põe hoje a uma teoria constitucional é o de aceitar a existência de grupos e reconhecer que eles desempenham funções indispensáveis”.

33 Na sua dissertação de doutoramento, uma leitura fundamental na análise da Constituição de 1976, Jorge Miranda fala de um pluralismo “simultaneamente ideológico e organizatório”, de um “pluralismo de ideias e pluralismo de associações, partidos e outras organizações” (*A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, p. 383).



II – Normatividade e a “pressão da realidade social”

Em termos de interpelações e sem prejuízo de, eventualmente, ainda retomarmos alguns aspetos, impõe-se uma referência ao que na pergunta surge formulado como “pressão da realidade social”. Vejamos agora, brevemente, alguns tópicos sobre os desafios que a realidade social coloca aos textos em relação a estes três termos.

1. (Pós?)democracia

Quanto ao campo da democracia política, respeitando a divisão de trabalho proposta, não desenvolverei o tópico, deixando apenas algumas brevíssimas ilustrações, e muito menos ensaiarei um percurso histórico (normalmente, iniciado na Grécia)³⁴ ou um ensaio comparatístico identificando eventuais contributos não europeus (*v.g.*, pense-se no esforço de Amartya Sen para descortinar “raízes globais da democracia”³⁵). No plano interno, as mutações demográficas que esvaziaram o interior, agravadas pela redução do número de deputados (dos 250 para os 230), levaram a que tenhamos hoje legislação eleitoral inconstitucional, por violação do princípio da igualdade de sufrágio na sua dimensão de igual

34 Sobre o ponto, conjugando raízes e teorias, *vd.*, desde logo, a síntese de JOAQUÍN ABELLÁN, *Conceptos políticos fundamentales*, Madrid, 2011.

35 AMARTYA SEN, *La democrazia degli altri: perche la libertà non è un’invenzione dell’Occidente*, Milano, 2004, que partindo com uma visão ampla da democracia (sublinhando a dimensão de discussão pública e evitando a sua redução apenas ao momento eleitoral: p. 10), considera que “[i]l sostegno alla causa del pluralismo, della diversità e della libertà fondamentali è presente nella storia di molte società. Le antiche tradizioni di incoraggiamento e protezione della discussione pubblica su temi politici, sociali e culturali in – per esempio – India, Cina, Giappone, Corea, Iran, Turchia, nel mondo arabo e in molte regioni dell’Africa esigono un più concreto riconoscimento nella storia delle idee democratiche”(pp. 11-12).

valor quanto ao resultado³⁶. O exemplo paradigmático é o círculo eleitoral de Portalegre, mas não se fica por aqui³⁷. Temos aqui uma primeira “erosão de pressupostos”³⁸ do modelo. Por outro lado, o processo de globalização, muitas vezes sublinhando mais a dimensão económica (globalismo)³⁹, suscita a discussão da democracia no plano supranacional (com a integração no que é hoje a União Europeia) e internacional ou cosmopolita (na sociedade mundial), com expressão em termos de internormatividade (em parte interconstitucional, para quem concorda que foi cortado o cordão umbilical entre constituição e Estado). Depois da euforia da queda do Muro, os últimos anos revelaram quão apressados foram diagnósticos como o do “fim da história”⁴⁰. A derrocada das Torres Gémeas revelou-se metáfora de um mundo onde de novo se falou de “choque de civilizações”⁴¹, agora também transportado para o inte-

36 Sobre as duas dimensões do princípio da igualdade de sufrágio, vd., na esteira da doutrina alemã, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 305.

37 A ideia de representatividade foi traída: pense-se numa série de círculos com menos de cinco lugares em disputa (paradigmáticamente, Portalegre, com dois mandatos), que contrastam com os 47 em Lisboa. A Constituição exige proporcionalidade entre eleitores e eleitos e a solução adotada tem sido a de, mantendo o mapa eleitoral, ir mudando o número de lugares em disputa sem redesenhar os círculos eleitorais (*redistricting* ou *boundary delimitation*, na doutrina anglo-saxónica), mais própria dos círculos uninominais. Mas, neste processo, a mudança da realidade demográfica levou a um encolhimento da representação. Não está em causa o igual peso numérico, mas o igual valor quanto ao resultado (*Erfolgswertgleichheit*), havendo zona de diferenciação tendo em vista a governabilidade. No caso português, entendeu-se não adotar o mecanismo por excelência para este último fim: a imposição de cláusulas-barreira, constitucionalmente vedadas (artigo 152.º/1 CRP).

38 CHRISTOPH ENGEL (red.), *Erosion der Voraussetzungen in Erlangen vom 1. bis 4. Oktober 2008*, Berlin, 2009.

39 ULRICH BECK, *Qué es globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona/ Buenos Aires/ México, 1998.

40 FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992.

41 Para nos socorrermos do título da obra de Samuel Huntington, *O choque das civilizações e a mudança na ordem mundial*, Lisboa, 1999.



rior das sociedades ocidentais, elas próprias marcadas por “choque(s) de absolutos”⁴² e de “ortodoxias”⁴³. Em relação à democracia, ouvimos falar de “mal-estar da democracia”, que Carlo Galli⁴⁴, Professor da Universidade de Bolonha, articula com a cidadania. Com efeito, fala de uma passividade dos cidadãos, de uma “indiferença quotidiana para com a democracia”⁴⁵, mal-estar que associa, no campo das referências, ao *Unbehagen* freudiano⁴⁶ e a “doenças da modernidade” (v.g., individualismo e razão instrumental)⁴⁷. Mais: a palavra é a *pós-democracia* que não se confunde, contudo, com o pós-democracia (o regresso à ditadura). Jacques Rancière⁴⁸ utilizou a expressão para se referir à exclusão do antagonismo político em favor do consenso⁴⁹, apontando também para a “apropriação da coisa pública por uma sólida aliança da oligarquia estatal com a oligarquia económica”⁵⁰.

Na obra de Colin Crouch⁵¹, pós-democracia é termo convocado para dar conta de mudanças nos sistemas democráticos, capturados por poderosos grupos de interesses económicos. Não há um retorno a modelos

42 LAURENCE H. TRIBE, *Abortion: the clash of absolutes*, New York/London, 1992.

43 ROBERT P. GEORGE, *Choque de ortodoxias: direito, religião e moral em crise*, Coimbra, 2008.

44 CARLO GALLI, *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011.

45 CARLO GALLI, *Il disagio della democrazia*, p. 3.

46 SIGMUND FREUD, *A civilização e os seus descontentamentos*, Mem Martins, 2005.

47 CHARLES TAYLOR, *The ethics of authenticity*, Cambridge (Mass.)/ London, 1991, esp. o cap. I.

48 JACQUES RANCIERE, *La mésentente: politique et philosophie*, Paris, 1995, p. 101.

49 Não por acaso o capítulo onde analisa a questão intitula-se “democracia ou consenso”.

50 JACQUES RANCIERE, *O ódio à democracia*, Lisboa, 2006, p. 127.

51 COLIN CROUCH, *Post-democracy*, Cambridge, 2004; v. também *Coping with Post-Democracy*, 2009 (disponível em http://www.kreisky-forum.org/pdfs/2009/2009_03_05.pdf).

pré-democráticos e continuam em vigor regras fundamentais, nomeadamente formais, organizacionais e procedimentais, mas, especialmente no quadro de globalização do capitalismo, a opacidade cresce, não se verifica a necessária prestação de contas (*accountability*) e a responsividade dos titulares de cargos políticos. A “empresa global”⁵² é motor de um processo que tem contribuído para a erosão da democracia, para a sua “entropia”⁵³, assistindo-se a fenómenos de “comercialização da cidadania”.

Como temos reiterado⁵⁴, pós-democracia não é sinónimo de fim da democracia ou seja, a pós-democracia não é o pós-democracia⁵⁵. Com efeito, no diagnóstico de Crouch, as instituições fundamentais da democracia – a começar pelas eleições – mantêm-se; contudo, assiste-se a um processo de deslegitimação, em virtude, desde logo, de uma redução dos atores da decisão e do crescimento da *arcana praxis*, à revelia da publicidade fáctica e normativa⁵⁶ que são nota constitutiva do projeto iluminista. Repare-se que estes problemas não são assim tão novos e diríamos que, em maior ou menor medida, são recorrentes. O *novum* estaria agora nas (im)possibilidades resultantes da globalização, com o avanço de um conjunto de atores extremamente poderosos, capazes de influenciar decisivamente as políticas dos Estados e de a elas se furtarem, por via da deslocalização ou mesmo da simples ameaça de encerramento dos seus estabelecimentos.

52 COLIN CROUCH, *Post-democracy*, p. 31.

53 COLIN CROUCH, *Post-democracy*, p. 104.

54 Socorro-mo-nos aqui, com pequenas diferenças de um texto publicado em “Leões, melhoramento(s) e Constituição”, in: *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, I, Coimbra, 2012, pp. 545-573.

55 Também ALAIN DE BENOIST [The current crisis of democracy, *Telos* (2011/156), pp. 7-23, p. 7] regista que não se pretende afirmar “that democracy has reached a conclusion but suggest that it has itself taken on post-democratic forms that need to be defined”.

56 ROGÉRIO SOARES, *Direito público e sociedade técnica*, cit., p. 55-57.



2. (Pós?)cidadania

Em termos de cidadania, temos assistido à sua pluralização: não apenas os “múltiplos da cidadania”⁵⁷ (pense-se nas metacidadanias europeia e lusófona, com expressa presença na CRP⁵⁸), mas cidadanias múltiplas, quer em termos pessoais (expansão da dupla cidadania) quer de campos (em que a cidadania política vê afirmar uma pluralização de cidadanias: social, económica, intercultural, civil⁵⁹), embora esta última ideia já tivesse, em maior ou menor grau, expressão constitucional.

A cidadania (da União) europeia trouxe consigo um reforço de direitos numa Europa que relativizou, no espaço interno, as fronteiras, numa adição de posições jurídicas (“Os novos direitos [também] dos portugueses”⁶⁰, para utilizar sugestivo título de Francisco Lucas Pires). Já no plano da cidadania lusófona o caminho tem-se revelado lento e complicado, apesar das proclamações solenes.

Num país como Portugal, tradicionalmente mais cais de partida do que de chegada, os fluxos imigratórios, tendo aumentado significativamente e diversificado a paisagem, são significativamente baixos se comparados com outros países europeus (v.g., Alemanha, França e Reino Unido).

