

O REFERENDO PORTUGUÊS SOBRE A CONSTITUIÇÃO EUROPEIA UMA NOVA FORMA DE REVISÃO CONSTITUCIONAL?

Rui Machete

A Assembleia da República deliberou, em finais de 2004, aprovar a Resolução n.º 74-A/2004, de 19 de Novembro, propondo a realização de um referendo sobre o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

A proposta de realização do referendo foi, como é sabido, reprovada pelo Tribunal Constitucional, por, no entender deste órgão jurisdicional, não respeitar os requisitos de clareza e de formulação de perguntas para resposta de sim ou não, exigidas pelos artigos 115.º, 6 da Constituição da República Portuguesa e 7.º, 2 da Lei Orgânica do Regime do Referendo-Acórdão n.º 704/2004, de 17 de Dezembro, DR, I Série-A, pp. 7390 e seguintes.

Dado que todos os partidos com assento na Assembleia da República estiveram de acordo sobre a necessidade política de sujeitar a referendo, como questão de relevante interesse nacional, a aprovação da chamada Constituição Europeia, apenas se registando divergências no modo de formular as propostas de resolução apresentadas, e considerando ainda que nesse sentido se pronunciaram concorde e conjuntamente PSD e PS, os dois partidos base de alternância parlamentar, é razoável esperar que, após as alterações legislativas de 20 de Fevereiro, a recém-eleita Assembleia volte a fazer uma nova proposta de referendo sobre a matéria.

Portugal inclui-se assim nos Estados-membros que pretendem que a ratificação do Tratado sobre a Constituição Europeia seja precedida por um referendo que de algum modo a tenha por objecto.

Tendo em conta que nas anteriores experiências referendárias nunca foi obtido um número de votantes superior a metade dos eleitores inscritos – condição exigida pela Constituição, artigo 115.º, 11, para que a decisão tenha efeito vinculativo –, a opção pela consulta directa ao eleitorado assume um decisivo significado de procura da legitimidade política, mas também um risco assumido de a vitória do sim poder ser ensombrada pela falta de participação e pela consequente ausência de efeitos jurídicos.

O «DÉFICE DEMOCRÁTICO EUROPEU»

A opção política de submeter a referendo o novo Tratado resulta, por um lado, do «défice democrático» há muito sentido pelas opiniões públicas dos países europeus e, por outro, do avanço agora dado na integração europeia, sublinhado pela denominação de Constituição atribuída ao instrumento diplomático que o consubstancia. Em alguns países entende-se que o instrumento carece, para se tornar legítimo, do apoio directo dos respectivos eleitorados, sendo julgado insuficiente a mera concordância de órgãos representativos. Aquelas duas razões interligam-se e reforçam-se mutuamente, aumentando a pressão para que seja dada uma resposta directa do eleitorado, do povo, de cada Estado-membro.

O «défice democrático», num primeiro sentido, traduz a diminuta importância das competências do Parlamento Europeu no procedimento legislativo comunitário em comparação com os poderes dos outros órgãos legiferantes, a Comissão e o Conselho de Ministros. O Parlamento Europeu, apesar do incremento substancial dos seus poderes de intervenção no procedimento legislativo e na aprovação do Orçamento e do controlo político em geral, a partir do Acto Único Europeu, e, sobretudo, depois da introdução do processo de co-decisão previsto no Tratado de Maastricht e desenvolvido nos Tratados de Amesterdão e de Nice, continua em desvantagem no cotejo com o Conselho Europeu, Conselho de Ministros e Comissão. A sua menor relevância continua a ser bem nítida quando se compara com a posição ocupada nas respectivas instituições políticas pelos Parlamentos nacionais dos Estados-membros.

Noutra das suas acepções, o «défice democrático» sublinha a ideia da falta de um *demos* europeu, de um povo que, à semelhança do Estado-nação, integre numa realidade cultural homogénea todos os cidadãos dos Estados-membros. Essa inexistência de um povo torna-se omissão particularmente grave quando se pretende instituir uma Constituição Europeia em que, na pré-compreensão holística ou nacionalista, deve haver um conjunto homogéneo de pessoas, os cidadãos, titulares do poder político e que exerçam, por forma directa ou indirecta, o poder constituinte.

