

## International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia

Alessandra Silveira<sup>1</sup>

**Resumo:** A Autora adere à ideia da criação de um Tribunal Constitucional Internacional (International Constitutional Court) a partir da experiência da integração (constitucional) europeia. Mais concretamente, a partir da fenomenologia do direito constitucional sem Estado e da pluralidade de ordenamentos jurídico-constitucionais, assim como da teoria da interconstitucionalidade que os explica – e que vem sendo desenvolvida pela doutrina portuguesa. Neste contexto, defende a reabilitação da dimensão material da democracia (que é, no fundo, a visão da democracia como *rule of law*) a partir do papel dos tribunais como seu principal garante.

**Palavras Chave:** tribunais, interconstitucionalidade, integração europeia.

**Abstract:** The author supports the idea of the creation of an International Constitutional Court based on the experience of the European (constitutional) integration. More concretely, she departs from the phenomenology of constitutional law without the State and the pluralism of the legal-constitutional systems as well as from the theory of interconstitutionality that explain those - and that has been developed by Portuguese authors. In this context, the author defends the rehabilitation of the material dimension of democracy (which is, in the end, the vision of democracy as rule of law) based on the role of the courts as the main guardians of this system.

**Keywords:** courts, interconstitutionality, European integration.

### O fenómeno

No começo era a crise. Não aquela financeira, das chamadas dívidas soberanas, mas a crise (ou o «mal-estar») da Constituição (CANOTILHO, 1991). No primeiro capítulo de «Introdução ao direito constitucional europeu», Lucas Pires explica que «Estado-nação e Constituição democrática percorreram de mãos dadas toda a modernidade». Enquanto «produto típico da passagem da sociedade estamental à sociedade burguesa», o Estado fez da Constituição «a sua fundação, o seu fundamento e o seu fundamental» (PIRES, 1997). Até que a globalização, a fragmentação, os mercados e as redes da sociedade da informação entraram em cena como os «pêndulos de uma ruptura histórica» (PIRES, 1997). E a Constituição do Estado-nação democrático «entra na crise da pós-modernidade e começa a sofrer de anomia, claustrofobia, entropia», deixando de ser «o fecho e a chave do mundo político-jurídico para resistir sobretudo como o seu alicerce e piso térreo» (PIRES, 1997). O terreno lhe foge debaixo dos pés quando os três elementos essenciais do Estado deixam de ser o que eram: «o território tornou-se menos estanque, a população menos exclusiva, a soberania menos indivisível» (PIRES, 1997). E tanto «a democracia como as garantias de juridicidade se vêm obrigadas a acompanhar este transbordo do poder como das aspirações da liberdade», perfilando-se agora outras pulsões constituintes num contexto de «reestruturação supranacional do globo» (PIRES, 1997). Ora, a Europa «é o teatro de vanguarda desta mudança mundial» (PIRES, 1997).

Por isso é possível afirmar, com Gomes Canotilho e Vital Moreira, que a integração europeia representa uma «transformação radical do paradigma de Estado Constitucional e da própria estadualidade portuguesa», espanhola, alemã, etc. Isto porque o «arquétipo do Estado nacional soberano evolui para um novo esquema de comunidade» no contexto desta «nova forma de organização do poder político» que é

---

<sup>1</sup>. Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia. Diretora do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho (Braga, Portugal).

a União Europeia (CANOTILHO; MOREIRA, 2007). É claro que o Estado não vai desaparecer amanhã. O Estado – este «herói local», como lhe chama Gomes Canotilho – continua a ser (por enquanto) um agente insubstituível do compromisso constitucional europeu, desempenhando ainda um papel relevante em termos de fiscalização, estratégia, prestações sociais. Mas é cada vez mais um «Estado exíguo», como sustenta Adriano Moreira. E a maior evidência da «erosão do Estado como forma ou modo de integração política encontra-se no processo de desterritorialização» do poder (RANGEL, 1992). Ou seja, o poder político e constitucional de hoje «não tem um marco territorial ou só o tem parcialmente» (RANGEL, 1992). E com isso desapareceu aquele direito constitucional «fundado num panorama de Estados homólogos, ciosos do seu território, guardiões da sua soberania, paladinos da não ingerência nos seus assuntos internos. Foi isso que desapareceu na nossa paisagem constitucional e que obriga a repensar a compreensão da Constituição, mais do que decretar a sua insuficiência» (RANGEL, 1992).

