

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**

**A Cidadania da União, o défice democrático e a necessidade do  
alargamento dos direitos políticos**

Katharina Heinen de Oliveira

Dissertação apresentada no âmbito do  
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.  
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas  
Menção: Direito Internacional Público e Europeu  
Orientador: Jónatas E. M. Machado

Coimbra

2 de Setembro de 2013

## Sumário

Introdução.....	2
PARTE I.....	3
1. A crise do Estado-nação. As transformações do Estado europeu como consequência da globalização e da proliferação de entidades supraestaduais.....	3
1.1. A crise do Estado e da Democracia territorialmente concebidos .....	10
1.1.1. A erosão da Ordem Vestefaliana e a crise do Estado soberano.....	14
1.1.1.1. A perda de autonomia ou capacidade de controlo dos Estados.....	17
1.1.1.2. A erosão da autoridade ou da soberania Estadual .....	22
1.1.2. A erosão da Ordem Vestefaliana e da soberania dos Estados como obstáculos fundamentais à realização da democracia territorialmente concebida .	26
PARTE II.....	34
1. O problema da legitimação da coordenação internacional ou a problemática dos défices democráticos do constitucionalismo global: o défice estrutural da UE .....	34
1.1. A Decisão sobre o Tratado de Lisboa e o défice social da União: uma resposta particularista .....	45
1.2. A contribuição do Tratado de Lisboa no reforço do princípio democrático e para a redução do défice estrutural ou parlamentar da União .....	64
PARTE III .....	72
1. À procura de uma democracia mais inclusiva: a tensão entre inclusão e exclusão	72
1.1. “Desnacionalizar” a cidadania.....	72
1.2. A nacionalidade múltipla e a cidadania .....	83
1.3. O surto dos movimentos “regionalistas” e a ductilidade do processo identitário .....	93
1.4. A cidadania da União como identidade partilhada .....	97
1.4.1.O papel dos direitos fundamentais no processo de integração: o Tratado de Lisboa e a CDFUE.....	107
Conclusão e recomendações.....	113
Bibliografia.....	119

## Introdução

“Se reconstruísse a Europa, não começava pelo mercado, mas pela cultura”

Jean Monnet (1888-1979)

É necessário alargar-se os direitos conferidos pela cidadania europeia nomeadamente aos direitos de participação política no Estado membro de residência? Esta questão torna-se fundamental para o futuro da integração europeia e para a formação dum verdadeiro público europeu, porque a cidadania europeia não só corresponde a uma relativização das nacionalidades dos Estados membros como também carrega em si a capacidade de mudar a compreensão e tornar os limites da participação política mais abertos e flexíveis.

Se, numa aceção histórica, a cidadania foi considerada uma questão de autodeterminação nacional tendo sido equacionada como uma questão de identidade (ou pertença), na maioria dos casos coincidente com marcadores comunitários como, entre outros, a etnia e a religião desenvolvidos em espaços territorialmente demarcados, o processo de “desnacionalização” ou “fragmentação” do Estado exige a reconstrução do conceito de cidadania baseando a sua fundamentação axiológica nos direitos e nunca na identidade. Assim, as democracias europeias perdem consecutivamente o seu aspeto representativo, conquanto ignoram a realidade sociopolítica e excluem do processo de participação política populações crescentes de imigrantes.

O recurso a concepções doutrinárias retrógradas que colocam no centro do seu estudo o Estado ignoram os progressos do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos e o facto de o Estado contemporâneo se encontrar fortemente condicionado na realização das suas tarefas pela necessidade de cooperação internacional. A sua soberania encontra-se inevitavelmente afetada pelos processos de globalização.

O atual estágio da integração europeia, nomeadamente o desenvolvimento de uma comunidade política europeia de valores, impõe que a elegibilidade dos direitos de participação política dos cidadãos da União seja conferida apenas sob condição de um determinado período de residência capaz de assegurar uma integração razoável na comunidade do Estado membro de acolhimento. A sua atribuição não deve, portanto, ser condicionada quer pela nacionalidade, quer pelo critério da reciprocidade, porque a natureza *sui generis* da União assim o exige.

Desta maneira as reflexões desenvolvidas no presente trabalho não podiam ser mais oportunas num período em que o projeto europeu atravessa uma fase conturbada da sua existência.

## PARTE I

### **1. A crise do Estado-nação. As transformações do Estado europeu como consequência da globalização e da proliferação de entidades supraestaduais**

Atualmente definido por Paul Kirchhof, que consegue articular os três elementos clássicos do Estado com as suas componentes democracia e direito, o Estado é uma comunidade política autodeterminada e organizada que forma uma entidade soberana com um ordenamento jurídico próprio, atribuindo aos órgãos estatais a competência última para fazer e impor direito num determinado território<sup>1</sup>. Porém, o Estado nacional soberano, moderno ou europeu, nascido da europa e largamente difundido pelo mundo, comumente definido através de três elementos ou condições de existência – povo, território e poder político –, é apenas um dos tipos possíveis de Estado. Deste modo, em correlação com causas ou acontecimentos locais, o Estado aparece, na história, numa variedade de formas (Georg Jellinek) que possibilitam o conhecimento das suas particularidades, quer os aspetos histórico-políticos, quer os jurídicos, que demonstram a sua continuidade histórica e cuja consideração implica o reconhecimento da natureza evolutiva do conceito de Estado, revelando a sua sujeição a alterações qualitativas e quantitativas que o conformam.<sup>2</sup>

Conforme o Estado moderno e os seus elementos constitutivos sofreram influências profundas desde o final do conflito leste-oeste e o término da divisão do mundo, que marcaram o início de uma nova ordem mundial e propiciaram o desenvolvimento de novos fenómenos, também a globalização desafia os princípios da

---

<sup>1</sup> Cf. KIRCHHOF, Paul *apud* KOKOTT, Juliane, “Die Staatsrechtlehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung.”, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSt)* (De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag-GmbH) 63 (2004), pp. 7-40, p. 11.

<sup>2</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, Maio de 2002, pp. 34 ss.; DALARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1995, pp. 51 ss.

personalidade e da territorialidade dos Estados implicando a revalorização conceptual do Estado. A crescente descentralização e regionalização interna do Estado envolvem o incremento da efetividade da legitimação interna e o desenvolvimento de uma identidade ainda mais complexa, ao passo que o fomento da individualização obriga ao reconhecimento simultâneo de valores transnacionais e regionais. A redefinição da territorialidade implica, por seu turno, a interrogação dos alicerces da Democracia constitucional, da soberania e do Estado-providência. Em última análise, o processo “globalização”, associado ao mau hábito de tantos governos apontarem os seus próprios fracassos à cooperação internacional, redundando na ideia da superfluidade do tradicional Estado de direito democrático que, para prejuízo dos seus cidadãos, se torna incapaz de acompanhar os desafios daquela. Paradoxalmente tal sucede precisamente no momento em que a democracia, organizada sob a forma do Estado-nação, quase acaba por completar o seu triunfo mundial.<sup>3</sup>

Na medida em que «*the nation-state is becoming too small for the big problems of life and too big for the small problems of life*»<sup>4</sup>, as vozes dos que discutem os limites doutrinários da democracia territorialmente limitada tornam-se progressivamente mais frequentes, passando o seu discurso por questionar a natureza até então autocompreendida dos Estados. O discurso científico torna-se cada vez mais profundo e abrange gradualmente áreas mais vastas. Assim, nas ciências sociais não há área que não aborde ou discuta os aspetos e as consequências da globalização. O conceito “globalização” torna-se polimorfo, descrevendo um processo, ou melhor, uma série de processos estritamente interligados: numa aceção económica a globalização passa a designar a internacionalização da economia capitalista, a ciência política responsabiliza-a pelo fortalecimento das relações internacionais entre os Estados e na formação de uma política internacional, a sociologia descreve-a como criadora de uma rede inter-comunitária com tendência para o desenvolvimento de uma comunidade mundial, a

---

<sup>3</sup> Cf. SCHWERT, Kai, *Demokratie und Globalisierung: Zur Zukunft der territorial verfassten Demokratie in einer globalisierten Welt*, Marburg, Tectum Verlag, 2003, pp. 5 ss., MIRANDA, Jorge, *Teoria do... cit.*, pp. 35 ss e 335 ss; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 11 ss.; BOGDANDY, Armin von. “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law.”, in *The European Journal of International Law* 15 (2004), pp. 885-906, pp. 886 ss.; FLEINER, Thomas, BASTA FLEINER, Lidija R., “Allgemeine Staatslehre - Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt.”, *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Montagem por H. HONSELL e P. LERCHE, Compilado por F. v. LISZT e W. KASKEL, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2004, pp. 279 ss.