Parte significativa das zonas de fricção surge no campo da cidadania social, nomeadamente na sequência, primeiro da crise de 2007/2008 e

57 FRANCISCO LUCAS PIRES, “Múltiplos da cidadania: o caso da cidadania europeia”, in: *Ab uno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1267-1280.

58 Vd. o artigo 15.º.

59 Vd., por exemplo, ADELA CORTINA, *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, 1997.

60 Sobre o carácter aditivo, vd. as considerações tecidas em FRANCISCO LUCAS PIRES, *Os novos direitos dos portugueses: explicação e sùmula dos nossos direitos de cidadania europeia*, Lisboa, 1994, p. 31.

depois da específica configuração nacional em que défice e dívida levaram à intervenção da Troika.

Tendo-se verificado um conjunto de aquisições da cidadania, não apenas no plano político, mas também no social, na doutrina fala-se hoje de pós-cidadania, num tempo de centralidade das microcausas e de movimentos sociais, em sociedades pós-industriais. A referência obrigatória é aqui James Jasper⁶¹ que identifica um conjunto de lutas em que já não estão em causa as reclamações clássicas dos movimentos de cidadania. Com efeito, os participantes neste tipo de movimentos viram-lhe ser reconhecidos os direitos de cidadania, abraçando agora outras causas (por exemplo, ambiental) e agindo, não raro, numa lógica altruística, em nome dos chamados (impropriamente) “direitos das gerações futuras”⁶² ou mesmo dos “direitos” de outras espécies (“direitos dos animais”⁶³, formulação que também consideramos inadequada), embora reconheça que as fronteiras entre movimentos de cidadania e pós-cidadania nem sempre são claras⁶⁴.

No caso de Portugal, uma sociedade marcada por pobreza(s) significativa(s), as lutas mais clássicas de cidadania continuam a desempenhar um papel central. Aliás, sem prejuízo das diferenças, também não escapam a estes combates pela cidadania sociedades mais avançadas, quando nos deparamos, apesar dos discursos, com processos de “aporofobia”⁶⁵ e situações de pobreza e exclusão social.

61 JAMES M. JASPER, *Protest: a cultural introduction to social movements*, Cambridge, 2014.

62 Na verdade, estamos perante deveres não correlativos de direitos.

63 JAMES M. JASPER, *Protest*, 74.

64 JAMES M. JASPER, *Protest*, 74.

65 ADELA CORTINA, *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*, Barcelona/ Buenos Aires/ México, 2017.



3. (Pós?)pluralismo

Quanto ao (pós-)pluralismo, num estudo sem as baias temporais e espaciais deste, haveria que aprofundar primeiro diferentes usos do pluralismo, desde o pluralismo político e social (recordem-se as análises politológicas em termos de Estado de grupos) ao pluralismo mundivisional, em época marcada pela diversidade, passando pelo pluralismo espacial⁶⁶.

Em matéria de pluralismo político-partidário, esta é uma nota claramente diferenciadora do atual Estado Constitucional quanto confrontado com o chamado Estado Novo, assumidamente antipartidos, sendo esta uma linha de força que atravessa o tempo do regime anterior. Mesmo depois do final da II Guerra Mundial, fracassaram todas as tentativas de abrir caminho a um sistema multipartidário na linha do que se passava na Europa Ocidental. Ainda foi pensada, por exemplo, a constituição de um partido político democrata-cristão (pense-se no projeto da União dos Democratas Cristãos, de António Sousa Gomes⁶⁷) e a sua admissibilidade foi, aliás, uma das perguntas constantes do *Pro-memória* (Carta a Salazar) de D. António Ferreira Gomes⁶⁸. Já o Estado acolhido na Constituição de 1976 toma a sério os partidos enquanto atores fundamentais na democracia.

66 Ou, com maior rigor, do “pluralismo (...) perspetivado numa ótica estritamente espacial”: cf. PAULO RANGEL, Uma teoria da “interconstitucionalidade”: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires, in: Idem, *O estado do Estado: ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2009, pp. 143-178, p. 177 [inicialmente publicado em *Thémis* (2000/2), p. 127-151].

67 MANUEL BRAGA DA CRUZ, Um projecto de Partido Católico em 1945: a União dos Democratas Cristãos, in: Idem, *Raízes do presente: estudos de história contemporânea*, Lisboa, 2013, pp. 167-183.

68 Disponível em <http://www.fspes.pt/PaginadaNet/CartaSalazar.pdf>. “Tem o Estado qualquer objeção a que os católicos, se assim o entenderem e quando o entenderem, iniciem um mínimo de organização e ação políticas, a fim de estarem aptos, nas próximas eleições legislativas ou quando o julgarem oportuno, a concorrer ao sufrágio, com programa definido e com os candidatos que preferirem?” (p. 16).

Em relação ao pluralismo mundividencial, assistimos nas últimas décadas a mudanças significativas, sendo a fragmentaridade e a complexidade marcas crescentemente relevantes. A Constituição de 76 reconheceu, desde logo, o pluralismo religioso, mas revelando também temores no campo da articulação entre política e religião, ao proibir, no artigo 51.º/3, que os partidos políticos utilizem “denominação que contenha expressões diretamente relacionadas com quaisquer religiões ou igrejas”. Mas o pluralismo religioso não esgota o pluralismo mundividencial, o espaço plural de concepções de bem.

Quanto ao pós-pluralismo, a expressão tem sido utilizada quer na esfera política quer no campo teológico⁶⁹. No pensamento constitucional português, a discussão com as teorias pluralistas, nomeadamente anglo-saxónicas (com um particular peso norte-americano), tem raízes fundadas. Permitam-nos relembrar o especial contributo de Rogério Soares, no seu magistral *Direito público e sociedade técnica*, que não ficou prisioneiro de uma “castidade metódica”⁷⁰ e não esqueceu as “«botas sujas» da realidade”⁷¹. A questão do papel de interesses e grupos e da sua articulação com o interesse público (o bem comum, na formulação tradicional, ou o bem público⁷²) não perdeu atualidade, no sempre complexo jogo de interesses, valores e normas.

69 Trata-se de uma crítica às posições do pluralismo religioso, um “depois” do pluralismo, que, neste contexto, não nos importa aprofundar.

70 Colhemos a expressão em José Carlos Vieira de Andrade, Grupos de interesse, pluralismo e unidade política, *Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento XX)*, 1973, pp. 1-138, p. 3.

71 José Carlos Vieira de Andrade, Grupos de interesse, pluralismo e unidade política, 8.

72 Apontando para uma preferência por esta expressão, José Carlos Vieira de Andrade, Grupos de interesse, pluralismo e unidade política, p. 131.



Andrew McFarland⁷³ recorda o contexto: nos anos 50, Wright Mills publicou *The power elite*⁷⁴, sublinhado que a decisão política nos Estados Unidos estava concentrada numa pequena elite, “que compreende a coincidência, por vezes difícil, do poder económico, militar e político”⁷⁵. Robert Dahl⁷⁶ questionou essa leitura, criticando, também a falta de estudos empíricos e considerando que se deveria antes falar de uma poliarquia, havendo uma pluralidade de elites que repartiam o poder. Contudo, como recorda Vieira de Andrade⁷⁷, “(...) a igualdade formal é enganadora e basicamente falsa. Até porque (...) a influência nas decisões políticas depende sobretudo da força de que dispõem os grupos que a veiculam”.

O pluralismo de elites múltiplas aponta para uma leitura em termos de uma partilha desigual, havendo minielites (“ilhas de oligarquia”)⁷⁸ que controlam áreas específicas de políticas (energia nuclear ou setor bancário, por exemplo⁷⁹). No entanto, o retrato seria mais complexo, como revelam esferas como a política ambiental, com dimensões conflituais

73 ANDREW MCFARLAND, Social movements and theories of American politics, in: ANNE N. COSTAIN/ ANDREW MCFARLAND (ed.), *Social movements and American political institutions*, Lanham/ Boulder/ New York/ Oxford, 1998, pp. 7-19, p. 7.

74 WRIGHT MILLS, *A elite do poder*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1981.

75 WRIGHT MILLS, *A elite do poder*, p. 329.

76 Cf. ANDREW MCFARLAND, Social movements and theories of American politics, p. 7-8; entre nós, uma introdução à teoria poliárquica de Robert Dahl, bem como a outras teorias da democracia (de Tocqueville a Sartori, passando por Schumpeter, Lipset e Downs), pode ver-se em MANUEL BRAGA DA CRUZ, *Política comparada*, Braga, 2015, pp. 133-144.

77 JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Grupos de interesse, pluralismo e unidade política, p. 98.

78 ANDREW MCFARLAND, Neopluralism, *Annual Review of Political Science* (2007), pp. 45-66, p. 53.

79 ANDREW MCFARLAND, Social movements and theories of American politics, p. 9.

relevantes, envolvendo, por exemplo, movimentos sociais funcionando em termos de “contrapoder” (*countervailing power*)⁸⁰. Uma marca essencial do pós-pluralismo é a rejeição da teoria das elites; o pluralismo é acusado de não tomar a sério o quadro institucional e descurar a diferença de peso entre os grupos de interesse. Mais: há setores e grupos não ou só marginalmente representados⁸¹; além disso, importa olhar para o chamado “subgoverno”, que nos remete para um processo em que as entidades reguladoras (as tradicionais *agencias* no caso norte-americano) desempenham papéis essenciais na obtenção e gestão do consenso⁸², retirando do palco central na discussão pública um conjunto de questões e de espaços marcados pela ação de grupos de interesse⁸³.

Aliás, Jan-Werner Müller⁸⁴ caracterizou a pós-democracia como pós-pluralismo, o fim do equilíbrio de modelos de poder em termos de uma divisão social dos poderes. Esta leitura antipluralista (tomada a expressão no sentido de uma certa compreensão da política e do papel dos grupos de interesse) continua a ter influência, mas importaria assinalar que as teorias neopluralistas desempenham um papel importante, sublinhando a diversificação de grupos de interesse em áreas onde antes o número de atores relevantes era menor⁸⁵. Mais recentemente, fala-se de novos

80 ANDREW MCFARLAND, *Social movements and theories of American politics*, 10-11.

81 Vd. a síntese de A. PAUL PROSS, *Group politics and public policy*, Toronto, 1992, pp. 230-243.

82 A. PAUL PROSS, *Group politics and public policy*, p. 233.

83 A. PAUL PROSS, *Group politics and public policy*, pp. 234-235.

84 JAN-WERNER MÜLLER, *Postdemokratie?: Karriere und Gehalt eines problematischen Schlagwortes*, *Neue Zürcher Zeitung*, 10.11.2012

85 ANDREW MCFARLAND, *Interest group theory*, in: L. Sandy Maisel/ Jeffrey M. Berry (ed.), *The Oxford handbook of American political parties and interest groups*, New York, 2010, p. 50.



pluralismos próprios da nossa contemporaneidade (“pluralismos pós-modernos”), marcada pela globalização⁸⁶. Entre as suas notas caracterizadoras⁸⁷, contam-se: 1) a importância das identidades culturais e mundivivências; 2) o caráter multicultural das sociedades ou, na designação que privilegiamos, a sua pluriformidade⁸⁸, com as chamadas “políticas do reconhecimento” de minorias; 3) a relevância de formas de auto-organização e de protesto face aos tradicionais canais de representativo⁸⁹.