Foi, portanto, no contexto da integração europeia que se procurou uma espécie de «reagrupamento dos elementos em fuga» (PIRES, 1997), num processo de consolidação constitucional das suas estruturas normativas. Nos primeiros tempos, a unidade a decantar foi só a de uma cultura jurídica e constitucional comum europeia – explicava Lucas Pires no rasto de Peter Häberle –, demandando uma adequada correlação entre as várias Constituições<sup>i</sup>. Ou seja, consolidou-se o património comum adquirido – como o dos direitos fundamentais, da democracia, do Estado de direito – e decantaram-se princípios comuns emergentes. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – e depois o próprio Tratado da União Europeia (TUE) – passou a remeter para as «tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros» como fonte de direito constitucional da (então) Comunidade Europeia no domínio dos direitos fundamentais, desenvolvendo o que se convencionou chamar o processo de constitucionalização dos Tratados. Tomou-se como ponto de partida os ideais constitucionais que precederam o modelo constitucional estadual e avançou-se no sentido de um direito (constitucional) sem Estado – que «poderia mesmo ser visto como a última destilação do Estado de direito» (PIRES, 1997).

Já não mais a Constituição do Estado, mas a Constituição da comunidade política. Uma Constituição muito particular, «original, complexa e inacabada ou em devir», porque «não tem atrás de si um “soberano” e mesmo uma fonte de poder soberano ou um poder constituinte próprio» (PIRES, 1997). A falta de um genuíno poder constituinte resulta de na União Europeia todo o poder ser débil – quer como sanção de normas, quer como autoria delas. As normas europeias refletem um acerto consensual ou consentido – que corresponde, em certa medida, ao próprio desígnio do constitucionalismo, qual seja, «um poder mais débil e uma liberdade mais forte» (PIRES, 1997). O poder constituinte operava no Estado nacional a «passagem do Estado pré-constitucional ao constitucional, o que exigia uma considerável concentração de energia» (PIRES, 1997). Mas no contexto da integração europeia tal passagem não foi um ato «de tipo revolucionário, como se o constitucionalismo ainda precisasse de um fórceps» (PIRES, 1997). Ora, prescindir da força e do poder para a sua própria gênese como Constituição pode ser visto como um ganho na contabilidade do direito.

De resto, Gustavo Zagrebelsky já explicou que a legitimidade da Constituição depende atualmente não da legitimidade de quem a fez ou falou por meio dela, mas da capacidade de responder adequadamente aos desafios do nosso tempo – ou da capacidade de a ciência constitucional encontrar respostas na Constituição, pois a Constituição não diz, somos nós que a fazemos dizer, e será neste quadro que devem ser repropostos todos os temas metodológicos do direito constitucional como ciência.<sup>ii</sup> Ora, no contexto da União Europeia, foi o TJUE, provocado por litigantes e tribunais nacionais, quem originariamente “fez falar” a «carta constitucional de base» a que

correspondem os tratados constitutivos, destes deduzindo uma arquitetura constitucional fundada na principiologia do direito da União, *maxime* no princípio da “União de direito”, que funciona 1) como um limite à atuação das instituições europeias e Estados-Membros quando aplicam o direito da União e 2) como uma garantia dos direitos dos particulares afetados pelas disposições europeias. Ou nas palavras do TJUE: «a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado».<sup>iii</sup>

## A teoria

Numa obra publicada em 2006 – «Brançosos e interconstitucionalidade» –, Gomes Canotilho aborda a problemática das relações estabelecidas entre a Constituição da União Europeia e as Constituições dos seus Estados-Membros (ou a problemática das «relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político»). O Autor explica que 1) a passagem do Estado soberano para o Estado *não* soberano, 2) a intervenção de sujeitos legitimadores diferentes do povo do Estado, e 3) a invenção de procedimentos constituintes diversos dos procedimentos constituintes clássicos exige densificações que só uma nova teoria da interconstitucionalidade poderia fornecer. O termo «interconstitucionalidade» incorpora, pois, uma proposta teórica a partir da qual *pode e deve* estudar-se o processo de integração europeia, ocupando-se, pois, do enquadramento/tratamento da fenomenologia do «pluralismo constitucional» ou das «constituições em rede» (CANOTILHO 2006).