<sup>4</sup> BELL, Daniel *apud* SCHWERT, Kai, *op. cit.*, nota 3, p.5.

antropologia cultural emprega-a no seio da comunicação global questionando uma uniformização cultural, e a história procura uma “história mundial global”.<sup>5</sup>

A globalização enquanto

*[...] process (or a set of processes) which embodies a transformation in the spatial organization of social relations and transactions – assessed in terms of their extensity, intensity, velocity and impact – generating transcontinental or inter-regional flows and networks of activity, interaction, and the exercise of power*<sup>6</sup>,

exige a reconceptualização do Estado, devendo este passar a desempenhar o papel determinante na reconciliação dos antagonismos e na salvaguarda da identidade conjunta, de forma a possibilitar a atuação flexível e eficaz da comunidade internacional.<sup>7</sup>

Se a formação de uma ordem pós-Vestefaliana<sup>8</sup> não determina o fim do Estado soberano<sup>9</sup>, então ela envolve uma reflexão sobre as características e funções tradicionais do Estado, sobre a eficácia e a legitimação do seu poder soberano e a exploração dos meios adequados a adaptá-lo ao mundo contemporâneo. Tais considerações devem-se

---

<sup>5</sup> Cf. *ibid.*, pp. 5 ss.; SCHOCH, Bruno. *Wer ist das Volk? Integration verlangt Bürgerrechte*. Vol. 35, em *Integration durch Partizipation: «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, de Christian BÜTTNER e Berthold MEYER, 219-250. Frankfurt: Campus Verlag, 2001, pp. 219 ss.

<sup>6</sup> HELD, David *apud* SCHWERT, *op. cit.*, nota. 3, p. 10.

<sup>7</sup> Cf. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.*, nota 3, pp. 279 ss. No sentido acima exposto, Francisco Lucas Pires refere que «[...] o Estado-Nação continua a ser um valor insubstituível como quadro de identidade e democracia [...], que ele continuará a constituir [...] a rede de segurança de um reduto doméstico, qual «lar» no meio da «casa comum» [...], funcionando [...] como o último «valor-refúgio» na reorganização dos espaços políticos que se iniciou a seguir à queda do muro de Berlim e ao fim da bipolaridade internacional». LUCAS PIRES, Francisco, *A integração económico-política dos grandes espaços transnacionais: o caso da União Europeia*, pp. 69-81, Montagem por Paulo de Almeida Sande e Filipa Gomes Teireira, Gabinete do Parlamento Europeu em Portugal, Novembro de 2007, p. 70.

<sup>8</sup> Por ordem pós-Vestefaliana deve entender-se o período que se segue à ordem internacionalmente estabelecida a partir de 1648 (Paz de Vestefália), data em que foram assinados os Tratados de Vestefália, e que marcam o estabelecimento da ordem internacional assente no poder dos Estados soberanos e a criação do Estado moderno, baseada numa estrutura legal bipolar, assente em duas premissas, a da lei Constitucional ou lei instituidora da ordem interna dos Estados e a da lei internacional ou lei reguladora das relações entre os Estados soberanos, mas cuja autoridade era exercida exclusivamente pelos Estados. WALKER, Neil, “Late Sovereignty in the European Union.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil WALKER, pp. 3-32, Oxford- Portland Oregon; Hart Publishing, 2003, p. 9.; DALARI, *op. cit.*, nota. 2, pp.58ss.

<sup>9</sup> Na medida em que a soberania não se reduz à soberania externa, mas também, e sobretudo, se dirige ao interior do Estado (soberania interna) como poder supremo daquele e como base da sua legitimação democraticamente concretizada, o Estado não deverá perder o seu papel como ator predominante no Sistema internacional, razão pela qual dificilmente se poderá supor a sua extinção, muito embora, uma partilha cada vez mais acentuada da soberania entre o Estado, Organizações Internacionais e unidades políticas regionais (*subestatais*) seja previsível. Cf. FLEINER, BASTA FLEINER, , *op. cit.*, nota. 3, pp. 281 ss.; BREDOW, Wilfried von, “Abschied vom Westfälischen System? Die Zukunft der internationalen Staatenwelt.”, in *Globalisierung und nationale Souveränität - Festschrift für Wilfried Röhrich*, de Dieter S. LUTZ, pp. 159 - 178, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 175 ss.

sobretudo à tendencial autonomização do Poder que tem levado os aparelhos governativos do Estado da experiência secular a partilhar a sua soberania com «*aparelhos de Poder erráticos* que se defrontam com os aparelhos governativos tradicionais sem reclamarem o domínio d[o] Estado»<sup>10</sup>. A Teoria Geral do Estado ganha, por isso, uma atualidade renovada, questionando-se designadamente o Estado concebido à luz dos critérios do século XIX, porque os efeitos da globalização sobre o Estado não podem ser negados e porque a crescente interconexão dos Estados-Nação determina a alteração do seu caráter e das suas funções, o que forçosamente comprometerá o atual entendimento do Homem, do que se deve entender por eficiência política, por democracia nacional e a quem cabe a legitimação dos sistemas democráticos nacionais.<sup>11</sup>

Assim, nas palavras de Martin Shaw:

*We can identify three main reasons why sovereignty is now seen as more problematic. First, states have increasingly 'pooled' their sovereignty. Through permanent interstate institutions, sovereignty has been internationalized in new forms of its cooperative exercise. Second, individual states' jurisdictions are increasingly understood extraterritorially as well as territorially. Hence territorially they overlap rather than being mutually exclusive. [...] Third, and possibly more important, judicial sovereignty, constitutionally and legally defined, is often seen to have diverged from the substance of power relations. This is largely because power is recognized as residing in economic rather than formal political relations.*<sup>12</sup>

Conforme o exposto, a tradicional sinonímia entre Estado e Governo não corresponde mais à realidade globalmente considerada, porque o Estado deixa de ser a estrutura única que monopoliza a força suprema dentro da comunidade e passa a constituir “uma qualquer comunidade política”, à semelhança das organizações internacionais e supranacionais que também detêm soberania. Reconhecendo-se que o Estado nunca teve uma soberania suprema, independente e impermutável, em nenhum

---

<sup>10</sup>MOREIRA, Adriano, *Ciência Política*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 25.

<sup>11</sup>Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 29 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 281 ss.; MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 19 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 9 ss.; *op. cit.* nota 9, pp. 159 ss.

<sup>12</sup>SHAW, Martin, *Theory of the Global State - Globality as an Unfinished Revolution*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2000, pp. 9 ss. Vide igualmente SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 186.

momento histórico anterior o Estado apresentou-se tão integracionista e tão pouco autárquico como na atualidade.<sup>13</sup>

Enquanto forma histórica de organização jurídica do poder, o Estado encontra-se em profunda alteração, caminhando de um *tipo soberano de Estado* para um *tipo aberto de Estado* que comunica com outras entidades soberanas, supranacionais e independentes (*verselbständigten supranationale Hoheitsgewalten*), com as quais partilha gradual e irreversivelmente a sua qualidade soberana. De acordo com Canotilho, «o Estado já não é nem o monopólio de edição do direito positivo, nem o monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos»<sup>14</sup> e a Constituição perde sucesivamente a sua função de «*self-contained order of state polity*», porque as novas e distintivas ordens legais que se formam no seio daquelas organizações internacionais e supranacionais irrompem no espaço político de atuação dos Estados, desenvolvendo-se relacionamentos hetero-hierárquicos (*heterarchical*) entre os Estados e as entidades não-estaduais - como a União Europeia -, processo que mais desafia e põe em causa a aceção clássica de soberania, premissa fundamental da autoridade do Estado e suporte da ciência política moderna. Muito embora a soberania da União Europeia tenha sido estabelecida e delegada pelos seus Estados-membros (soberania derivada), será difícil negar que aquela manifesta um número crescente de características e funções que tradicionalmente eram reservadas aos Estados.<sup>15</sup>

A configuração multidimensional descrita, em que as organizações políticas estatal e não-estatal se relacionam, implica, por isso, uma reflexão sobre o entendimento de soberania e sobre a compreensão e conceção dos aparelhos do Poder. Assim, conceitos importantes como democracia, direitos fundamentais, igualdade, segurança, cidadania, separação e distribuição de poderes, princípios gerais de direito, independência do judiciário, vocabulário secular desenvolvido à luz do Estado-nação e de um sistema internacional unidimensional de Estados, e, em geral, toda a ideia de

---

<sup>13</sup> Cf. MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp.27 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, p. 11 ss.; CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, s/d, pp. 89 ss.