Estes fatores reais de poder não devem ser ignorados, tenho inequivoca repercussão político-constitucional e suscitando questões como o financiamento de campanhas e dos partidos, nomeadamente dos seus limites, sendo os retratos nacionais muito diversificados. Mais: há aqui um enlace claro com a questão da democracia.

Assinale-se a existência de leituras constitucionais que, em nome do politicamente correto, acabam por apontar para cenários de redução do pluralismo.

86 OLIVER W. LEMBCKE/ FLORIAN WEBER, Die politische Theorie des postmodernen Pluralismus, in: André Brodocz/ Gary S. Schaal (Hrsg.), *Politische Theorien der Gegenwart III: eine Einführung*, Opladen/ Berlin/ Toronto, 2016, pp. 99-130, p. 101.

87 Seguimos de perto a síntese de OLIVER W. LEMBCKE/ FLORIAN WEBER, *Die politische Theorie des postmodernen Pluralismus*, p. 102.

88 Sobre as raízes neerlandesas e para outras indicações, remetemos para João Carlos Loureiro, «É bom morar no azul»: a constituição mundial revisitada, *Boletim da Faculdade de Direito* 82 (2006), pp. 181-212, p. 193.

89 Debajo do guarda-chuva teórico do chamado “pluralismo pós-moderno” encontra-se uma paleta de posições teóricas diversificadas, que não podemos aprofundar aqui: vd. OLIVER W. LEMBCKE/ FLORIAN WEBER, *Die politische Theorie des postmodernen Pluralismus*, p. 102-110.

III – Concluindo em registo de interrogante antevisão

Desta brevíssima incursão pela articulação entre democracia, cidadania e pluralismo resulta que a maioria dos problemas não resulta do texto constitucional, antes se prende com a ecologia social e cultural, a “ecologia do humano”⁹⁰. Em tempos em que a preocupação pelo ambiente ocupa lugar significativo, importa não esquecer a importância do *oikos* humano, social e cultural, a lição do significado do carácter e da virtude para a democracia, como resulta da tradição *respublicana*⁹¹. Os que põem toda a sua esperança num feiticismo da lei esquecem a relevância da base antropológica e cultural. Peter Häberle recorda que Cícero, jurista que marca a Antiguidade, foi também “o criador do conceito de cultura”⁹².

É verdade que aos juristas cabe contribuir para um adequado desenho institucional e para o recorte de mecanismos de garantia, concorrendo para evitar perigos da *hybris* (do excesso)⁹³ e da idolatria⁹⁴. Contudo,

90 A ideia de “ecologia do humano” tem encontrado significativa expressão na doutrina social católica, nomeadamente no Magistério dos Papas João Paulo II, Bento XVI e agora Francisco. Sobre a questão, vd. JOÃO CARLOS LOUREIRO, Tripórtico da esperança e do direito – I, *Revista Portuguesa de Bioética* (2014), pp. 73-129.

91 Sobre a articulação entre *res publica* e virtude, vd., para uma síntese, FERNANDO CATROGA, *Ensaio respublicano*, Lisboa, 2011, pp. 42-46.

92 PETER HÄBERLE, A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexu inter-no, in: INGO WOLFGANG SARLET (org.), *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*, Porto Alegre, 2007, pp. 11-28, p.15.

93 Sobre a projecção constitucional da *hybris*, um elemento fundamental no pensamento helénico, vd. JOÃO CARLOS LOUREIRO, *O direito constitucional do nosso (des)encantamento: moira(s), memória(s), ficção (ões) e prospetiva(s)*, Conferências do Centenário do Boletim da Faculdade de Direito, a publicar.

94 Em relação à questão da idolatria, um contributo essencial do legado judaico-cristão, vd., com outras indicações, JOÃO CARLOS LOUREIRO, A tentação de Midas: panconstitucionalismo(s), idolatria(s) e realização do direito, in: FERNANDO JOSÉ BRONZE et al.,



os problemas de deslegitimação do sistema obrigam-nos a repensar a formulação de Lincoln: governo do povo (em termos de título de legitimação), pelo povo (no que toca ao exercício) e para o povo (no que respeita à legitimação pelo resultado), a apontar para uma ideia que, na leitura tradicional, se reconduziria ao bem comum, entendido em termos plurais e procedimentalmente abertos. No primeiro caso – quanto à fonte de legitimação – a soberania do povo triunfou no plano constitucional (sem prejuízo de constituições nominais e semânticas⁹⁵). Mas já quanto ao exercício pelo povo, normalmente por via representativa, a normatividade constitucional confronta-se com um discurso que podemos ilustrar socorrendo-nos das linhas inaugurais de *Le bon gouvernement*, de Pierre Rosanvallon: “Nos régimes peuvent être dits démocratiques, mais nous ne sommes pas gouvernés démocratiquement”⁹⁶.

Em termos de política constitucional e de balanço do caminho percorrido, podemos perguntar-nos se muito do nosso percurso e das nossas insuficiências não resultam de um excessivo peso do Estado em termos de produção – que não de mera garantia – das prestações, coexistindo hiperindividualização e estatização das prestações. A mudança avassaladora da circunstância afeta o modo como nos organizamos, como pensamos pluralismo, democracia e cidadania. Uma sociedade virtual afirma-se crescentemente como “pós-literária”⁹⁷, apesar de termos o maior número de leitores da história. O primado da imagem, a sua saturação, o

Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito, Coimbra, 2016, pp. 87-117

95 Sobre estas, no quadro de uma tipologia “ontológica” das constituições, KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, 2.ª ed., Barcelona/ Caracas/ México, 1979 (reimp.), pp. 218-222.

96 PIERRE ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, 2016, p. 9. Utilizamos a frase sem acompanharmos todo o quadro leitura proposto na obra.

97 FERNANDO ILHARCO, *Pós-sociedade: a sociedade pós-literária, pós-nacional, pós-democrática e pós-ocidental*, Lisboa, 2014.

envolvimento superficial e saltitante de informação em informação que atinge também as próprias elites, o desconhecimento da “gramática civilizacional” (os clássicos, por exemplo), o viver à superfície, traduzem-se num empobrecimento da vida democrática que pressupõe um sentido do comum que se tem vindo a desfazer no crepúsculo de uma sociedade já qualificada como pós-ocidental⁹⁸. Acresce que o *topos* da partidocracia é um elemento recorrente, ilustrado, por exemplo, num clássico de Hilaire Belloc e Cecil Chesterton⁹⁹ centrado na análise do parlamentarismo britânico, onde encontramos expressões que nos são familiares na esfera pública, como casta, ou notas sobre a venda de poder legislativo.

Na frente da democracia, assistimos também à afirmação de populismos, da tentação de respostas simplificadoras, numa retórica a preto e branco, mas também, como referimos, à impotência espelhada em tempos de pós-democracia. A esperança na sequência da queda do Muro da vergonha deu lugar a um crescente pessimismo e ceticismo: fala-se agora de “grande retrocesso”¹⁰⁰, de “sociedade descendente” e de “modernidade regressiva”¹⁰¹. Uma palavra-chave do discurso em diferentes campos (incluindo o constitucional) é a sustentabilidade¹⁰², guarda-chuva teórico que traz associada uma adjetivação múltipla: política, económica, financeira, social, demográfica e, claro, ambiental.

98 FERNANDO ILHARCO, *Pós-sociedade*.

99 HILAIRE BELLOC/ CECIL E. CHESTERTON, *Partidocracia*, Soveria Manelli, 2014.

100 HEINRICH GEISELBERGER (ed.), *O grande retrocesso: um debate internacional sobre as grandes questões do nosso tempo*, Lisboa, 2017.

101 OLIVER NACHTWEY, *Die Abstiegsgesellschaft: Über das Aufbegehren in der regressiven Moderne*, Berlin, 2016.

102 Vd. FELIX EKARDT, *Theorie der Nachhaltigkeit*, 2.ª ed., Baden-Baden, 2016.



Num tempo em que o pós-humanismo nas suas diferentes versões (desde a animal à cibernética¹⁰³) ganha crescente concretização, não sabemos que sociedade(s) teremos. Que sobrar da democracia constitucional se, face ao terror, vivermos em contínuo estado de exceção? Ou se cedermos à tentação de uma democracia eletrónica permanente, que a converta num “plebiscito de todos os dias”, à velocidade dos cliques da decisão? Que acontecerá à democracia económica se se confirmarem os cenários temidos de um desemprego estrutural alargado, quando o constitucionalismo do pós-guerra se revia, como o faz expressamente o texto italiano no artigo pórtico, em “uma república fundada no trabalho”¹⁰⁴? Que se passará com a ideia de democracia social quando, numa série de sociedades, a desigualdade entre ricos e pobres se agrava e o Estado social treme, num contexto onde aumentam exponencialmente as possibilidades, nomeadamente as trazidas pela técnica, mas cresce também o peso da despesa no campo da socialidade? E como ficaremos em matéria de democracia cultural quando, apesar de um acesso alargado ao ensino, se torna manifesta a diferença em termos de educação? Como fica o pluralismo em sociedades que, estruturando o seu discurso na diversidade, acabam por perseguir, sob a batuta do politicamente correto¹⁰⁵

103 Vd., com outras indicações, João Carlos Loureiro, *Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*, in: MANUEL DA COSTA ANDRADE/ MARIA JOÃO ANTUNES/ SUSANA AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, 2010, pp. 479-513; também publicado, com pequenas variantes, in: JOSÉ DE FARIA COSTA /INÊS GODINHO (Org.), *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal: uma perspectiva integrada*, Coimbra, 2010, pp. 195-230.