A teoria da interconstitucionalidade surge, portanto, da necessidade de enquadrar o fenómeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes que convivem no mesmo espaço político – aquele da União Europeia –, o que implica a atuação em rede para a solução de problemas constitucionais (sobretudo jusfundamentais) comuns. A metáfora das redes traduz a ausência de hierarquia e é utilizada para explicar que os instrumentos do direito constitucional nacional já não conseguem captar o sentido, os limites, nem fornecer compreensões juridicamente adequadas para os problemas da integração europeia, o que exige o desenvolvimento de uma teoria da interconstitucionalidade que explique o que se está a passar.<sup>iv</sup> A teoria da interconstitucionalidade enfrenta «o intrincado problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes e legitimidades diversas (...) a partir de uma perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades» (CANOTILHO, 2006). O termo interconstitucionalidade foi, portanto, originariamente cunhado pela academia portuguesa – e reproduz, de forma bastante mais feliz do que a conhecida expressão anglo-saxónica constitucionalismo multinível (*multilevel constitutionalism*),<sup>v</sup> a ideia de um modelo de interconexão onde não há espaço para níveis que pressupõem hierarquia.<sup>vi</sup>

Assim, a teoria da interconstitucionalidade se ocupa do fenómeno da pluralidade de fontes constitucionais (e reivindicações de autoridade constitucional) e das tentativas judiciais de as acomodar num contexto jurídico-constitucional não hierarquicamente estruturado. Por isso o mote daquela teoria foi originariamente fornecido pelos riscos de conflito/disputa (sobretudo entre o TJUE e tribunais constitucionais dos Estados-Membros) pela última instância decisória em matéria jurídico-constitucional no espaço da União.<sup>vii</sup> Todavia, a teoria da interconstitucionalidade tem revelado as suas virtualidades 1) quer na definição da identidade do constitucionalismo europeu, 2) quer na atualização da teoria do constitucionalismo em geral. Como explica Poiares Maduro, a interconstitucionalidade

emerge como uma teoria do pluralismo constitucional na União Europeia (ou a mais bem-sucedida hipótese teórica sobre a natureza do constitucionalismo europeu) e não apenas como um remédio para a solução de conflitos constitucionais de autoridade (ou uma teoria sobre a natureza das relações entre a ordem constitucional da União e outras ordens constitucionais – nacionais e internacional). Ou seja, a teoria que nos ocupa está antes focada na legitimidade do constitucionalismo europeu e no seu modelo de organização do poder – ou noutras palavras, na própria natureza da União Europeia enquanto comunidade jurídico-política.<sup>viii</sup>

Mas para além disso, a «galáxia conceitual» da interconstitucionalidade não suscita questões e ensaia respostas *apenas* para problemas constitucionais próprios e exclusivos da União Europeia, supostamente «intransponíveis para um quadro assimétrico de relações entre entidades de natureza vária à escala global» (RANGEL, 2012). Ao contrário, por fornecer um arsenal teórico para lidar com a fenomenologia da pluralidade de ordenamentos «que reconhecidamente são paralelos, desiguais e concorrentes», a teoria da interconstitucionalidade «abre as portas à renovação da teoria da constituição», facilitando a tarefa de a “redesenhar” «para um universo político em que o Estado deixou de ser o referente exclusivo dos materiais constitucionais» (RANGEL, 2012). A teoria da interconstitucionalidade «não convoca propriamente a superação do conceito de constituição *qua tale*», não o transcende, apenas o renova por o «desligar da referência exclusiva ao modo político estadual e de o abrir ao “mundo-da-vida” pós-vestfaliano» (RANGEL, 2012). Neste sentido, «constitutional pluralism does nothing more than adapt constitutionalism to the changing nature of the political authority and the political space» (MADURO, 2012).

### A consequência

Como o constitucionalismo europeu o demonstra, «o valor “Estado de direito” e “primado do direito” tende a estender-se para lá do esquema organizativo do Estado», pois tem subjacente «a defesa dos cidadãos contra qualquer poder, seja do Estado, seja de outras constelações políticas e de complexos organizativos privados dotados de poder» (CANOTILHO, 2010). Assim o é porque os Estados já não conseguem responder às demandas transnacionais que não controlam. E, neste sentido, aprofunda-se cada vez mais um desfazamento entre a expressão das preferências políticas e a real capacidade dessa expressão repercutir-se nos processos decisórios que afetam o quotidiano dos eleitores. Ora, num contexto em que o voto (ou a vontade) da maioria dos cidadãos de um território já não tem a mesma incidência nos processos decisórios como dantes, o papel dos tribunais na defesa dos direitos fundamentais se torna indispensável.<sup>ix</sup>