<sup>14</sup>CANOTILHO, *op. cit.* nota 13, p. 90.

<sup>15</sup>Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "*Brançosos*" e interconstitucionalidade - *Inerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, Agosto de 2008, pp. 263 s.; KOKOTT, Juliane, "Die Staatsrechtlehre und...", *cit.*, p. 11 ss.; MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp.27 ss.; SHAW, *op. cit.* nota 12, pp. 185 ss. Vide também MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Outubro 2010, pp. 87 ss.



constitucionalismo em si, apresentam uma especial dificuldade de tradução para o panorama das sociedades *supraestaduais*.<sup>16</sup>

O panorama acima descrito, sobretudo quando associado à propensão para o aceleramento drástico dos movimentos migratórios, e que constitui um dos principais impactos da globalização, tem desafiado a democracia territorialmente concebida em dois dos seus elementos essenciais: por um lado torna-se necessário questionar a legitimidade da nação ou do *demos* como fonte exclusiva da soberania dos Estados e, por outro, impõem-se o repensar das tradicionais formas de governo, dos procedimentos de decisão e da responsabilidade democrática perante o povo. Em suma, face ao aumento dos fluxos migratórios e à criação de um Espaço de liberdade, de segurança e justiça comum - no que concerne ao espaço europeu - e na medida em que a sociedade se torna progressivamente numa realidade ainda mais dinâmica, pondo em questão o dogma nacionalista que, encorajado por um movimento de homogeneização, postula a coincidência territorialmente delimitada das unidades políticas e nacionais (*princípio da nacionalidade*), questiona-se a possibilidade de “desnacionalização” da democracia. Isto, porque a conceção do povo como sujeito político e que tem subsumido na sua base a pré-existência de uma nação, dificilmente se adapta à urgência de inclusão democrática dos imigrantes, quer por resguardo dos princípios democráticos em si, quer pelas exigências resultantes do reconhecimento dos Direitos Humanos, oximoro que tem como mais grave resultado a sedimentação da distinção política entre cidadãos e não-cidadãos que assinala um verdadeiro *défice democrático* no interior dos Estados: a desproporção entre o número dos que estão submetidos às leis e aos deveres do Estado e dos que sobre aquelas podem decidir tem aumentado significativamente e põe em causa a legitimação democrática - *no taxation without representation* -, tendência que lamentavelmente ignora o desenvolvimento histórico do entendimento moderno de liberdade, responsável pela eliminação sucessiva das restrições resultantes da censura, da origem e do sexo.<sup>17</sup>

Deste modo, o dogma da nacionalidade, ao ignorar o próprio processo de “*state-building*”, não contempla a complexidade que é própria das sociedades, razão pela qual deve ser afastado. O Estado é não só constituído por uma sociedade política complexa, como também é, ele próprio, fator de criação de sociedades, o que explica a variedade histórica das formas que pode assumir. Ele é fruto da interdependência de causas e

---

<sup>16</sup>Cf. *id. loc.cit.*, WALKER, *op. cit.* nota 8., pp. 4 ss.

<sup>17</sup>Cf. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 282 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 5 ss.

acontecimentos locais e da coerência de importantes processos no plano da Antropologia histórica -a conquista, a migração, a aglutinação por laços de sangue ou por laços económicos, a evolução social pura e simples<sup>18</sup>. Acrescenta-se que as sociedades, enquanto substrato do Estado, são primordialmente constituídas por relações humanas e, em lugar de tribos, civilizações, nações ou comunidades religiosas pré-existentes, as sociedades antes integram diversos grupos ou diferentes estratos pela cultura, pela posição social e pelo papel na divisão de trabalho, sendo plurais e dinâmicas (*common consciousness of human society on a world scale*). Precisamente em razão da sua pluralidade, o seu sistema político tende a organizar-se progressivamente em funções diferenciadas, especializadas, ligadas umas às outras por uma rede complicada de relações hierárquicas. Quer os Estados, quer as sociedades *supraestaduais* – confederações ou outros tipos de agrupamento de Estados, ou a própria comunidade internacional – coexistem para a obtenção de um relacionamento perfeitamente harmónico no pluralismo social. Ao Estado, em cujo poder e atividade assentam as organizações internacionais e enquanto instância mediadora entre aquelas e os cidadãos, cabe, nesta medida, um papel predominante na pacificação dos antagonismos sociais.<sup>19</sup>

Neste sentido, a globalização não terá apenas uma conotação negativa, mas apresentará uma oportunidade para o Estado: a conveniência de redefinir, por um lado, a natureza política do Estado e, por outro, o conceito de Estado-nação, enquadrando-o no novo e complexo ambiente da nacionalização (movimentos de construção social no seio de um território claramente definido), regionalização (movimento de agregação de transações e interações entre grupos funcionais ou geograficamente definidos de Estados), e internacionalização (movimento de coesão dos padrões internacionais e cooperação entre Estados, independentemente da sua localização geográfica). Não obstante a alteração da liberdade de atuação política dos Estados por via da globalização, tal não significará o fim da soberania dos Estados, mas apenas a reestruturação e a redefinição dos limites das suas autonomia e esfera de atuação.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup>Assim, por exemplo, no processo de criação dos Estados modernos, são exatamente fatores antropológicos, científicos e tecnológicos, como o rompimento das barreiras do mediterrâneo, as Cruzadas, o melhoramento das comunicações internas, o alargamento das áreas de segurança, o surgimento de novas tendências literárias e artísticas (cujo expoente será o movimento renascentista), a criação de novas metrópoles e a manifestação de novos pensamentos de espírito burguês, de economia mercantilista e capitalista, que desencadeiam a crise geral da mentalidade e da vida medievais. Cf. MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 49ss., 59 ss., e 84 ss.; DALARI, *op. cit.* nota 2, pp. 56ss.

<sup>19</sup>Cf. *ibid.*, pp. 31 ss; MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 19 ss.; SHAW, *op. cit.* nota 12, pp. 12 ss.

<sup>20</sup> Cf. SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 9 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 279 ss.

## 1.1. A crise do Estado e da Democracia territorialmente concebidos

A conceção de Estado que emergiu dos Tratados de Paz de Vestefália (1648) e que marca a rutura com o Estado Medieval encontra-se hoje na mira da discussão doutrinal, não sendo poucas as vozes que, desde os anos setenta do século passado, questionam o futuro do Estado. A globalização confronta em termos normativos e práticos o padrão bem estabelecido de Estado, dificultando-lhes o exercício da sua autoridade suprema e territorialmente delimitada conforme a integração dos espaços se acentua. Concomitantemente, a diferenciação social perde lugar para uma crescente interligação das redes societárias a nível internacional e uma maior heterogeneização a nível regional e local. A formação de uma sociedade global (*Weltgesellschaft*) reduz a capacidade dos Estados na adoção de políticas socioeconómicas, externas e de defesa independentes e dificulta o papel do Estado enquanto criador e defensor da identidade nacional, capaz de sustentar a fidelidade ao bem público e às instituições políticas, para uma definição e execução responsável das suas políticas. Em suma, pelo menos na perspetiva funcional, o Estado tradicionalmente concebido revela a sua progressiva desadequação, o que não significa que ele se tenha tornado obsoleto mas, dadas as evoluções do mundo contemporâneo, quer se omita, quer se negue, nada impedirá a progressiva perda das suas competências.<sup>21</sup>