104 Sobre este ponto, vd. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro: la solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013.

105 Vd., por exemplo, CAMILLA PAGLIA, conhecida feminista norte-americana, na introdução a *Free women, free men: sex, gender and feminism*, New York, 2017, p. ix: “In the United States, the universities as well as the mainstream media are currently patrolled by well-meaning but ruthless thought police, as dogmatic in their views as agents of the Spanish Inquisition. We are plunged once again into an ethical chaos where intolerance masquerades as tolerance and where individual liberty is crushed by the tyranny of the group”.

e com uma sanha criminalizadora, os dissidentes que não fazem uso da violência nem insultam o outro, contribuindo para uma radicalização e uma destruição da vida em comum? Em tempos de hiperdiversidade, não teremos de procurar soluções de acomodação, tomando a sério a liberdade de consciência e também a liberdade de expressão? Como ficará a cidadania se deixarmos o discurso no espaço público reduzir-se a um afrontamento entre nacionalistas reacionários, que, em registo de “retrotopia”¹⁰⁶, sonham com a velha soberania, e os cidadãos sem memória histórica da pertença, mesmo quando são estudantes universitários, preferindo viver enredados em tribos virtuais? Qual será o lugar da(s) democracia(s) na União Europeia¹⁰⁷, em tempos marcados pelo Brexit?

Democracia, pluralismo, cidadania: da forma como os entrelaçarmos, compreendermos e vivermos dependerá, seguramente, a qualidade do nosso Estado Constitucional, num quadro de internormatividade e de formas de organização política, internacionais e supranacionais, que nos livre da solidão ensimesmada, mas também da dissolução amorfa, no limite num Estado mundial.

Triunfará o Pentecostes constitucional, conjugando a simbólica universalidade de filhos de Adão e Eva (humanidade) e a diversidade fecunda dos percursos nacionais, regionais e locais?

106 ZYGMUNT BAUMAN, *Retrotopia*, Cambridge, 2017, p. 5: “Retrotopias are currently emerging: visions located in the lost/ stolen/ abandoned but undead past, instead of being tied to the not-yet-unborn and so inexistent future”.

107 Veja-se, com outras indicações, DANIEL INNERARITY, *La democracia en Europa*, Barcelona, 2017.



Democracia e Constituição¹

JORGE MIRANDA²

Resumo: Analisa-se a ideia de Democracia com base nos seus valores e princípios fundamentais estruturantes.

Palavras-chave: Democracia; Constituição portuguesa; Soberania do povo; Estado de Direito; Princípio representativo; Partidos políticos; Princípio da responsabilidade política; Princípio da separação de poderes; Princípio da maioria; Justiça constitucional; Conceções e os valores da democracia.

Abstract: *The idea of Democracy is analyzed based on its fundamental values and structuring principles.*

Keywords: *Democracy; Portuguese Constitution; Popular sovereignty; Rule of law; Representative principle; Political Parties; Political responsibility; Principle of separation of powers; Majority principle; Constitutional justice.; Conceptions and values of democracy.*

¹ Conferência de encerramento das X Jornadas dos Professores de Direito Público proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O texto é, no essencial, extraído do VII volume do *Manual de Direito Constitucional* (Coimbra, 2007), onde constam as referências bibliográficas.

² Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa.

Sumário: 1. Democracia e soberania do povo. 2. Democracia e Estado de Direito. 3. O princípio representativo. 4. O princípio representativo e os partidos políticos. 5. O princípio da responsabilidade política. 6. O princípio da separação de poderes. 7. O princípio da maioria. 8. Democracia e justiça constitucional. 9. As concepções e os valores da democracia.

1. Democracia e soberania do povo

1.1. Por democracia entende-se a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer dos membros da comunidade política) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos.

Não é simples titularidade do poder no povo ou reconhecimento ao povo da origem ou da base da soberania. Não basta declarar que o poder em abstrato pertence ao povo, ou que já lhe pertenceu num momento pretérito e que ele o exerceu de uma vez para sempre – donde uma legitimidade de tipo democrático. Nem que o poder constituinte, a aprovação da Constituição positiva, compete ao povo, ficando os poderes constituídos para os governantes.

Democracia exige exercício do poder pelo povo, pelos cidadãos, em conjunto com os governantes; e esse exercício deve ser atual, e não potencial, deve traduzir a capacidade dos cidadãos de formarem uma vontade política autónoma. Mais: democracia significa que a vontade do povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de ação dos governantes.



1.2. Numa análise puramente normativa, sem dúvida o poder, a soberania não pode ser senão um poder do Estado, tal como (mas por maioria de razão) o povo e o território só são povo e território dentro do Estado. O poder não se identifica com o Estado, mas somente o Estado tem poder ou soberania (soberania pessoal e soberania territorial).

A doutrina clássica alemã da soberania do Estado continua válida, desde que assim entendida: a soberania é do Estado como entidade jurídica global e complexa, e não dos órgãos do Estado, nem dos titulares dos órgãos, nem do povo, porque ligá-la aos órgãos – meros centros institucionalizados de formação da vontade – ou aos governantes ou aos governados – indivíduos atomisticamente considerados – significaria fracioná-la em visão unilateral.

Se se conceber o Estado como sujeito de direito, como pessoa coletiva de Direito interno e de Direito internacional, melhor se apreenderá ainda esta inserção da soberania na sua estrutura.

Olhando ao Direito interno, a soberania surge como um feixe de faculdades ou direitos que o Estado exerce relativamente a todos os indivíduos e a todas as pessoas coletivas de Direito público e privado existentes dentro do seu ordenamento jurídico. A definição das condições dessas pessoas, a atribuição da capacidade de direitos, a imposição de deveres e de sujeições, eis então algumas das manifestações do poder político.

O povo não é, porém, objeto da soberania. Configurado o Estado como pessoa coletiva, o povo ou coletividade de cidadãos tem de ser, antes, o substrato de tal pessoa jurídica. Apenas cada indivíduo ou cada uma das instituições em que os indivíduos se incorporam podem ser objeto de direitos compreendidos na soberania ou, mais rigorosamente, sujeitos de relações jurídicas com o Estado.

Algo de análogo se passa na ordem externa. Soberania aqui equivale ou à própria subjetividade ou personalidade de Direito internacional do Estado ou à capacidade plena de gozo e de exercícios dos direitos conferidos pelas normas internacionais. Um Estado diz-se soberano, como se sabe, quando pode manter relações jurídico-internacionais ou, em sentido mais restrito, quando tem a totalidade daqueles direitos e, assim, participa em igualdade com os demais Estados na comunidade internacional.

1.3. O que acaba de ser recordado não esgota o exame do poder no Estado, porquanto logo se vê que é imprescindível definir as posições relativas dos governantes e do povo perante ele.

O ponto de clivagem fundamental de todas as formas de governo está nisto. Ou os governantes (certo ou certos indivíduos) governam em nome próprio, por virtude de um direito que a Constituição lhes reserva, sem nenhuma interferência dos restantes cidadãos na sua escolha ou nos seus atos de governantes. Ou os governantes governam em nome do povo, por virtude de uma investidura que a Constituição estabelece a partir do povo, e o povo tem a possibilidade de manifestar uma vontade jurídica e politicamente eficaz sobre eles e sobre a atividade que conduzem.

No primeiro caso, estamos diante de autocracia (com diferentes concretizações históricas, a que correspondem também diversas formas de governo). No segundo caso, diante da democracia.

Poderá talvez atalhar-se que esta distinção não deixa de ser excessivamente formal. A objeção, porém, não procede, pois para qualificar qualquer regime político não basta ler as proclamações constitucionais, importa confrontá-las com as consequências que o Direito, decretado e vivido, extrai das mesmas; e, se se recorrer a uma investigação interdis-



ciplinar para se procurar o suporte real do poder (Chefe do Estado, Parlamento, Executivo, órgãos formais ou partidos, governantes ou classes dominantes, etc.), haverá sempre aí que concluir pela coincidência ou não do efetivo exercício do poder com o título jurídico da sua atribuição ou não ao povo.

1.4. Para designar o princípio democrático, a Revolução Francesa cunhou as locuções “soberania do povo” e “soberania nacional”, as quais persistem ainda em numerosas Constituições, na linguagem doutrinal e no contraditório político.

Trata-se de uma réplica ou de uma importação do conceito de soberania do príncipe ostentado pelas monarquias absolutas. À ideia de que os reis eram soberanos nos seus Estados, de que não deviam obediência a ninguém, de que eram até superiores a todas as leis, substituiu-se a ideia de que o povo era o único soberano, de que toda a autoridade dele dimanava e que a lei devia ser a expressão da sua vontade. Ao direito divino dos reis sucederia o direito divino dos povos.

Com efeito, se a certa altura, no moderno Estado europeu, se pôde afirmar que os reis eram soberanos foi apenas porque eram os órgãos únicos ou supremos de Estados, que já não dependiam do Papa ou do Sacro Império, nem se compadeciam com autoridades feudais. É sabido que, aproveitando a identificação entre poder central e poder real, os teóricos do absolutismo dos séculos XVI a XVIII quiseram ir mais além e afirmar uma soberania sem limites jurídicos. Mas isso mais não era que um desvio, de que nem sempre se aperceberam os políticos e juristas quando supuseram transferir a soberania dos governantes para o povo.

Por isso, não pode entender-se, apesar da apontada transposição, que a soberania do povo deva ser ilimitada, sob pena de se abrir a por-

ta à democracia absoluta. Pois esta, nas suas principais concretizações conhecidas (jacobina, cesarista e soviética), encontra-se nos antípodas dos princípios enformadores da democracia representativa, por ser tão negadora como a monarquia absoluta das liberdades individuais e institucionais e tão contrária como ela aos processos jurídicos de limitação do poder político que o constitucionalismo se esforçou por instituir.

Por outro lado, tomar a soberania do povo no sentido de supremacia do povo no Estado tem de ser entendido em termos hábeis. Se tal supremacia significa a necessidade de os governantes serem da confiança política do povo que os elege, e se significa mesmo que ao povo incumbe (ou deve incumbir) o poder de tomar certas decisões através de eleição ou referendo, nenhuma objeção há a fazer. Se soberania ou supremacia do povo significa, porém, superintendência sobre os governantes e contínua subordinação destes às injunções dos eleitores, então ela é desmentida pelas instituições e pela prática da democracia representativa que, rejeitando o mandato imperativo e procurando assegurar um mínimo de estabilidade governativa, impede os cidadãos de determinar (salvo em caso de referendo) atos em concreto dos governantes.