Não é por acaso que na base das democracias modernas estão as declarações de direitos do homem e do cidadão – desconhecidas da democracia dos antigos. Se há um elemento determinante para o juízo positivo da democracia dos modernos é certamente o reconhecimento dos direitos humanos/direitos fundamentais e a ideia de igualdade que os fundamenta. Ora, o atual paradoxo democrático (decorrente da referida «desterritorialização do poder» (ZAGREBELSKY, 1998) reabilita a dimensão material da democracia (que é, no fundo, a visão da democracia como *rule of law*), ligada à afirmação de um núcleo de direitos e liberdades vigente para lá das maiorias conjunturais. Isto obriga a reforçar o papel dos tribunais na garantia do substrato material da democracia.<sup>x</sup> Mas a democracia numa perspetiva (porventura) algo distinta daquela a que estamos habituados – ou seja, não tanto na perspetiva da participação/intervenção nos processos decisórios, mas sim na perspetiva do exercício seguro de “direitos humanos fundamentais”, como refere a doutrina brasileira. Vai daí a oportunidade de um Tribunal Constitucional Internacional.

## Referências Bibliográficas

### Artigos

CANOTILHO, J. J. GOMES. Mal-estar da Constituição e pessimismo pós-moderno, in **Lusíada: revista de ciência e cultura**. Série de direito, Nº 1 (março/1991).

MENESES DO VALE, LUÍS. The theories of interconstitutionality and transconstitutionalism. Preliminary insights from a jus-cultural perspective (with a view to transnational social justice), in **UNIO – EU Law Journal**, Vol. 1, n.º 1, July 2015 (<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%201/The%20Theories%20of%20Interconstitutionality%20and%20Transconstitutionalism.pdf>).

PERNICE, INGOLF. Multilevel constitutionalism in the European Union, in **European Law Review**, 27, 2002.

### Anais

BESSELINK, LEONARD. Multiple political identities: revisiting the maximum standard, in SILVEIRA, ALESSANDRA/CANOTILHO, MARIANA/FROUFE, PEDRO (eds.), **Citizenship and solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art**, Peter Lang, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien, 2013.

SILVEIRA, ALESSANDRA/CANOTILHO, MARIANA/FROUFE, PEDRO. Conclusions, in SILVEIRA, ALESSANDRA/CANOTILHO, MARIANA/FROUFE, PEDRO (eds.), **Citizenship and solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art**, Peter Lang, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien, 2013.

### Livros

CANOTILHO, J. J. GOMES. Estado de direito e internormatividade, in SILVEIRA, ALESSANDRA (coord.), **Direito da União Europeia e transnacionalidade**, Jean Monnet Action (Information and Research Activities), Quid juris, Lisboa, 2010.

CANOTILHO, J. J. GOMES/MOREIRA, VITAL. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CANOTILHO, J. J. GOMES. “Brançosos” e interconstitucionalidade. **Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, Almedina, Coimbra.

MADURO, MIGUEL POIARES. Constitutional pluralism as the theory of European constitutionalism”, in CORREIA, FERNANDO/MACHADO, JÓNATAS/LOUREIRO, JOÃO (coords.), **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

PERNICE, INGOLF. Today’s multilayered legal order: current issues and perspectives, in **Liber Amicorum in honour of Arjen W. H. Meij**, Paris Legal Publishers, Zutphen, 2011.

PIRES, FRANCISCO LUCAS. **A revolução europeia por Francisco Lucas Pires – Antologia de Textos**, Publicação do Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, 2008.

PIRES, FRANCISCO LUCAS. **Introdução ao direito constitucional europeu**, Almedina, Coimbra, 1997

RANGEL, PAULO Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. Uma leitura crítica do pensamento ‘transconstitucional’ de Marcelo Neves, in **Tribunal Constitucional - 35.º aniversário da Constituição de 1976**, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

RANGEL, PAULO. **O Estado do Estado. Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia**, Dom Quixote, Alfragide, 2009.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *Storia e costituzione.*, in ZAGREBELSKY, GUSTAVO/PORTINARO, PAOLO/LUTHER, JÖR (eds), **Il futuro della costituzione**, Einaudi, Torino, 1998.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. **Il diritto mite**, Torino, Einaudi, 1992.