Assim, na medida em que os Estados falham no cumprimento dos seus objetivos de forma isolada, quer porque se tornam incapazes de controlar as suas fronteiras, quer pela natureza global dos problemas suscitados, aqueles concedem parcelas crescentes da sua soberania a entidades transnacionais para atuação numa panóplia gradualmente crescente de áreas, incluindo a regulação económica, os Direitos Humanos e a segurança. A União Europeia é o exemplo paradigmático de organização *supra-estadual*, constituindo uma estrutura política completamente inovadora: o direito que dela imana goza de aplicabilidade direta nos seus Estados-membros, representando uma

---

<sup>21</sup>Cf. BELLAMY, Richard, “Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Three Models of the State, Democracy and Rights within the Eu.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil Walker, pp. 167-189, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, pp. 167 ss.; BREDOW, *op.cit.* nota 9, pp. 159 ss.; DI FABIO, Udo, “A European Charter: Towards a Constitution for the Union.”, *Columbia Journal of European Law*, n.º 7 (2001), pp. 159-172., pp. 168 ss.; BOGDANDY, *op.cit.* nota 3, pp. 885 ss.; SCHWERT, *op.cit.* nota 3, pp.40 ss.; KOKOTT, *op.cit.* nota 1, pp. 15 ss.

imiscuição intensa no poder centralizado dos Estados, mesmo que se reconheça a natureza derivada das suas competências<sup>22</sup>. A sua atuação forja energeticamente o quotidiano político e social da União. O Direito da União em si promove a interdependência e vincula Estados, órgãos e União: os tribunais dos Estados-membros são tribunais da comunidade e o direito dos Estados-membros é direito da União.<sup>23</sup>

A crescente necessidade dos Estados controlar determinados aspetos externos para reduzir as pressões reivindicativas internas e salvaguardar o bem-estar dos seus cidadãos, e a emergência de novos atores e estruturas de atuação que doravante partilham competências com os Estados ou que, por vezes, chegam mesmo a substituí-lo, configuram uma mudança institucional no plano internacional. O Estado moderno encontra-se pois sob forte pressão, quer interna, quer externa, e as suas estruturas históricas interestaduais, ao estilo vestefaliano, encontram-se em mutação acelerada, assistindo-se a uma transformação do Estado com perda de governança no contexto do governo nacional aos níveis local, regional, transnacional e global. De facto, na maioria dos casos, o Estado-nação deixou de ser autossuficiente, quer para exercer as suas

---

<sup>22</sup> São fundamentos da autonomia e da primazia do Direito da União Europeia nomeadamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) *van Gend & Loos* e *Costa./E.N.E.L.* dos inícios da década de sessenta do século passado. De acordo, o TJUE declara no caso *van Gend & Loos*: «[...] a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais». Mais tarde, no caso *Costa./E.N.E.L.* o TJUE declara ainda a autonomia do Direito da União em relação ao Direito Internacional Público na medida em que menciona que o Direito da União é um ordenamento jurídico que emana de fonte própria. De acordo, cita-se: «O primado do direito comunitário é confirmado [...] [a]o direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade [...] A transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária [...] implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos [...]».

A autonomia e a natureza constitucional do Direito primário da U.E. em contraposição ao Direito Internacional Público é ainda reafirmado e consolidado pela jurisprudência mais recente do TJUE (caso *Kadi*).

Cf. ASSENBRUNNER, Benedikt Franz. “Europäische Demokratie und nationalstaatlicher Partikularismus: Theoretischer Entwicklungsrahmen, unionsrechtliche Ansätze und Perspektiven europäischer Demokratie nach dem Reformvertrag von Lissabon.” *Leipziger Schriften zum Völkerrecht, Europarecht und ausländischen öffentlichen Recht*, Nomos, n.º 21 (2012), pp. 27 ss. Vide Ac. TJUE de 5.02.1963, proc. N.º 26/62, caso *van Gend & Loos*, p. 210. disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:DE:NOT>; Ac. TJUE de 15.07.1964, proc. n.º 6/64, caso *Costa./E.N.E.L.*, p. 556, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:DE:NOT>; Ac. TJUE de 3.09.2008, proc. C-402/05 P e C-415/05 P, caso *Kadi*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0402:DE:NOT>.

<sup>23</sup> Cf. *ibid. loc. cit.*; KEATING, Michael, “Sovereignty and Plurinational Democracy: Problems in Political Science.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil Walker, pp. 191-208, Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 198 ss.; KOKOTT, *op.cit.* nota 1, pp. 15 ss.

funções típicas de defesa, segurança, coesão social, estabilização monetária e económica e de produção legislativa, quer para lidar com problemas de índole global.<sup>24</sup>

Deste modo, o desenvolvimento do sistema de conjuntura mundial acima descrito e a arquitetura normativa complexa que lhe é inerente rompem com as tendências secularizantes nos domínios da política e da economia, que visavam sobretudo a centralização da autoridade interna ao nível do Estado e a sua laicização, modelo ideológico que encontrava no seu centro o Estado territorialmente delimitado e constitucionalmente independente (soberano). O fenómeno da globalização, que inclui elementos de supranacionalidade, acarreta a transformação da comunidade política e, conseqüentemente, a alteração das normas que definem o lugar da autoridade política. O território, enquanto elemento essencial do Estado e fator de garantia da eficácia do poder e da estabilidade da ordem interna - *quidquid est in territorio, est etiam territorium* –, padece gradualmente da sua clareza e rigor geométrico, facto para o qual contribuem os movimentos de emancipação política, quer dos povos vulneráveis e sem governo de Estado próprio, quer das minorias oprimidas, procedimentos internos de autodeterminação que inevitavelmente conduzem a uma cedência da supremacia territorial do Estado (processo de “refeudalização/retribalização”). A soberania e o quadro dos relacionamentos internacionais encontram-se em processo de mutação.<sup>25</sup>

Em razão das transformações políticas, jurídicas, económicas e sociais, o Estado nacional perdeu o monopólio, a centralidade e a relevância quer na ordem externa e no relacionamento internacional, quer na ordem interna. O Estado «perdeu competências pelo topo, transferidas para a decisão colectiva dos grandes espaços; perdeu competências pelas bases reordenadas pela descentralização e pela regionalização; perdeu áreas da antiga zona de jurisdição interna; perdeu recursos pelos efeitos das leis da competitividade».<sup>26</sup> Por seu turno, a transformação do conceito tradicional de fronteira, que se tornou mais abrangente e múltiplo, passa a contemplar as fronteiras da

---

<sup>24</sup>Cf. FALK, Richard, *Globalização Predatória: Uma Crítica*, Lisboa, Instituto Piaget, 1999, pp.52 ss.; QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, Novembro 2011, pp.7ss.; FERRO, Pedro Rosa, *Democracia Liberal: A Política, o Justo e o Bem*, Coimbra, Almedina, Abril 2012, pp. 122 ss.

<sup>25</sup>Cf. FALK, *op.cit.* nota 24, pp. 46 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op.cit.* nota 3, pp. 281 ss.; SCHWERT, *op.cit.* nota 3, pp.40 ss.; ZIPPELIUS, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre - Politikwissenschaft*, 16ª Edição, Munique, C.H. Beck, 2010, pp. 73 ss.; DALARI, *op.cit.* nota 2, pp. 73 ss.; QUEIROZ, *op.cit.* nota 24, pp.7 ss.; FETSCHER, Iring, “Demokratie und Toleranz in den europäischen Nationalstaaten.”, in *Globalisierung und nationale Souveränität - Festschrift für Wilfried Röhrich*, de Dieter S. LUTZ, pp. 43-59, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 45 ss.

<sup>26</sup> MOREIRA, Adriano *apud* FERRO, *op. cit.* nota 24, pp. 122 ss.