1.5 Acrescente-se que as expressões *soberania do povo* ou *da nação* prestam-se a interpretações insustentáveis ou ambíguas.

Em primeiro lugar, poderia julgar-se que há uma soberania da nação ou uma soberania da sociedade a par da soberania do Estado. Algumas correntes doutrinárias e ideológicas efetivamente chegaram a defendê-lo. Ora, o dualismo entre Estado e nação, no plano jurídico-político, tem de ser rejeitado, por a coletividade humana, seja ela qual for, correspondente ao Estado só poder ganhar expressão política (sublinhe-se, de novo) através do mesmo Estado.



Não resolve a dificuldade acentuar, como faz a ideologia do nacionalismo político, que a nação é sobretudo uma comunidade transtemporal, de cujos fins, valores e interesses não são senhoras as gerações atuais, pois vêm do passado e estão virados para o futuro. Ainda que assim pareça ser, não se enxerga como possa essa comunidade transtemporal ter outra projeção política que não seja no Estado e como possa haver outra vontade juridicamente relevante que não seja a dos governantes e dos cidadãos, a de um povo de homens vivos e atuais.

Em segundo lugar, soberania nacional e soberania popular possuem significações muito diversas e que não devem ser arbitrariamente confundidas. A primeira entronca na tradição que, da Idade Média a SUAREZ, se prolonga mais ou menos, conscientemente, na filosofia política ocidental. Foi ela que esteve subjacente à Revolução norte-americana, que acabou por prevalecer na própria França e foi a que se traduziu na construção jurídica e política do Estado constitucional. A doutrina de soberania popular deriva das teses de ROUSSEAU e apenas terá triunfado em 1793.

1.6. A Constituição de 1976 institucionalizou em Portugal a democracia representativa, pois:

- 1.º) Declara que a soberania *reside* no povo (artigo 3.º, n.º 1) e que o poder *pertence* ao povo (artigo 108.º);
- 2.º) Estabelece que o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico (artigos 10.º, n.º 1, e 49.º, n.º 1);
- 3.º) Prevê a eleição, de acordo com este princípio, do Presidente da República, dos Deputados à Assembleia da República e às

Assembleias Legislativas Regionais e dos membros das assembleias das autarquias locais (artigos 121.º, 149.º, 231.º, n.º 2, e 239.º, n.º 1);

- 4.º) Prescreve que os partidos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular (artigos 1.º, n.º 2, e 51.º, n.º 1).

Em especial, os artigos 2.º, 3.º, n.º 1, e 108.º não fazem mais do que repetir, com vigor, o que já vinha das Constituições de 1822, 1838 e 1911, as quais, todas, conferiam o poder ao Povo ou Nação no sentido revolucionário ou democrático-liberal. As diferenças que existem relativamente a estas não diminuem a vizinhança bem nítida entre os preceitos.

A despeito do nome, a “soberania popular”, para que apela o artigo 2.º, equivale a “soberania nacional” na linha do constitucionalismo democrático. E se houvesse dúvidas, elas ficariam afastadas pelas normas que proclamam a soberania una e indivisível (artigo 3.º, n.º 1), e pelo largo catálogo prescritivo de direitos, liberdades e garantias (artigos 24.º e seguintes, a que acrescem os direitos de natureza análoga segundo o artigo 17.º).

2. Democracia e Estado de Direito

2.1. Como bem se sabe, democracia e Estado de Direito não se confundem ou identificam necessariamente. Houve democracia sem Estado de Direito (além da jacobina, da cesarista e da soviética, e mais remotamente, a ateniense). Assim como houve Estado de Direito sem democracia (de certo modo, em alguns Estados alemães no século XIX).

Mas a democracia representativa postula Estado de Direito. Postula-o pela sua complexidade organizatória e procedimental, traduzida na



separação de poderes e no princípio da competência. Postula-o pela exigência de garantia dos direitos fundamentais: o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas.

Não basta proclamar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e a vontade popular manifestada por eleições. É necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro. É necessário que não sejam incompatíveis o elemento objetivo e o elemento subjetivo da Constituição e que, pelo contrário, eles se desenvolvam simultaneamente.

Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

Nisto consiste o Estado de Direito democrático.

1.3. É como Estado de Direito democrático que a Constituição define a República Portuguesa [preâmbulo e artigos 2.º e 9.º, alínea *b*)]; e tal

é o regime político (conceito que está para além de forma de governo) vigente desde 1976.

O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com o princípio da maioria (artigos 2.º, 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1, 108.º, 114.º, n.º 1, 187.º, etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição (artigos 3.º, n.º 2, 108.º, 110.º, n.º 2, 225.º, n.º 3, 266.º, 288.º, etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder (artigos 3.º, n.º 3, 204.º, 268.º, n.º 4, e 278.º e sss.). Subordinado e, portanto, *limitado*.

Os princípios do Estado de Direito encontram-se depois implícita ou explicitamente ínsitos no texto constitucional: princípio da proporcionalidade (artigos 18.º, n.º 2, 19.º, n.º 4, etc.), princípio da segurança jurídica (artigos 18.º, n.º 3, 32.º, n.º 9, 102.º, n.º 3, 266.º, n.º 2, 280.º, n.º 3, e 282.º, n.º 4), tutela jurisdicional da constitucionalidade (artigos 204.º e 277.º e sss.); tutela jurisdicional da legalidade administrativa (artigos 266.º, n.º 2, e 268.º, números 4 e 5); responsabilidade civil das entidades públicas por ações ou omissões lesivas dos direitos dos particulares (artigos 22.º, 27.º, n.º 5, 29.º, n.º 6, e 271.º, n.º 1).

Os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, em caso algum podem deixar de ser respeitados pelos tratados da União Europeia e pelas normas dimanadas das suas instituições (artigo 8.º, n.º 4).

3. O princípio representativo

3.1. Não há representação política, quando (para empregar uma expressão de Carl Schmitt) se verifica identidade – seja em monarquia (pura), seja em democracia direta – entre os titulares do poder e os governantes, quando os governados tendem a ser, simultaneamente, go-



vernantes ou quando a divisão entre governantes e governados se põe ao nível da distinção dos destinatários de normas jurídicas e não ao nível de uma distinção funcional.

Pelo contrário, representação postula inidentidade e, depois, relação. Ela redonda num fenómeno de relação e de comunicação: para que os governantes apareçam como representantes dos governados tem de haver essa distinção e essa relação.

Para se analisar o seu conceito há que distinguir entre representação do Estado e representação do povo; entre representação de grupos existentes por si e representação de toda a coletividade; entre representação gerada por um ato de vontade e representação decorrente de um facto jurídico ou *ope legis*. Só é representação política em sentido restrito e próprio a representação do povo, e do povo todo, fundada num ato de vontade (a eleição) e destinada a institucionalizar, com variável amplitude, a sua participação no poder.

3.2. Em primeiro lugar, na representação política não se cuida da representação do Estado:

- a) Nem como expressão ou símbolo da unidade do Estado – pois nesse sentido todo o governante representa o Estado e haveria tanto mais representação quanto menor fosse a participação do povo e maior a concentração de poderes num único governante;
- b) Nem como essência dos seus órgãos – pois o órgão não representa o Estado, é um elemento do Estado, e os atos que pratica são-lhe diretamente imputados sem distinção de esferas jurídicas;
- c) Nem como função ou competência cometida pelo Direito positivo a certos órgãos em relações jurídicas em que o Estado intervenha

(como o *jus raepresentationis omnimoda*e conferido pelo Direito internacional comum) aos Reis e aos Presidentes da República.

Cuida-se, sim, da representação do povo enquanto modo de tornar o povo (ou o conjunto dos governados) presente no exercício do poder através de quem ele escolha ou de quem tenha a sua confiança. A representação política é o modo de o povo, titular do poder, agir ou reagir relativamente aos governantes.

3.3. Em segundo lugar, representação política implica consideração unitária do povo e realização de fins e interesses públicos (com relevância ou não de outros interesses que realmente existam na sociedade, muitas vezes em conflito). As pessoas nela investidas representam toda a coletividade e não apenas quem as tenha designado (é o princípio explicitado, em Portugal, no artigo 1.º do Ato Adicional à Carta de 1885, no artigo 7.º, § 1, da Constituição de 1911 e no artigo 152.º, n.º 2, da Constituição atual).

Mais ainda: não é só cada deputado que representa todo o povo, nem são todos os deputados que representam cada cidadão; são *todos* os deputados que representam todo o *povo* (e daí o artigo 147.º ao definir a Assembleia da República como a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses). Se assim não fosse, eles não poderiam deliberar sobre os assuntos do Estado.

Compreende-se, deste jeito, que tenha de se excluir do seu âmbito a representação estamental ou de “estados”, vestígio da desagregação medieval da sociedade política; que a doutrina da soberania popular ou fracionada de Rousseau não se compadeça com o sistema representativo; que seja proibido o mandato imperativo; e que a mera representação



de interesses, à imagem de uma noção orgânica ou corporativa de povo, só possa aproveitar-se para a constituição de órgãos consultivos, e não para a de órgãos deliberativos do Estado.

Ora, não serão contraditórios com esta ideia de unidade a divisão do território eleitoral em círculos, as eleições parciais a meio da legislatura em sistemas de círculos uninominais (previstos em alguns países) e os sistemas de representação proporcional? Não: os círculos eleitorais, para lá de expedientes de ordem técnica, servem para personalizar as escolhas dos eleitores e neles existe (ou deve existir, por imperativo da igualdade) uma proporção entre o número de eleitores inscritos e o número de representantes a eleger; as eleições parciais destinam-se a completar a composição efetiva dos Parlamentos em caso de vagas; e a representação proporcional, se espelha a divisão de posições partidárias, assume, do mesmo passo, um papel integrador dentro do contraditório político.

3.4 Em terceiro lugar, não há representação política sem eleição, ato jurídico ou feixe de atos jurídicos. Contudo, a inversa não é verdadeira: *v.g.*, além das monarquias eletivas, a eleição de juízes de Tribunais Constitucionais ou de titulares de outros órgãos independentes pelo Parlamento [artigos 163.º, alíneas *h*) e *i*), e 222.º, n.º 1, da Constituição].