O papel decisivo, a nível comunitário, dos executivos dos Estados-membros contrasta

também com a modéstia de controlo, apenas indirecto, exercido pelos parlamentos nacionais, que nunca foram capazes de aumentar a sua influência nos poderes de decisão política e legislativa da União Europeia.

O confronto entre nacionalistas e euro-

peístas partidários de um Estado europeu próximo do modelo federal subiu de tom com a proposta do novo Tratado de uma Constituição para a Europa¹. Por nós estamos convencidos de que o êxito da construção europeia dependerá de sabermos separar a cidadania europeia da cidadania nacional – que deverá manter-se –, através da formação

O CONFRONTO ENTRE NACIONALISTAS
E EUROPEÍSTAS PARTIDÁRIOS DE UM ESTADO
EUROPEU PRÓXIMO DO MODELO FEDERAL
SUBIU DE TOM COM A PROPOSTA DO NOVO TRATADO
DE UMA CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA.

de múltiplos *demos*. Não teremos, assim, nem um Estado europeu similar ao Estado-nação, nem uma organização internacional de carácter regional com fins mais alargados do que os usuais nas congéneres. Estaremos perante uma comunidade estruturada por um sistema jurídico supranacional, por sua vez subsistema de uma realidade mais ampla. Este sistema mais vasto, com diversos patamares ou estratos que entre si comunicam e interagem – os subsistemas estaduais constituem um dos seus elementos –, abre caminhos para outros níveis de integração em comunidades mais vastas mas ainda *in fieri*².

A ideia da pluralidade de *demos* associada à multiplicidade de centros de decisão política e a «Estados abertos» não tem necessariamente de se interpretar em termos de perspectivas funcionalistas e sistémicas. Weiler, no seu conhecido ensaio sobre como se tornar um cidadão europeu, oferece-nos um caminho em que é a aceitação dos procedimentos de decisão que permitam ter em conta os interesses, valores e sensibilidades, numa ética de agir de iniludível marca kantiana, que permite a construção de uma cidadania europeia³. Habermas propõe-nos outra via através da sua racionalidade comunicativa⁴. Mas, para além da natural originalidade de cada uma das diversas teorias interpretativas, estas compartilham notas características que permitem opor estas concepções de supranacionalidade à tese de transposição pura e simples da teoria clássica do Estado-nação para um Estado federal europeu.

O referendo nacional não constitui um veículo apropriado para a construção do *ethos* moral e político do cidadão europeu e não é adequado para resolver as complexas questões de legitimidade e da separação da cidadania europeia da cidadania nacional. Tem porém o seu valor e as suas dificuldades ao nível interno dos Estados-membros. É ao exame dos problemas que coloca ao nível nacional do Estado português que dedicamos em seguida a nossa análise.

O SIGNIFICADO DO REFERENDO AO TRATADO

O *referendum* português – como, aliás, as outras manifestações de democracia directa nos restantes Estados-membros – não constitui uma resposta directa ao sentimento de mal-estar a que nos referimos atrás, bem visível na opinião pública europeia, sobretudo após Maastricht. Por si só, nem altera a posição relativa do Parlamento Europeu no seio da orgânica comunitária, nem contribui para a formação de um povo europeu. Não parece, aliás, que a ideia de formar um Estado federal europeu à semelhança dos Estados-nações membros da União Europeia constitua o objectivo procurado pelos portugueses e pela maioria dos outros povos europeus.

O referendo tão-pouco dá maior fôlego à acção dos parlamentos nacionais no contexto europeu. Na sua função de controlo dos órgãos da democracia representativa é um momento decisivo em que se decide se se prossegue no caminho da integração consubstanciada no Tratado estabelecendo uma Constituição para a Europa, ou se se ergue um sinal vermelho de paragem, que pode até iniciar o retrocesso de modo a que o

Estado-membro pode até acabar por rejeitar a sua inclusão na nova entidade, abrindo assim caminho para uma eventual futura exclusão das próprias Comunidades.

O referendo, ao ser um procedimento em que, por forma decisionista, se formula um juízo positivo ou negativo sobre a proposta de uma nova etapa no processo de integração, e onde também inevitavelmente se tem de sancionar as fases anteriores daquele processo, representa sem dúvida um ponto alto da legitimação política.