“geografia de segurança”, da “geografia política e económica” e da “geografia da identidade”. O núcleo jurídico da soberania, embora se mantenha enquanto sinónimo da autoridade política máxima e da independência constitucional, sofre uma alteração considerável de conteúdo. Tal circunstância acarreta ainda o problema da relação entre Estado e Democracia e mais detalhadamente da “crise do constitucionalismo” que haveria de resultar do reforço das instâncias internacionais no contexto do pós-guerra e do triunfo do modelo de constituição liberal em resultado da queda do regime soviético.<sup>27</sup>

Sob o ponto de vista das sociedades civis transfronteiriças, transnacionais ou cosmopolitas, o Estado deixa de ser o paradigma do Direito Internacional (clássico) e do Direito Constitucional. Simultaneamente, a aplicação concorrente de distintivas ordens legais no espaço político de atuação dos Estados somente corrobora os questionamentos normativos e concetuais subversivos à noção vestefaliana de supremacia territorial que emergiram das perspetivas revolucionárias sobre a reformulação das relações entre Estados e o Estado e a sociedade, nomeadamente das reivindicações pelos direitos civis e políticos do cidadão, pela legitimidade de atuação do aparelho de poder e da introdução, no quadro político e jurídico, de noções como a solidariedade racial e de classe, preocupações que têm sido alvo de enquadramento normativo internacional nas últimas décadas. Assim, a génese de novas solidariedades são um forte indício de que as fidelidades em sede da soberania podem ter uma origem diferente da nacionalidade e que as legitimidades políticas não são forçosamente nacionais ou que as nações manifestam obrigatoriamente ambições de soberania própria e exclusiva. O vínculo entre Estado e Democracia não é impreterível. Em primeiro lugar porque nem todos os Estados modernos satisfazem o critério democrático e, segundo, porque é impossível identificar a génese do Estado com a origem da Democracia. Aliás, conforme a observação de Alexis de Tocqueville, foi o absolutismo que preparou o terreno da formação dos Estados nacionais modernos e não a democracia<sup>28, 29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cf. *ibid loc. cit.* ; QUEIROZ, *op.cit.* nota 24, pp.7 ss.; SILVA, Suzana Tavares, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, Setembro 2011, pp. 9 ss.

<sup>28</sup> De acordo com Bernard Crick: *it is always necessary to remember that we are considering a term that has had no meaning at all in most societies for most human history, and that while most governments in the modern world feel the need to call themselves democratic, many are at or beyond the outer limits of any of the main usages of the term historically.*

CRICK, Bernard, *Democracy: A Very Short Introduction*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2002, p. 3.

<sup>29</sup> Cf. FALK, *op. cit.* nota 24, pp.46 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 35 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp.7 ss.; FERRO, *op. cit.* nota 24, pp. 122 ss.; FETSCHER, *op. cit.* nota 25, pp. 43 ss.

A partilha das competências entre Estados e organizações transnacionais reflete uma limitação *de facto* do exercício da autonomia de atuação dos Estados, limitação voluntária e que surge como resposta à impotência dos Estados na prossecução isolada dos seus objetivos. Deste modo, a construção europeia não deve ser vista apenas como um jogo de natureza estratégica onde rege a imposição da vontade “soberana” dos Estados mais fortes, ou como mero instrumento para prossecução dos interesses seculares nacionais próprios dos velhos Estados-nação. O princípio da igualdade dos Estados, próprio do modelo federal, e o princípio da subsidiariedade devem ser os princípios ou as linhas mestras que regem a união política, permitindo valorizar a diversidade cultural enquanto parte constituinte essencial da riqueza europeia, tanto quanto a sua unidade civilizacional.<sup>30</sup>

Conforme as considerações *supra* apontam a necessidade do estudo da soberania enquanto objeto da globalização, nomeadamente quais os impactos desta sobre a conceção tradicional do Estado e se os ideais da democracia liberal e a legitimação do poder apenas poderão ser satisfeitos, de forma plena, nos moldes do Estado-nação.

### **1.1.1. A erosão da Ordem Vestefaliana e a crise do Estado soberano**

Quer para a caracterização da Ordem Vestefaliana quer para a Teoria das Relações internacionais o conceito de soberania é de importância central, embora o seu significado não seja unânime. O conceito de soberania emerge nos finais do século XVI, no termo das *guerras religiosas*, e, em particular, nos escritos de Jean Bodin (*Les six livres de la republique - 1579*), identificando-se com o absolutismo e a centralização do poder. Como espelho da relação entre o território e o Estado, exprimindo a autoridade suprema e indivisível do soberano sobre todos os residentes do território, a soberania define-se como o poder absoluto, indivisível e perpétuo da República. Mais tarde, sob a experiência da guerra civil, Thomas Hobbes desenvolve um conceito idêntico de soberania cuja força se torna ainda mais centralizadora. Como resultado das conceções clássicas de Bodin e Hobbes emerge no pensamento político a ideia de um ente capaz de regular, de forma absoluta, qualquer comportamento. Nestes termos, o Estado surge historicamente, como a formação política que serve de suporte ao exercício do poder

---

<sup>30</sup> Cf. SCHWERT, op. cit. nota 3, pp. 40 ss.; FERRO, op. cit. nota 24, pp. 122 ss.

público, dotado de um alto grau de autonomia interna e externa, convertendo-se, após a Segunda Guerra Mundial, na forma universal de organização política.<sup>31</sup>

No centro do Sistema ou Ordem Vestefaliana, que se desenvolveu a partir da celebração dos Tratados de Münster e Osnabrück no final da Guerra dos Trinta Anos e que representa um modelo ideológico das relações internacionais, figura a ideia do Estado territorialmente organizado que age num meio anárquico. Segundo David Held, o Sistema Vestefaliano resumir-se-ia da seguinte forma: o mundo é concebido por Estados soberanos que não reconhecem quaisquer formas de autoridade subordinada; o poder legislativo, executivo e judicial encontra-se no domínio reservado dos Estados; o Direito Internacional constitui um direito mínimo indispensável à coexistência pacífica dos Estados; os problemas e conflitos de cariz transfronteiriços apenas envolvem as partes interessadas; a todos os Estados é reconhecida igualdade formal independentemente de eventuais desigualdades fáticas; eventuais conflitos que possam ocorrer entre Estados deverão ser esclarecidos pelo uso da força e, por último, a eliminação de quaisquer entraves à liberdade de atuação dos Estados é prioridade coletiva.<sup>32</sup>

No entanto, o progresso do direito internacional, após a Segunda Guerra Mundial e desde a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, extravasou as fronteiras do Direito da Paz e da Guerra, absorvendo progressivamente matérias que até então eram do monopólio da soberania dos Estados, passando a configurar como Direito Internacional da cooperação e da solidariedade, o que pôs em causa a centralidade do Estado nas relações internacionais e a tradicional conceção de soberania. A ideia da igualdade dos Estados adotada na Conferência de São Francisco passa a prevalecer sobre a própria ideia de soberania, marcando o início do processo de erosão progressiva da soberania ao mesmo tempo que a comunidade internacional passa a impor restrições crescentes à liberdade de atuação dos Estados, relevando para a mudança progressiva da valoração e do balanço entre interesses particulares dos Estados e interesses da Humanidade. A União Europeia figura a tentativa mais evoluída daquela integração, pretendendo prosseguir não apenas com uma integração económica e monetárias, mas também social e política. A progressiva absorção pelo Direito Internacional de matérias

---

<sup>31</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 45 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp.10 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 2, pp. 17 ss. *Vide* MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 28 ss.; DALARI, *op. cit.* nota 2, pp. 62 ss.; FASSBENDER, Bardo, "Sovereignty and Constitutionalism in International Law.", in *Sovereignty in Transition*, de Neil WALKER, pp. 115-143, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, pp. 115 ss.