O elemento volitivo patente na eleição habilita então a falar num mandato, na medida em que são os eleitores que, escolhendo este e não aquele candidato, aderindo a este e não àquele programa, constituindo esta e não aquela maioria de governo, dinamizam a competência constitucional dos órgãos e dão sentido à atividade dos seus titulares (apesar de não lhes poderem definir o objeto).

Um mandato, porém, de Direito público, inassimilável ao mandato de Direito privado. Pois a representação política é uma espécie de repre-

sentação necessária imposta por lei, ao passo que o mandato representativo civil pressupõe representação voluntária. Nem há transferência de poderes: os representantes eleitos são simples titulares de órgão com competências constitucionalmente prescritas (se bem que uma Constituição democrática seja, direta ou indiretamente, obra do povo e, assim, os poderes dos representantes provenham do povo).

Como escreve Giovanni Sartori, é verdade que na representação política não há *contemplatio domini*, mas há uma *contemplatio electionis* que faz as suas vezes. É verdade que o mandato de deputado não é revogável à vontade pelos seus representados, mas a sua irrevogabilidade não é inamovibilidade e deve considerar-se que, para efeito prático, eleições periódicas correspondem (na expressão de Carré de Malberg) a uma “faculdade intermitente de revogação”. É verdade que não há modo de obrigar o representante a ajustar-se ao cargo recebido, mas seria mais exato dizer que a diferença vale *pro tempore* e que a ausência de obrigação direta e formal consegue tão somente impedir a instauração de uma submissão indireta e substancial.

Diferente da representação política é a *representação institucional*, em que a investidura nos cargos políticos se faria mediante índices reveladores da capacidade de captar a vontade e os interesses da coletividade; por inerência, por cooptação ou por sucessão hereditária (assim, o artigo 12.º da Carta Constitucional ao declarar o Rei “representante da Nação”).

Mas a representação institucional, se pode ser adequado meio de expressão de determinadas instituições (v. g., a família, as confissões religiosas, certas instituições culturais, as Forças Armadas) e se pode bem articular-se com a *representação de interesses*, nunca cobre toda a riqueza da vida política, nem sequer a das instituições sociais; e revela-se completamente inidónea para a formação de tendências e aspirações ge-



rais e para a tomada de qualquer decisão obrigatória para toda a coletividade. Um Estado corporativo – como pretendem sem nunca conseguir – o da Constituição de 1933, seria antagónico de um Estado de Direito democrático representativo.

4. O princípio representativo e os partidos políticos

4.1. O peso dos partidos na vida pública reflete-se necessariamente sobre os mecanismos representativos.

Uma tese radical tenderia a afirmar que a representação política se converteu em representação partidária, que o mandato verdadeiramente é conferido aos partidos e não aos deputados e que os sujeitos da ação parlamentar acabam por ser não os deputados, mas os partidos ou quem aja em nome destes. Por conseguinte, deveriam ser os órgãos dos partidos a estabelecer as posições a adotar pelos deputados, sujeitos estes a uma obrigação de fidelidade.

Esta conceção levada às últimas consequências – com as comissões políticas ou os secretariados exteriores ao Parlamento a impor aos deputados o sentido do voto ou, no limite, a impor a suspensão ou a cessação do seu mandato – transformaria a assembleia política em câmara corporativa de partidos e retirar-lhe-ia a própria qualidade de órgão de soberania, por afinal deixar de ter capacidade de livre decisão. Se a democracia assenta na liberdade política e na participação, como admitir que nos órgãos dela mais expressivos, os Paramentos, os deputados ficassem privados de uma e outra coisa?

Estaria ainda bem patente a preterição da igualdade política dos cidadãos. Pois só os que fossem filiados em partidos poderiam (admitin-

do democraticidade interna) interferir, através dos respetivos órgãos, na condução das atividades parlamentares. Os outros cidadãos teriam o sufrágio reduzido a uma espécie de contrato de adesão.

O entendimento mais correto, dentro do espírito do sistema, parece dever ser outro. A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os deputados em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode dizer-se que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto aos deputados como aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo por que estes sejam escolhidos.

Dando como certo o carácter bivalente da representação política, importa procurar o enlace, o ponto de encontro específico de deputados e partidos. E esse enlace não pode ser senão o que oferecem os grupos parlamentares como conjuntos dos deputados eleitos pelos diversos partidos. São os grupos parlamentares que exercem as faculdades de que depende a atuação dos partidos nas assembleias políticas e só eles têm legitimidade democrática para deliberar sobre o sentido do seu exercício, não quaisquer outras instâncias ou centros de decisão extraparlamentares. E por aqui se afastam quer uma pura conceção individualista, vendo o deputado isolado ou desinserido de uma estrutura coletiva, quer uma pura conceção partitocrática em que os aparelhos ou “as bases” se sobrepusessem aos deputados e aos seus eleitores.

Nem se excluem, assim, os corolários mais importantes do regime de eleição mediatizada pelos partidos, designadamente quanto à disciplina de voto ou à perda de mandato do deputado que mudar de partido. Pelo contrário, eles ficam vistos à sua verdadeira luz, a qual, em sistema democrático, só pode ser a da liberdade e da responsabilidade políticas.



Pois, se os grupos parlamentares implicam uma avançada institucionalização dos partidos, são, ao mesmo tempo um anteparo ou um reduto da autonomia individual e coletiva dos deputados – dos deputados que, por serem eles a deliberar, mais obrigados ficam a votar, pelo menos nas questões políticas principais (subsistência do Governo, orçamento, leis e tratados mais importantes) conforme a maioria se pronunciou; e a objeção de consciência só se justifica no limite.

4.2. É esta maneira de encarar o mandato dos deputados a que melhor se harmoniza com as regras que, direta ou indiretamente, constam da Constituição portuguesa.

A representação de todo o povo conferida aos deputados está patente (insista-se) na definição da Assembleia da República como assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses (artigo 147.º) e no princípio de que os deputados representam todo o país e não os círculos por que são eleitos (artigo 152.º, n.º 2, mais uma vez). Daí o seu estatuto como titulares de um órgão de soberania (artigos 156.º e sss.), e não como comissários ou funcionários dos partidos.

Por outra banda, sem esquecer a regra da apresentação de candidaturas só pelos partidos (artigo 151.º, n.º 1), como a Constituição autoriza a existência de deputados não inscritos em nenhum partido – quer porque desde logo assim tenham sido propostos como candidatos (artigo 151.º, n.º 1), quer porque, tendo saído do partido por que foram eleitos, não tenham entrado para outro [artigo 160.º, n.º 1, alínea c)] – ressalta a distinção entre a função dos partidos e a dos deputados e concede-se mesmo que, em caso de rutura, o deputado prevaleça sobre o partido (se bem que outras razões possam impor a renúncia ao mandato). Tão pouco têm os partidos qualquer meio jurídico de substituir os deputados

durante a legislatura: tal substituição faz-se nos termos da lei eleitoral e, quando temporária, é um direito dos deputados, e não dos partidos (artigo 153.º, n.º 2).

A Lei Fundamental define os poderes dos partidos, dos deputados e dos grupos parlamentares; e, ao passo que os poderes constitucionais dos partidos são exteriores à Assembleia, os poderes de interferência na atividade desta ou são dos deputados individualmente considerados (artigo 156.º) ou são dos grupos parlamentares (artigos 114.º, n.º 3, e 180.º). Sem os deputados e os grupos parlamentares os partidos não podem agir no Parlamento.

Daí também a mais que duvidosa validade jurídica do voto de Deputados seguindo o seu partido e fazendo, ao mesmo tempo, declaração de voto, oral ou escrito, a justificar a posição diferente que prefeririam ter assumido.

5. O princípio da responsabilidade política

5.1. A representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo de mérito sobre os seus atos e atividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por ato destes.

Na democracia direta não existe este mecanismo. Por outro lado, a diferença entre a eleição em sistema representativo e a eleição à sua margem está em que, nesta, os eleitos são independentes dos eleitores, e até lhes podem ser considerados ou ficar superiores (como sucedia nas antigas monarquias eletivas e sucede com o Papa em relação ao colégio dos cardeais).



5.2. Trata-se, antes de mais, de uma responsabilidade *difusa*. O Presidente da República e os deputados representam todo o povo; logo, respondem perante todo o povo, e não apenas perante quem neles votou ou (quanto aos deputados) perante quem os elegeu, nos diferentes círculos.

Nisto se distingue da outra forma de responsabilidade política, a responsabilidade inter-orgânica ou responsabilidade-fiscalização, que é aquela que se verifica do Governo perante o Parlamento ou perante o Presidente da República, conforme os diferentes sistemas políticos, e que tem como consequência, se efetivada, a demissão ou a cessação de funções.

Responsabilidade difusa, aliás, porque realizada:

- a) Através da crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais (em especial, de expressão e de manifestação), o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas e de serem informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (artigo 48.º, n.º 2, da Constituição);
- b) Através das eleições no final dos mandatos, *maxime* através de não reeleição ou não recondução ou da não eleição de candidatos que apareçam identificados com os titulares cessantes;
- c) Através de eleições para outros órgãos (v. g., de autarquia locais) com significado político relevante.

E, como sublinha Antonio d'Atena, o intervalo entre os atos eleitorais introduz um elemento de racionalização. Limitar a decisão do povo às escolhas periódicas dos representantes significa criar condições para a apreciação dos seus atos menos emotivamente e para que o juízo popular tenha por objeto não tanto cada uma das decisões quanto a complexa atividade por eles desenvolvida ao longo do tempo.

Por isso, a revogação popular do mandato adotada em alguns Estados e municípios dos Estados Unidos (*recall*), em alguns cantões suíços ou nas Constituições de *Weimar*, da Áustria e da Venezuela deve ter-se por excepcional; só o não era, porventura, em Constituições marxistas-leninistas estranhas ao princípio representativo (como no artigo 65.º da atual Constituição cubana).

5.3. Mas a responsabilidade política é também uma responsabilidade institucional, quando manifestada através dos poderes e direitos da Oposição, decorrente do exercício coletivo ou em comum daquelas liberdades fundamentais e exigida pela necessidade de se formularem alternativas e alternâncias.

A livre atividade da Oposição individualiza os sistemas políticos pluralistas: aqui, a maioria deve governar e a minoria deve estar na oposição (entendida como fiscalização pública dos atos dos governantes); e, portanto, a Oposição não é dos cidadãos individualmente considerados, mas sim a de aglutinados em partidos políticos.