### Jurisprudência

Acórdão *Partido Ecologista Os Verdes contra Parlamento Europeu*, de 23 de abril de 1986, proc. 294/83, considerando 23.

Recebido para publicação em 07-09-15; aceito em 02-10-15

---

(<sup>i</sup>) Francisco Lucas Pires, Introdução ao direito constitucional europeu, *cit.*, p. 18, citando Peter Häberle, “Derecho Constitucional Comum Europeo” (trad.), in Revista de Estudios Políticos, Madrid, jan-março, 1993.

(<sup>ii</sup>) Cfr. Gustavo Zagrebelsky, “Storia e costituzione”, in Gustavo Zagrebelsky/Paolo Portinaro/Jörg Luther (orgs.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1998, p. 79.

(<sup>iii</sup>) Cfr. acórdão *Partido Ecologista Os Verdes contra Parlamento Europeu*, de 23 de abril de 1986, proc. 294/83, considerando 23.

(<sup>iv</sup>) Sobre o tema da interconstitucionalidade cfr. Alessandra Silveira/Mariana Canotilho/Pedro Froufe, “Conclusions”, in Alessandra Silveira/Mariana Canotilho/Pedro Froufe (eds.), *Citizenship and solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, Peter Lang, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien, 2013; Luís Meneses do Vale, “The theories of interconstitutionality and transconstitutionalism. Preliminary insights from a jus-cultural perspective (with a view to transnational social justice)”, in UNIO – EU Law Journal, Vol. 1, n.º 1, July 2015 (<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/uploads/UNIO%201/The%20Theories%20of%20Interconstitutionality%20and%20Transconstitutionalism.pdf>).

(<sup>v</sup>) Para a compreensão do conceito cfr. Ingolf Pernice, “Multilevel constitutionalism in the European Union”, in *European Law Review*, 27, 2002; “Today’s multilayered legal order: current issues and perspectives”, in *Liber Amicorum in honour of Arjen W. H. Meij*, Paris Legal Publishers, Zutphen, 2011.

(<sup>vi</sup>) Em inglês a expressão corrente para identificar o fenómeno seria «multilevel constitutionalism». Sobre a pertinência da expressão portuguesa cfr. Leonard Besselink, “Multiple political identities: revisiting the maximum standard”, in Alessandra Silveira/Mariana Canotilho/Pedro Froufe (eds.), *Citizenship and solidarity in the European Union*, *cit.*, p. 236, onde se lê: «In Portuguese, the equivalent expression lacks the adjective “multilevel”: it speaks of “interconstitucionalidade”, literally “interconstitutionality”. I strongly prefer this over the expression “multilevel constitutionalism”. The metaphor “multilevel” presupposes the existence of “levels”. In turn, levels imply hierarchy: one level is by definition higher than, i.e., superior to the other; the other is subordinate to the one. In the day and age of globalization, hierarchy has become a contested concept also in constitutional law. It may no longer adequately explain the relationship between constitutional orders».

(<sup>vii</sup>) Cfr. Francisco Lucas Pires, *A revolução europeia por Francisco Lucas Pires – antologia de textos*, Publicação do Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, maio/2008, p. 158, onde o Autor explica que, «depois do lamiré da sentença do Tribunal Constitucional alemão sobre Maastricht», a tendência poderia ser a da intensificação do diálogo crítico entre as instâncias de controlo constitucional nacionais e TJUE. Sobre o tema cfr. Miguel Poiares Maduro, “Constitutional pluralism as the theory of European constitutionalism”, in Fernando Alves Correia/Jónatas Machado/João Loureiro (eds.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 451, onde se lê: «It has been stated that constitutional pluralism has emerged as a response to the Maastricht Judgment of the German Constitutional Court. This judgment brought to the fore the risks of constitutional conflicts between EU law and national constitutions emerging from the claims of final authority embodied in the case law of the European Court of Justice and national constitutional courts. Constitutional pluralism is often presented as a reaction to this judgment, attempting simultaneously to describe that reality and accommodate those competing constitutional claims».

(<sup>viii</sup>) Cfr. Miguel Poiares Maduro, “Constitutional pluralism as the theory of European constitutionalism”, *cit.*, p. 450-451.

(<sup>ix</sup>) A ideia é desenvolvida por Paulo Rangel, *O Estado do Estado. Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*, *cit.*, p.11-37.

(<sup>x</sup>) Idem.