<sup>32</sup> Cf. HELD *apud* SCHWERT, *op.cit.* nota 3, p. 41. *Vide* também SHAW, *op.cit.* nota 12, pp. 30 ss.



que tradicionalmente caberiam na soberania dos Estado, implica o reconhecimento do princípio segundo o qual a soberania dos Estados nem se configura como absoluta nem como indivisível.<sup>33</sup>

Deste modo, a constituição, reestruturação e desagregação das componentes caracterizadoras do Sistema Vestefaliano traduzem-se na modificação da repartição do Poder e na transformação profunda da Ordem Vestefaliana. Como defende James A. Caporaso, tanto a crescente incapacidade dos Estados de se imporem a autoridades externas como a alteração significativa das principais estruturas do Estado e das relações que entre elas se estabelecem constitui critério suficiente para a gradual erosão do Sistema Vestefaliano. Qualquer incongruência entre territorialidade, autoridade e cidadania afetará necessariamente o paradigma vestefaliano.<sup>34</sup>

Deste modo, o conceito de soberania cumpre essencialmente funções retóricas. Aliás, a doutrina do Direito público não conhecerá termo mais controverso e impreciso do que soberania. Alvo de uma multiplicidade de teorias, ditadas pelas conveniências, a soberania tornou-se argumento do debate político, tendo adquirido, durante os séculos uma qualidade quase mítica. Por isso, Kaplan e Katzenbach observaram recentemente que a soberania revela uma natureza bastante embaraçosa sobretudo no âmbito do Direito Internacional pelo seu uso recorrentemente impreciso e indisciplinado, facto que se deve à circunstância da soberania se ter tornado num «*símbolo altamente emocional*», amplamente utilizado para conquistar simpatias em face de tendências nacionalistas que vêm marcando a nossa época»<sup>35</sup>. Correspondentemente, a determinação do sentido jurídico de soberania tem-se demonstrado bastante difícil, na medida em que o termo tem servido frequentemente como cobertura jurídica para meras políticas de força (*power politics*). Neste sentido Fassbender afirma:

*since it was invented, sovereignty has a strong political dimension – it has, in fact, been more about making claims for a change of the status quo, or claims to power, than a careful observation of legal rules [...] The clearest manifestation of that impulse is still war*<sup>36, 37</sup>

---

<sup>33</sup> QUADROS, Fausto de, GONÇALVES PEREIRA, André, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª Edição revista e aumentada, Coimbra, Almadina, 2009, pp. 660 ss.; FASSBENDER, *op. cit.* nota 31, pp. 124 ss. Vide também FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3., pp. 327 ss.

<sup>34</sup> Cf. HELD *apud* SCHWERT, *op.cit.* nota 3, p. 41.; CAPORASO *apud ibid.*, p. 44.

<sup>35</sup> DALARI, *op.cit.* nota 2, p. 62.

<sup>36</sup> FASSBENDER, *op.cit.* nota 31, p.141. E conclui mais tarde, ser absurdo pretender-se que a soberania tenha perdido o seu carácter político ou que ela se tenha subordinado totalmente a regras jurídicas porque: «*sovereignty still stands for freedom in action by states when the need is for central coordination and*

A natureza relativamente indeterminada do termo soberania dificulta ainda a averiguação da dimensão do impacto da globalização sobre a soberania dos Estados, na medida em que algumas disciplinas recorrem indiscriminadamente à noção de soberania e autonomia, recurso que alude ao duplo Standard da soberania *De-jure* e *De-facto*, isto é, à distinção implícita entre soberania formal e soberania material. Assim, a equiparação de soberania formal e material leva à consideração de resultados antagónicos: enquanto as ciências políticas concebem um Estado não-soberano mas, no entanto, capaz de manobrar a sua capacidade de ação autónoma na resolução de determinados problemas coletivos, as Relações Internacionais concebem o Estado formalmente soberano, mas incapaz de resolver eficaz e autonomamente os problemas coletivos. Estas considerações tornam evidente que a validade do princípio da soberania pode variar consoante a conceção de soberania assumida, pelo que as posições assumidas variam desde a afirmação que a soberania equivale a um mito sem correspondência com a realidade e um perigo para a resolução adequada das controvérsias (como nos casos de violação dos Direitos Humanos), passando pela defesa veemente da doutrina da soberania e pela declaração da existência da soberania com base no reconhecimento recíproco dos Estados como unidades soberanas, até ao postulado da infrutuosidade do recurso à soberania na ciência política.<sup>38</sup>

#### **1.1.1.1. A perda de autonomia ou capacidade de controlo dos Estados**

Na década de 60 do séc. XX assistiu-se a grandes alterações económicas e sociais. A segmentação da força de trabalho, a ampla e complexa organização do corpo profissional, gerencial e técnico e os meios de comunicação, informação, transporte e controle extremamente sofisticados (fordismo) na década de 60, tanto nos EUA como na Europa, levaram a uma coordenação da produção, do consumo em massa e à acumulação constante de bens que geraram um crescimento económico e uma abundância sem precedentes, tendo-se assistido, por força dessas mutações, a alterações nos paradigmas societários, testemunhando-se a ascensão de uma classe média,

---

*control, and it evokes the fear of unpredictable and irresponsible state behavior instead of progress toward the international rule of law.» IL CLAUDE apud ibid., p. 142.*

<sup>37</sup>Cf. KOKOTT, *op.cit.* nota 1, pp. 17 ss.; DALARI, *op.cit.* nota 2, pp. 62 ss.; MOREIRA, *op.cit.* nota 10, pp.27 ss.; FASSBENDER, *op.cit.* nota 31, pp.115 ss.

<sup>38</sup> Cf. SCHWERT, *op.cit.* nota 3, pp. 45 ss. Vide também KOKOTT, *op.cit.* nota 1, pp. 19 ss.

constituída por trabalhadores, com padrões de vida cada vez mais elevados e que, por sua vez, se vieram a refletir na expansão dos direitos civis, políticos e sociais (direitos de segunda geração), na ampliação da legislação regulatória dessa nova realidade (nomeadamente no que concerne à legislação laboral) e num intervencionismo e papel crescentes do Estado<sup>39</sup>.

Todavia, se durante os anos 60 o novo paradigma socioeconómico funcionava perto do seu ponto ótimo, uma série de circunstâncias ocorridas na viragem da década, nomeadamente o crescimento de novos movimentos sociais, como o protesto dos estudantes e assalariados; o aumento da competitividade dos mercados internacionais, resultantes da recuperação total da Europa e da Ásia; a insuficiência do investimento de capital em novas tecnologias; a estagnação organizacional dos meios de produção; o fracasso do desenvolvimento industrial; o aumento dos custos do bem-estar social, e a crise do petróleo de 1973, traduziram-se em graves crises político-económicas que, em conjunto com a maior competitividade dos mercados internacionais, levaram à definição de novas estratégias por parte dos Estados. A partir de então, o esforço dos Estados dirigido à redução da inflação (políticas protecionistas), que levou a que o crescimento se tornasse mais lento, o que veio a traduzir-se na redução do poder das organizações trabalhistas, na aceitação de níveis mais elevados de desemprego e na redução dos salários sociais, fez com que as políticas de intervenção dos Estados, até então bem-vindas à economia, se viessem a “transformar” na principal causa da retração económica, não se fazendo esperar por uma resposta dos economistas apologistas do liberalismo económico (Milton Friedman, Escola de Chicago).<sup>40</sup>

Assim, segundo Susan Strange, *«today it seems that the heads of governments may be the last to recognize that they and their ministers have lost authority over national societies and economies that they used to have»*<sup>41</sup>. Respetivamente, a análise das ciências sociais critica o facto de se pretender enquadrar a perda da capacidade de controlo do Estado através do emprego de conceitos obsoletos e de teorias ultrapassadas, uma vez que correspondem a um paradigma, no qual a territorialidade do Estado ainda desempenhava um papel determinante. No entanto, esse mundo já não

---

<sup>39</sup> Cf. BONNANO, Alessandro, *A globalização da economia e da sociedade: fordismo e pós-fordismo no sector agroalimentar*, Departamento de Sociologia da Universidade de Sam Houston, p. 28ss., disponível em [http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism\\_materials/bonanno.pdf](http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism_materials/bonanno.pdf). Vide também MACHADO, Jónatas E.M., *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro 2006, p. 372 ss.