O direito de oposição democrática (artigo 114, n.º 2), elevada a limite material de revisão constitucional [artigo 288.º, alínea *i*), 2.ª parte], traduz-se, entre nós, no direito de resposta ou réplica política ao Governo (artigo 40.º, n.º 2), no direito de informação regular e direta sobre o andamento dos principais assuntos públicos [artigos 114.º, n.º 3, e 180.º, n.º 2, alínea *j*)], no de determinar a ordem do dia de certo número de reuniões do Parlamento (artigo 176.º, n.º 4) e no direito de interpelação [artigo 180.º, n.º 2, alínea *d*)]. E meios extremos, por envolverem a responsabilidade política do Governo, são as moções de rejeição do respetivo programa e as moções de censura (artigos 192.º, n.º 3, e 194.º).



Como direitos ou poderes de âmbito geral que podem ser aproveitados para essa finalidade contam-se ainda o de fazer perguntas ao Governo [artigo 156.º, alínea *a*)], o de iniciativa de inquéritos parlamentares [artigos 156.º, alínea *f*), 178.º, n.º 5, e 180.º, n.º 2, alínea *f*)], o de iniciativa de apreciação parlamentar de decretos-leis (artigo 169.º), o de provocação de debates de interesse público atual e urgente [artigo 180.º, n.º 2, alínea *c*)] e o de iniciativa de fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade pelo Tribunal Constitucional [artigos 278.º, n.º 4, e 281.º, n.º 2, alíneas *f*) e *g*)].

Uma lei ordinária, dita “Estatuto da Oposição” (hoje, a Lei n.º 24/98, de 26 de Maio), explicita ou acrescenta alguns direitos positivos – de formação, de consulta e de participação.

5.4. Em última análise, responsabilidade política não se destina apenas a corrigir ou sancionar, em nome de princípios e fins prévia e imutavelmente aceites, a atividade governativa desenvolvida até certo momento. Todos os meios de efetivar a responsabilidade, *maxime* as eleições gerais, servem tanto para o povo avaliar o exercício do mandato dos governantes cessantes como para traçar um novo rumo para o futuro.

Também o povo é livre na responsabilização dos governantes.

6. O princípio da separação de poderes

6.1. O governo representativo está, por natureza, vinculado ao princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, pela separação entre o exercício do poder pelo povo através das eleições e o exercício do poder pelos governantes (disso tiveram consciência logo os autores liberais,

preocupados com a garantia das liberdades). Depois, pela necessidade de equilíbrio entre os órgãos eletivos.

Justifica-se recordar as implicações básicas do princípio:

- a) Pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica;
- b) Primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público;
- c) Independência dos tribunais, com reserva de jurisdição;
- d) Criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade;
- e) Divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos;
- f) Divisão temporal, através da fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas das eleições dos titulares de órgãos representativos;
- g) Divisão territorial ou vertical, através do federalismo ou do regionalismo político e da descentralização administrativa local;
- h) Divisão funcional através da descentralização administrativa institucional (associações e fundações públicas, institutos públicos, universidades públicas).



Por outro lado, está aí uma dimensão *positiva* e uma dimensão *negativa*, de controlo e limitação de poder, no fundo em correspondência com a *faculté de statuer* e a *faculté d'empêcher* de Montesquieu. Donde, a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se cuida.

6.2. Ainda na perspetiva da separação de poderes, cabe considerar a relação entre partidos políticos e referendo.

O referendo apenas faz sentido – tomado como instituto de propulsão, de correção ou de legitimação de decisões parlamentares – quando nele os cidadãos se sintam plenamente livres de opções e constrangimentos partidários, quando votem só motivados pela sua maneira individual de pensar, integrados ou não em movimentos cívicos de intervenção. Se o resultado referendário tivesse de redundar em mera reprodução das maiorias parlamentares, perderia autenticidade ou sentido.

Em contrapartida, pela mesma razão, o referendo não deveria incidir sobre questões inerentes a um programa de Governo ou de cuja resolução dependesse a subsistência do Governo. Senão, a não ser assim, um Governo derrotado em votação popular teria de pedir a demissão ou o Parlamento teria de ser dissolvido.

O Direito português assegura a grupos de cidadãos a participação nas campanhas referendárias, com os adequados direitos de propaganda. Os partidos não ficam excluídos, mas deveriam aceitar autocontenção e, em nenhum caso, deveriam instrumentalizar esses grupos.

6.3 Negado em tese e, sobretudo, na prática pelo regime da Constituição de 1933, o princípio da separação de poderes ressurgiu na Constituição de 1976 com toda a nitidez e com as particularidades decorrentes quer da evolução dos tempos quer das exigências da realidade portuguesa.

Não se fala, ao contrário do que sucedia nas Constituições liberais, em “Poderes do Estado”. Fala-se em “separação e interdependência dos órgãos de soberania” [artigos 111.º, n.º 1, e 288.º, alínea *j*)] ou em “separação e interdependência de poderes” (no artigo 2.º, após 1997). E, ao mesmo tempo que se declaram a unidade e a indivisibilidade da soberania (artigo 3.º, n.º 1), elevam-se a princípios fundamentais a autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e a autonomia do poder local, complementadas pelo princípio da subsidiariedade (artigo 6.º).

Quanto ao sistema de órgãos de poder, caracterizam-no: 1.º) o papel institucional único do Presidente da República (artigos 120.º e 133.º); 2.º) o paralelismo organizatório dos três níveis territoriais, sempre, em cada um, com uma assembleia e um órgão colegial responsável perante ele (artigos 190.º, 191.º, 231.º, n.º 3, e 239.º, n.º 1, *in fine*); 3.º) uma repartição de competências que, a despeito de não assentar, monisticamente, numa análise espectral das funções do Estado, lhes confere não despidendo relevo, com referências expressas a função política (artigos 161.º e 197.º), a função legislativa (artigos 161.º e 198.º), a função administrativa (artigo 199.º) e a função jurisdicional (artigo 202.º).

Enfim, são múltiplos os mecanismos de interdependência e de articulação interorgânica, entre os quais a iniciativa legislativa governamental (artigo 167.º), a apreciação parlamentar de atos legislativos (artigo 169.º) a promulgação e o veto [artigos 134.º, alínea *b*), e 136.º], a iniciativa e a decisão de convocação de referendo (artigo 115.º), a iniciativa de fiscalização da constitucionalidade [artigos 134.º, alíneas *g*) e *h*), 278.º e 281.º, n.º 1], a referenda ministerial (artigo 140.º).



7. O princípio da maioria

7.1. Se o sufrágio é o modo específico de participação política dos cidadãos, a maioria é o critério de decisão – de decisão quer do conjunto dos cidadãos nas eleições e no referendo, quer dos órgãos do Estado de natureza colegial. Governo representativo é *governo de maioria*.

Contrapostos aos sistemas eleitorais maioritários, nem por isso os sistemas proporcionais deixam de observar o princípio: *primo*, porque apenas as candidaturas que atinjam determinado montante ou cifra (em razão do número de Deputados a eleger por círculo) obtêm mandatos; *secundo*, porque são as que obtêm *mais votos* que obtêm mais mandatos.

Observe-se, no entanto, que as técnicas maioritárias não são privativas da democracia, nem se esgotam na seara da política. O Direito romano conheceu-as, o Direito canónico deu-lhes expressão e na Idade Média elas tiveram particularíssimas aplicações no âmbito das ordens religiosas e dos municípios. Assim como hoje se encontram nas associações, nas sociedades e em quaisquer entidades coletivas, com mais ou menos adaptações.

7.2. Por que motivo deve a maioria ser o critério da democracia? Por que devem governar os candidatos que recebem mais votos? Por que deve a lei ter o sentido querido pela maioria?

Está longe de ser pacífica a resposta.

Há quem sustente que se trata de simples ficção ou convenção, de mera regra instrumental ou de preferência. Ou quem, pelo contrário, identifique maioria com manifestação de racionalidade. Mas há ainda quem afirme que lhe subjaz um conteúdo axiológico, seja o princípio da igualdade, seja o princípio da liberdade, seja (porventura) outro.

De harmonia com a ideia de igualdade (que remonta a Aristóteles e que Rousseau levaria às últimas consequências), é porque todos os cidadãos têm os mesmos direitos e devem ter o mesmo grau de participação na vida coletiva que deve prevalecer a maioria; a vontade do maior número entre iguais converte-se em vontade geral; e esta fica sendo a vontade do Estado.

De harmonia com a ideia de liberdade (especialmente enfatizada por Kelsen), a maioria resulta da autodeterminação dos membros da comunidade política; qualquer decisão imposta deve ser reduzida ao mínimo; tendo de haver uma ordem social, esta não pode estar em contradição senão com a vontade do menor número possível de indivíduos.

Aderimos à necessidade de um fundamento axiológico. Sem este não se explicam nem o consentimento, nem a própria obrigatoriedade da decisão decorrente do voto.

E entendemos que ele se encontra no enlace de igualdade e liberdade. Não numa presunção puramente negativa, de que ninguém conta mais do que os outros, mas no reconhecimento da dignidade cívica de todas as pessoas. Não numa liberdade com separação de uns dos outros, mas numa liberdade com integração numa sociedade de todos. Em suma, na exigência de uma igualdade livre ou de uma liberdade igual para todos.

7.3. A maioria não é fonte de verdade ou de justiça; é apenas forma de exercício de poder, ou meio de ação.

Não há, nem deixa de haver verdade nesta ou naquela opção política; há só (ou tem de se pressupor que haja) referência ao bem comum. Naturalmente, quando se suscitam problemas de verdade, sejam quais forem – religiosos, morais, filosóficos, científicos ou técnicos – não cabe decisão de maioria.



Por outro lado, a decisão de maioria implica publicidade, não pode ter por objeto questões do foro privado. Tudo está, na prática, em saber deslindá-las.

7.4. Tão pouco se admitem decisões de maioria que afetem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou o conteúdo essencial da própria democracia representativa – mais especificamente, o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de alternâncias e de alternativas.

Democracia representativa não é só governo de maioria. Envolve uma dialética necessária de maioria e minoria, sendo a maioria de hoje a minoria de amanhã e a minoria de hoje a maioria de amanhã.

7.5 As minorias políticas são sempre contingentes e variáveis. Diversas, porque permanentes, são as minorias étnicas nacionais, linguísticas e religiosas – que existem em não poucos Estados e que se repercutem nas respectivas estruturas constitucionais.

Sobre os direitos dos membros destas minorias à proteção contra quaisquer discriminações e à preservação da sua identidade não pode ainda incidir a decisão de maioria.