O poder nas democracias reside no povo e a legitimidade das decisões políticas vai perdendo força à medida que nos afastamos dele. Nos sistemas representativos, os parlamentos e, no caso de eleição por sufrágio universal, os Chefes de Estado, gozam de um grau elevado de legitimidade; os executivos estão já um pouco mais longe de fontes originais de legitimidade por a sua representação da vontade popular ser indirecta, através do Parlamento, ou do Presidente da República. Nessa cadeia ascendente da

legitimidade democrática *ex parte civium*, os órgãos comunitários, devido à pouca relevância do Parlamento Europeu, acabam por estar ainda mais longe do poder popular. Daí que não seja indiferente que as ratificações do Tratado para a instituição da Constituição Europeia sejam feitas pelo procedimento referendário, em

AS DEBILIDADES CAUSADORAS

DO «DÉFICE DEMOCRÁTICO» DE INSTITUIÇÕES
COMUNITÁRIAS NÃO SÃO REMEDIADAS PELO FACTO
DAS RATIFICAÇÕES SEREM FEITAS OU APROVADAS
POR DELIBERAÇÕES REFERENDÁRIAS
DO ELEITORADO DE CADA ESTADO-MEMBRO.

vez da habitual resolução tomada pelos parlamentos nacionais. Mas as debilidades causadoras do «défice democrático» de instituições comunitárias não são remediadas pelo facto das ratificações serem feitas ou aprovadas por deliberações referendárias do eleitorado de cada Estado-membro. Nem as competências do Parlamento Europeu saem por essa via reforçadas, nem tão-pouco se cria uma cidadania europeia semelhante à existente em cada Estado-nação membro da União. O ganho verdadeiramente importante é o da aceitação por parte de povos de Estados-membros – e não apenas pelas suas instituições representativas – da orgânica e competências da União e da consequente legitimação das alterações na estrutura constitucional de cada Estado-nação em consequência das novidades introduzidas pelo novo Tratado.

Na realidade, a integração europeia tem constituído para os diversos Estados-membros um processo original de revisão tácita das respectivas constituições. Recordemos que algumas das principais inovações que explicam o que alguns designam pela constitucionalização dos tratados vêm de longe e são obra não de órgãos legiferantes, mas do Tribunal de Justiça⁵. A doutrina do efeito directo da lei comunitária imposta por uma série de acórdãos logo em 1963, imediatamente seguida da imposição da supremacia do direito comunitário sobre os direitos nacionais, a partir de 1964, em conjugação com o recurso prejudicial previsto no artigo 177.º do Tratado de Roma (actual artigo 234.º), alteraram de forma duradoura e profunda o sistema de fontes jurídicas e a distribuição de competências legiferantes de todos e cada um dos Estados-

-membros. O mesmo se diga da teoria pretoriana de exclusividade e da reserva dos espaços legislativos (*preemption*).

A doutrina de poderes implícitos, tal como tem sido interpretada pelo Tribunal de Justiça, permite também alterar profundamente e em termos que decorrem não de regras fixas mas da jurisprudência comunitária, a relação de competências entre os órgãos dos Estados-membros e da União. O critério de competência não constitui índice seguro de superioridade numa relação entre ordenamento aberto e cuja dinâmica deve ser orientada pelo princípio da subsidiariedade. De qualquer modo, a história da interpretação do actual artigo 308.º não confirmaria as pretensões de superioridade dos defensores das soberanias nacionais⁶. Em matéria de definição e defesa dos direitos fundamentais, também os Estados nacionais deixaram há muito de ter o monopólio e sequer a primazia⁷.

Estes factos, aqui chamados à colação para lembrar que desde muito cedo as Comunidades Europeias alimentaram um processo de desenvolvimento constitucional que, muitas vezes, extravasou para uma revisão tácita das constituições nacionais, mesmo que rígidas. Essas modificações foram objecto de aprovação política nas ratificações dos sucessivos Tratados. Quando as mudanças se tornaram demasiado visíveis e a partilha de poderes não podia mais ser ignorada, procedeu-se a alterações constitucionais que autorizaram «convencionar o exercício em comum ou em cooperação dos poderes necessários à construção da união europeia» (Constituição da República Portuguesa, artigo 7.º, 6). Mas, tal autorização, mesmo que interpretada em termos de devolução receptiva, nem assim evita a continuação de revisões tácitas resultantes da aplicação das doutrinas acima referidas. A realização de um referendo sobre a ratificação do Tratado para a Constituição Europeia assume assim um duplo significado. Afirma, por um lado, a superioridade de princípio das ordens jurídicas nacionais e dos Estados-membros, pois que se torna necessária a intervenção dos eleitorados nacionais para, agindo como tal, dar maior legitimidade à nova organização e funções da União Europeia consignadas no Tratado ratificado. Não se trata do exercício do poder constituinte por um povo europeu, mas o eleitorado de cada país, como povo desse Estado, autoriza os sacrifícios de soberania, as delegações de poder necessárias para que a integração europeia progrida. Mas, por outro lado, pelas limitações que autoriza ou sanciona, o referendo introduz ou inicia o procedimento de modificação por acto voluntário da própria estrutura constitucional do Estado que o realiza.