<sup>40</sup> Cf. *id. loc. cit.*

<sup>41</sup> STRANGE, Susan *apud* SCHWERT, op. cit. nota 3, p. 50.

existe: assiste-se a uma assimetria crescente entre a soberania formal dos Estados e a capacidade fáctica daqueles controlarem a economia e a sociedade, conforme o progresso tecnológico, o peso dos mercados financeiros internacionais e a integração dos mercados nacionais nos mercados globais aumenta. Concomitantemente, as responsabilidades fundamentais do Estado respetivas à regulação do mercado tornam-se desprovidas na medida em que os vetores característicos da política neoliberal envolvem tendências e medidas como a liberalização e a privatização, acentuando-se o papel do Estado enquanto gestor.<sup>42</sup>

A aceitação dos princípios da livre convertibilidade da moeda e da livre circulação internacional de capitais<sup>43</sup>, por exemplo, traduziram-se numa enorme aceleração da mobilidade geográfica dos capitais e na corrosão da autonomia do Estado, aumentando cada vez mais os lucros dos especuladores e transformando os Estados «em “reserva de caça”, à mercê da chantagem da retirada dos capitais para países mais atrativos»<sup>44</sup>. A gradual desintegração da autoridade formal e da capacidade de controlo do Estado pela dinâmica da globalização, transformam profundamente o Estado enquanto instrumento de bem-estar humano, relegando-o progressivamente e em diferentes graus para uma relação de subordinação com as forças globais de mercado. Vários têm sido os Estados que se tornaram quase impotentes e/ou até cúmplices desse desenvolvimento, seguindo orientações políticas destrutivas, diluindo gradualmente os programas de segurança pública e de previdência social destinados aos seus cidadãos. A difusão do materialismo e a ênfase ao consumismo pelos meios de comunicação globalizados que apoiam o desenvolvimento económico desenfreado contribuem diariamente para a corrosão dos alicerces ecológicos e culturais. O principal impulso reformista é exercido pelas forças globais de mercado que procuram transferir a lealdade governamental para o plano financeiro e comercial<sup>45</sup>. Por esta via, o recém-

---

<sup>42</sup> Cf. *ibid.*, pp. 50 ss.; FALK, op. cit. nota 24, pp. 15 ss. e 52 ss.

<sup>43</sup> Que a partir da década de 70 do séc. XX condicionava a aceitação do apoio pretendido por um país quando recorria aos serviços do Fundo Monetário Internacional (FMI). Cf. AVELÃS NUNES, António José. “Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo.” *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, 2011, pp. 8 ss.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>45</sup> Assim, segundo Edson Ferreira de Carvalho:

«A globalização estabeleceu novo cenário político e económico, no qual algumas companhias transnacionais possuem maior poder que vários Estados reunidos. Esse fenómeno promoveu a transferência do poder dos governos, das empresas nacionais e dos trabalhadores para as companhias transnacionais, que são, ao mesmo tempo, os principais impulsionadores e beneficiários da globalização. A maioria delas não assumiu a responsabilidade que resultou dessa transferência de poderes. Nessa seara, a autorregulação raramente funciona [...]».

criado sistema de atividade económica global constitui um fator determinante na erosão da soberania nacional.<sup>46</sup>

Com a perda da soberania, os Estados deixam de ser capazes de desempenhar a sua função reguladora de forma plena. Como resultado do Estado de *laissez-faire* e da liberdade pessoal e económica, o mercado, deixado a si, gera concorrência imperfeita, assimetria de informações, irracionalidades, comportamento colusivo, tráfico de influências, gigantismo setorial, desemprego, poluição, e outros males. As desintermediação, descompartimentação e desregulamentação, acrescidas da introdução de novas tecnologias de comunicação e do desenvolvimento dos sistemas de transporte, que, doravante, incrementam drasticamente a mobilidade das empresas, possibilitam às sociedades multinacionais “jogar” com a fixação dos locais de investimento, produção, fiscalização e estabelecimento de modo a atingir maiores vantagens, circunstância da qual resulta, todavia, uma limitação das políticas económicas a adotar pelo Estado, encurtando-se os espaços de manobra e de decisão livre e independente daquele e sujeitando a política fiscal e monetária aos interesses do mercado financeiro internacional.<sup>47</sup>

Segundo Strange, o problema é agravado pelo facto de a regulação económica não ter sido alvo da disciplina de um regime internacional económico eficaz, pelo que constata que «*the diffusion of authority away from national governments has left a yawning hole of non-authority, ungovernance it might be called.*»<sup>48</sup> Como consequência deste desenvolvimento, o Estado fica privado de recorrer a determinados instrumentos para a regulação económica, nomeadamente daquelas medidas que resultam da adoção de uma política intervencionista do tipo Keynesiana<sup>49</sup>. Paralelamente, o desenvolvimento de poderosos conglomerados financeiros e o aumento do seu poder, nomeadamente político, torna as atividades de regulação e de

---

CARVALHO, Edson Ferreira de, *Meio Ambiente e Direitos Humanos*, 1ª Edição, Coritiba, Juruá Editora, 2006, p.138

<sup>46</sup>Cf. FALK, *op. cit.* nota 24, pp. 93 ss.; HELD *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 50.

<sup>47</sup>Cf. KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 21 ss.; M. FEITOSA, Maria Luiza Alencar, “A desregulação dos mercados e as recentes crises económicas.”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, 2006, pp. 3 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 50 ss.; AVELÁS NUNES, *op. cit.* nota 43, pp. 9 ss.

<sup>48</sup> STRANGE, Susan *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 50.

<sup>49</sup> No entanto, o Parlamento Europeu aprovou, no seu parecer de 25 de Maio de 2012, um novo imposto sobre as transações financeiras (ou Taxa Tobin), por 487 votos, através de Resolução Comum do Parlamento. Ainda que aquele seja apenas consultivo, o Parlamento Europeu é da opinião que a implementação do imposto deve ser seguida mesmo que nem todos os Estados Membros o adotem. *Vide* <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/pressroom/content/20120523IPR45627/html/Novo-imposto-comum-sobre-as-transa%C3%A7%C3%B5es-financeiras-no-combate-%C3%A0-crise;> [http://www.presseurop.eu/pt/content/news-brief/2049461-eurodeputados-aprovam-taxa-tobin.](http://www.presseurop.eu/pt/content/news-brief/2049461-eurodeputados-aprovam-taxa-tobin)

supervisão de cada um dos setores de atividade financeira ainda mais difíceis e complexas. Assim, por exemplo, denunciam-se no *Relatório da Comissão de Inquérito à Crise Financeira*, elaborado a propósito da reunião dos G7 em Fevereiro de 2007, pressões das instituições financeiras sobre os decisores políticos e sobre as entidades reguladoras através do financiamento das campanhas eleitorais dos políticos e através do pagamento de muitos milhares de milhões de dólares às sociedades de *lobbying*.<sup>50</sup>

A desintermediação e a plena liberalização dos capitais, por seu turno, favorecem investimentos a curto prazo e aumentam o fluxo de capitais potenciadores da ameaça do *risco sistémico*<sup>51</sup> e conduzem à submissão do capital produtivo ao capital puramente especulativo. Na medida em que os Estados correm perigo de importantes parcelas do capital ou investimento privado serem canalizadas para o exterior, eles são forçados a adotar políticas compatíveis com as tendências verificadas nos mercados de capitais internacionais. Deste modo cria-se uma interdependência sistémica que reduz o campo de atuação política do Estado. O resultado é a menor criação de emprego e a maior pressão no sentido da baixa salarial, tentativas de compensar o aumento dos encargos financeiros das empresas.<sup>52</sup>

Tendo em conta o paradigma acima descrito, Krasner entende que a globalização económica realmente afeta os aspetos essenciais da soberania. Na terminologia do autor, os Estados são afetados na sua “domestic” e “interdependence sovereignty”. Tal significa, por outras palavras, que os Estados, muito embora continuem a possuir uma plena e efetiva “international legal sovereignty” – ou seja, é lhes reconhecida independência jurídico-formal-, estão sujeitos a uma tendencial e gradual perda de Autoridade e de capacidade de controlo (“domestic” e “interdependence sovereignty”) nos seus próprios territórios. Todavia, o autor adverte que o diagnóstico da limitação do espaço de atuação do Estados apenas se verifica quanto a um aspeto parcial da soberania, porque a globalização económica apenas influencia a capacidade do Estado controlar a circulação de mercadorias e capitais. Em face destas circunstâncias e de acordo com Krasner, a perda da capacidade de controlo por parte do Estado não significa o fim da soberania

---

<sup>50</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 50 ss.; AVELÃS NUNES, *op. cit.* nota 43, pp. 29 ss.