7.6 A decisão da maioria pressupõe a competência para decidir, seja em diferentes escalões de poder (do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais), por referência ou não a um princípio de subsidiariedade; seja dentro do mesmo escalão entre os seus órgãos.

Por outro lado, não vale qualquer vontade maioritária, somente vale a que se forme no respeito das normas – constitucionais, legais, estatu-

tárias, regimentais – que a estruturam e regulam. Donde, limites formais ou procedimentais a acrescer aos materiais e aos orgânicos.

Requisitos de regularidade do procedimento hão-de ser, nomeadamente, a convocação da eleição ou da deliberação nos termos previamente estabelecidos com carácter geral, a igualdade de todos os participantes, a liberdade de discussão e de voto, a pessoalidade do voto, a simultaneidade da votação e o rigor no apuramento dos resultados. E, quando se trate de órgãos colegiais, a reunião no tempo e no local próprios e a presença de mais de metade dos respetivos membros (*quorum*).

7.7 A Constituição consagra o princípio da maioria quer a propósito das eleições quer a respeito das deliberações de órgãos colegiais e, nas eleições, distinguindo, como não poderia deixar de ser, as uninominais e as plurinominais.

Nas eleições uninominais estabelece a regra de maioria absoluta quanto ao Presidente da República (artigo 126.º) e a da maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções, quanto a dez dos juizes do Tribunal Constitucional, ao Provedor de Justiça, ao Presidente do Conselho Económico e Social, a sete vogais do Conselho Superior da Magistratura e aos membros da entidade de regulação da comunicação social [artigo 163.º, alínea *h*]).

Nas eleições plurinominais, de membros de assembleia, opta pela representação proporcional [artigos 113.º, n.º 5, 149.º, n.º 1, 231.º, n.º 2, 239.º, n.º 2, e 288.º, alínea *h*)] e prescreve que os partidos participam nesses órgãos de acordo com a sua representatividade eleitoral (artigo 114.º, n.º 1). O Primeiro-Ministro e os presidentes dos Governos regionais são nomeados tendo em conta os resultados eleitorais (artigos



187.º, n.º 2, e 231.º, n.º 3), sendo reconhecido às minorias o direito de oposição democrática (artigo 114.º, n.º 2).

Por seu lado, nas deliberações de órgãos colegiais, a regra geral é a da maioria relativa por as abstenções não contarem para o apuramento (artigo 116.º, n.º 3). Já nas deliberações referendárias, a regra é, necessariamente, a da maioria absoluta, por as questões serem formuladas para respostas de sim ou não (artigo 115.º, n.º 6).

7.8 A prescrição de maiorias agravadas em eleições e em deliberações decorre da importância acrescida que a Constituição reconhece às escolhas:

- assim, nas eleições do Presidente da República, a maioria absoluta confere-lhe condições (ou mais condições) de independência frente aos proponentes da sua candidatura e aos partidos, no exercício dos seus poderes;
- nas eleições de certos titulares de órgãos pelo Parlamento, a maioria de dois terços – obrigando a acordos entre maioria parlamentar e minorias – serve análogo objetivo de independência e de inclusão;
- nas deliberações da Assembleia da República por maioria qualificada, esta destina-se, por um lado, a propiciar também a interferência das minorias na formação de vontade política e, por outro lado, a dar estabilidade e perdurabilidade ao seu conteúdo, na medida em que se ultrapassam maiorias conjunturais.

Relativamente a estas deliberações, há uma reserva de Constituição e, portanto, um *numerus clausus*. Nem a lei ordinária, nem o regimento podem aditar-lhes outras matérias. Doutro modo, a maioria de certo mo-

mento poderia decretar certa lei (por maioria relativa) e, ao mesmo tempo, estatuir que, doravante, a matéria seu objeto só poderia ser regulada por maioria agravada; assim, impedir-se-ia o livre jogo das alternativas políticas, além de se criar uma rigidificação descabida sobre tal matéria.

8. Democracia e justiça constitucional

8.1 Instrumento de controlo da maioria é a justiça constitucional: controlo dos limites materiais e do procedimento; controlo indispensável, sobretudo, para garantia dos direitos fundamentais.

À legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controlo jurisdicional como legitimidade das minorias frente à maioria. Nem se verifica aqui contradição, mas sim complementaridade. A justiça constitucional só se afigura contramaioritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema.

8.2 Os Tribunais Constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os Supremos Tribunais no modelo judicialista norte-americano).

Ora, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicar os atos daqueles órgãos; como pode a criatura fiscalizar o criador; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente da República. Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a



recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, por todos quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – e que eles declaram a invalidade de atos com a força de lei. E por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tomam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insuscetíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada (o que obriga a compromissos).

Num Tribunal Constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas, essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica e, sobretudo, em virtude do fenómeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão.

Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns; uma legitimidade de título, inerente ao Estado democrático, uma legitimidade de exer-

cício, expressão de Estado de Direito donde, mais uma vez, Estado de Direito democrático (artigo 2.º da Constituição portuguesa) ou Estado democrático de Direito (artigo 1.º da Constituição brasileira).

No sistema português, de 1982, apenas há a lamentar a incoerência de o Presidente da República, eleito por sufrágio universal, não designar nenhum juiz e de três, pelo menos, entre os juízes designados pelo Parlamento serem escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais (artigo 222.º, n.º 2). Mais correto seria os juízes vindos das carreiras judiciais apenas serem os cooptados e os que deveriam ser designados pelo Presidente da República.

9. As concepções e os valores da democracia

9.1. Independentemente da análise dos grandes princípios institucionais, vale a pena referir – só referir – algumas das visões explicativas (e também prescritivas) do cerne da democracia moderna à luz das respetivas compreensões filosóficas e teóricas: as de Kelsen, Rudolph, Laun, Joseph Schumper, Friedrich A. Hayek, Alf Ross, Robert A. Dahl, Karl Popper, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas e Gustavo Zagrebelsky.

Para Kelsen, a ideia de liberdade é o núcleo da democracia. A igualdade entra também, mas de maneira negativa, formal e secundária: cada um deve ser o mais livre possível, logo todos devem-no ser igualmente; cada um deve participar na formação da vontade geral, logo todos devem participar de forma igual. E existe uma relação entre a posição metafísico-absolutista do mundo e a autocracia e entre a posição crítico-relativista e a democracia.

Laun define a democracia como o Estado cuja Constituição positiva não repousa sobre direitos suprapositivos que possuam determinadas



peças ou determinados grupos de pessoas à competência da soberania ou a uma parte da competência da soberania. A democracia é um Estado livre de direitos dogmáticos de domínio.

Segundo Schumpeter, o método democrático é o sistema institucional conducente a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de estatuir sobre essas decisões na sequência de uma luta concorrencial tendo por objeto os votos do povo.

Para Hayek, a democracia é um meio mais do que um fim – um meio de mudança pacífica de poder e de salvaguarda da liberdade individual. E a sua vantagem principal não radica no método de selecionar os governantes, mas em que, com a participação ativa de uma grande parte da população na formação da opinião, se amplia o número de pessoas com capacidade para serem eleitas.

Para Alf Ross, o tipo ideal de democracia corresponde à forma de governo em que as funções políticas são exercidas pelo povo com um máximo de intensidade, efetividade e latitude, de acordo com os métodos parlamentares.

Robert A. Dahl liga a democracia às ideias de igualdade, autodeterminação, racionalidade e maximização das vantagens para os elementos de comunidade política. A democracia atual, de larga escala, surge como poliarquia ou conjunto de instituições indissociáveis da extensão da cidadania e da capacidade de os cidadãos se oporem aos titulares dos cargos políticos e de os afastarem pelo voto.

Por sua vez, Karl Popper contrapõe àquilo a que chama a teoria clássica da democracia uma teoria realista. Ela há-de ser o sistema em que os governantes podem ser afastados do poder sem violência, pacificamente, através do voto da maioria.

Bobbio sustenta que a democracia é a forma de governo em que vigoram regras gerais (as chamadas regras de jogo) que permitem aos cidadãos (como jogadores) resolver, sem recorrer à violência, os conflitos que nascem inevitavelmente numa sociedade em que se formam grupos cujos valores e interesses são contrastantes.

Habermas entende que a democracia há-de ser discursiva e deliberativa. Ela é sinónimo de auto-organização política da sociedade no seu conjunto, implicando, pois, a institucionalização de procedimentos e condições apropriadas de comunicação e o jogo combinado das deliberações institucionalizadas e das opiniões públicas.

Por fim (entre os Autores indicados), é uma democracia crítica a que Gustavo Zagrebelsky preconiza, assente num espírito de possibilidade e na abertura ao tempo, mediante procedimentos em que o povo não se feche sobre si mesmo; uma democracia em que a decisão popular nada tenha de preconstituído, nem seja irrevisível ou irreversível.

9.2 Por referência a Kelsen tender-se-ia a afastar democracia de quaisquer valores; o relativismo dir-se-ia o seu cunho próprio. No entanto, tal interpretação seria redutora e até contraditória em si mesma.

Com efeito, o relativismo democrático só pode ser um relativismo político, não, de modo algum, um relativismo filosófico; envolve um pluralismo de ideias, de correntes de opinião, de forças políticas – acompanhado ou garantido pela não assunção de nenhuma pelo Estado (quer dizer, pela *laicidade* ou pela não confessionalidade do Estado, nessa perspectiva); não equivale a indiferentismo filosófico, convertido em atitude perante a vida ou erigido em doutrina oficial.



O relativismo vale na esfera política, no jogo de ideologias, programas e partidos em disputa pelo poder para o conformar através do voto da maioria. Não pode impor-se à esfera individual, do pensamento, das convicções e das crenças das pessoas, sob pena de se negar a si mesmo, absolutizando-se. Bem pelo contrário, como escreve Jean Lacroix, afirmar o relativismo na ordem relativa é precisamente permitir ao absoluto afirmar-se na ordem do absoluto. O sistema democrático é o único que pressupõe o convívio das diferenças; logo, por definição, ele não as nega ou esconde; reconhece-as e salvaguarda-as, sim, na sua existência e na sua manifestação.

9.3 Qualquer forma de governo funda-se em certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem.

Assim, por detrás da diversidade de concepções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. E eles são (importa frisar de novo) a liberdade e a igualdade, tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de 1789, e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático.

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria.

9.4 É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;
- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);
- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;
- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.