É, por isso, um referendo constitucional, mesmo em Portugal e apesar da proibição dos artigos 115.º, 4, a), 161.º, n) e 164.º, d) da Constituição.

Se a resposta ao referendo for negativa, algumas consequências sobre a estrutura constitucional há de vir a ter, seja em resultado do retrocesso, em processos comunitários já em marcha após Maastricht, Amesterdão e Nice, seja porque o resultado último acabará por ser precisamente a saída da União Europeia.

É certo que a questão a propósito da realização do referendo sobre o Tratado da Constituição para a Europa é, sublinho, não tanto um problema jurídico, mas uma questão política de vital importância. O reconhecimento da sua dimensão jurídica ajuda, porém, a perceber o que está em jogo. Seria, provavelmente, mais adequado discutir o processo de integração europeia no quadro de umas eleições legislativas – e, note-se, na actual campanha eleitoral não o foi – do que como uma questão artificialmente isolada do contexto nacional e da globalização, como um questionário limitado por regras constitucionais manifestamente inapropriadas.

A integração europeia, como a globalização, não são fenómenos passageiros, limitados a um curto espaço de tempo, passíveis de um voluntarismo sintetizado num sim ou num não. Responder «não» pressupõe equacionar outras alternativas exequíveis. Responder «sim» também envolve para além da aceitação das disposições do Tratado, possibilidades diversas na caminhada futura. Mas, uma vez que a opção política da realização do referendo parece estar feita, torna-se necessário que o eleitorado tenha consciência da relevância fundamental da questão para que o significado político da resposta de cada um e do eleitorado no seu conjunto seja assumido em plena responsabilidade. **RI**

NOTAS

¹ Vejam-se as breves mas densas referências às pré-compreensões, «nacionalista» e «europeia», feitas por Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 1369 e segs. Para uma boa resenha das diversas correntes e debates no actual Direito Europeu, ler Armin von Bogdandy, «Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht», in *Der Staat*, vol. 40, 2001, p. 3 e segs.

² Sobre o chamado «constitucionalismo global», veja-se, por exemplo, Reiner Wahl, «Der Einzelne in der Welt Jenseits Des Staates», in *Der Staat*, vol. 40, 2001, p. 45 e segs., e, mais especificamente sobre a posição do Estado nas organizações internacionais, Ingolf Pernice, «Europaeisches und Nationales Verfassungsrecht», *WVStRL* 60, 1961, p. 148 e segs.

³ J. H. H. Weiler, «To be a European citizen: Eros and Civilization», agora publicado em *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, p. 324 e segs.

⁴ Juergen Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, vol. I, Francoforte, 1981, p. 126 e segs.

⁵ Nesse sentido, embora sem analisar o fenómeno como processo de revisão constitucional, é impressivo o relato de J. H. H. Weiler no artigo «The Transposition of Europe» agora integrado no livro *The Constitution of Europe...*, p. 10 e segs.

⁶ A matéria tem sido estudada com alguma largueza na doutrina nacional. Vejam-se, designadamente, os trabalhos de Ana Maria Guerra Martins, *O artigo 235.º do Tratado da*

Comunidade Europeia, Lisboa, 1995, e Maria Luísa Duarte, *A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-membros*, Lisboa, 1997.

⁷ Os relatórios de J. Kokott e de T. Vesting sobre «Die Staatslehre und die Veraenderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europaeisierung und Internationalisierung» na reunião anual da Associação dos Professores de Direito Público de 2003 em Hamburgo, *WDSARL* 63, Berlim, 2004, respectivamente p. 7 e segs. e p. 41 e segs., dão-nos bem ideia da revisão conceptual que se processa no domínio do Direito do Estado e do Direito Internacional Público, para além naturalmente do Direito Comunitário.