<sup>51</sup> Agravado pelo comportamento mimético dos grandes especuladores, o risco sistémico é o risco global de desmoronamento do sistema financeiro à escala mundial. O risco sistémico é a ocorrência de um evento que vai desencadear uma perda de valor económico ou confiança num sector ou numa parte do sistema financeiro e que, pela sua gravidade, irá ter consequências nefastas na economia real. A sua ocorrência poderá ser repentina e inesperada ou poderá ser gradual. Cf. DONATH, Liliana Eva, CISMAŞ, Laura Mariana, “Determinants of Financial Stability.”, *The Romanian Economic Journal*, XI, n.º 29, pp. 27-44, (3)2008, pp. 27 ss.

<sup>52</sup> Cf. AVELÃS NUNES, *op. cit.* nota 43, pp. 29 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 50 ss.

interna, na medida em que as modalidades da soberania que, na sua essência, traduzem autoridade (“international legal sovereignty” e “Westphalian sovereignty”) não são afetadas.<sup>53</sup>

Também Held e outros autores, que defendem o caráter qualitativamente recente da globalização, negam a ligação perentória entre a perda da soberania e a limitação da autonomia de atuação dos Estados. Deste modo, Held constata que

*[...]sovereignty is eroded only when it is replaced by forms of “higher” and/or independent authority which curtail the rightful basis of decision-making within a national Framework. For I take sovereignty to mean the political authority within a community which has the acknowledged right to exercise powers of the state and to determine the rules, regulations and policies within a given territory<sup>54, 55</sup>*

De acordo com o *supra* citado, pode concluir-se que para a doutrina dominante, pelo menos no que concerne à globalização económica, os Estados ainda não perderam o núcleo da sua soberania. A autoridade exercida pelos mercados de bens, serviços e capitais representa antes uma perda da autonomia (Held) ou da capacidade de controlo (Krasner) dos Estados.<sup>56</sup>

#### **1.1.1.2. A erosão da autoridade ou da soberania Estadual**

A globalização não é todavia um fenómeno que se reduz à economia. Antes constitui um conjunto de processos, na sua conotação mais ampla, um fenómeno de intensificação das relações económicas, políticas, sociais e culturais, e apenas a sua consideração conjunta permite entender a sua complexidade. Assim, o Direito Internacional preocupar-se-á, no limiar do século XXI, não simplesmente com uma *Nova Ordem Económica Internacional* (NOEI), como defendida desde o termo da Primeira Guerra Mundial, mas com uma *Nova Ordem Mundial* (NOM) política e não apenas económica, fundada no primado do Direito Internacional, dos valores da Democracia e do Estado de Direito na Comunidade Internacional, para cuja edificação a União Europeia tem desempenhado um papel fundamental. No seio da NOM, também a salvaguarda dos Direitos Humanos passa a ganhar centralidade, tornando-se num

---

<sup>53</sup> Cf. *ibid. loc.cit.*

<sup>54</sup> HELD, David *apud ibid*, p. 54.

<sup>55</sup> *ibid*, pp. 50 ss.

<sup>56</sup> Cf. *ibid. loc. cit.*

critério universal que doravante não pode ser questionada pela arbitrariedade dos interesses públicos locais<sup>57</sup>. A universalização dos valores citados questiona a grandeza dos antigos Estados-nação, marginalizando-os e reduzindo-os a meras unidades locais.<sup>58</sup>

Deste modo, se é verdade que os Estados não perderam a sua soberania formal através da globalização económica, deve questionar-se quais os seus impactos sobre aqueles aspetos da soberania que dizem respeito à autoridade dos Estados, ou seja, que consequências acarretam para a “international legal sovereignty” e a “Westphalian sovereignty”.<sup>59</sup>

Assim, quando observada, a realidade internacional demonstra que o reconhecimento jurídico-formal da independência dos Estados (“international legal sovereignty”), quando comparado com outras modalidades de soberania, parece manter-se intacto. Nada aponta no sentido de os Estados terem perdido o interesse do reconhecimento mútuo enquanto unidades soberanas ou que as vantagens ligadas àquele reconhecimento (imunidade diplomática, independência judicial formal, o direito de celebrar convenções internacionais, etc.) se tenham tornado abomináveis para os Estados.<sup>60</sup>

Todavia, quando se considera que é sobretudo aquela soberania externa e formal que constitui a base para o número crescente dos Tratados e das obrigações internacionais entre Estados e que, não raras as vezes, se destinam a enfraquecer a “Westphalian sovereignty” daquelas Nações, entende-se que a soberania dos Estados europeus se tem modificado de forma significativa nas últimas décadas. De uma perspetiva formal, portanto, a natureza vinculativa das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e especialmente o reconhecimento do primado do Direito Europeu sobre o Direito dos Estados-membros implica uma limitação da “Westphalian sovereignty” dos Estados (membros), na medida em que, em parte, estão submetidos a uma autoridade superior. A este propósito Keohane sublinha que, muito embora os governos nacionais dominem o processo de decisão «[...] *they do so within an institutional context involving the pooling and sharing of sovereignty, and in*

---

<sup>57</sup> Como, aliás, foi defendido pela doutrina do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) no caso *Barcelona Traction* (Bélgica v.s. Espanha, de 5 de Fevereiro de 1970). Caso disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>.

<sup>58</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 12 ss.; QUADROS, GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.* nota 33, pp. 660 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 9 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 29 ss.

<sup>59</sup> SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 50 ss.

<sup>60</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 54 ss.



*conjunction with a commission that has a certain degree of Independence»<sup>61</sup>. De acordo com o mencionado, pode concluir-se que, pelo menos no contexto da União Europeia, se verificam perdas determinantes da soberania dos Estados, podendo inclusivamente falar-se do desenvolvimento de uma nova forma de soberania (*pooled sovereignty*).<sup>62</sup>*

Porém, tais tendências não são exclusivas do Direito Europeu. Também o Direito Internacional Público tem contribuído para a supressão da soberania nacional enquanto ordenamento jurídico complementar. Assim, o gradual e crescente alargamento das áreas de intervenção do Direito Internacional que vinculam juridicamente os Estados, são igualmente indício no sentido da erosão da soberania vestefaliana. De especial importância para a supressão do entendimento tradicional de soberania assinala-se a crescente inclusão do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, testemunhando-o as matérias objeto dos Tratados celebrados desde o término da primeira Guerra Mundial, tais como a autodeterminação dos povos, a proteção das minorias, a declaração dos direitos humanos em sede das Nações Unidas (1948) e a criação, em 1998, do Tribunal Penal Internacional (TPI).<sup>63</sup>

O incremento dos Direitos Humanos e de instituições «que tem (sic) vindo a enfatizar a consideração do indivíduo como *unidade primária e sujeito por excelência do direito internacional*»<sup>64</sup>, proliferando-se o entendimento de que os Estados são sobretudo recursos institucionais ao serviço dos cidadãos e não pessoas morais, representa, ao contrário da *supracitada* limitação do poder de controlo e da autonomia de atuação dos Estados, uma verdadeira ameaça à autoridade exclusiva dos Estados. Held, relativamente ao assunto escreve que: «*Global human rights are a direct challenge to one aspect of the authority of the state, its right to regulate relations between its subjects and their rulers free of external interference*»<sup>65</sup>. Na medida em que a soberania estadual passa a estar associada à responsabilidade de proteção dos Direitos Humanos, passa a encontrar-se subordinada ao direito internacional e aos valores transnacionais do respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos seus direitos mais básicos, situação que se torna bastante evidente no conflito entre validade universal dos

---

<sup>61</sup> KEOHANE *apud ibid.*, p.55.

<sup>62</sup> *Cf. ibid.*, pp. 54 ss.

<sup>63</sup> *Cf. ibid. loc. cit.*; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 21 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 39., pp. 213 ss. e 359 ss. QUADROS, GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.* nota 33., pp.392 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 197 ss.

<sup>64</sup> MACHADO, *op. cit.* nota 39., p. 214.

<sup>65</sup> HELD, David *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p.58.

Direitos Humanos e reivindicação da soberania nacional nos casos de intervenção humanitária.<sup>66</sup>

De acordo com Ernst-Otto Czempiel, enquanto elemento multidimensional do processo de globalização, o incremento da interdependência dos Estados pode permitir não apenas uma intervenção direta como uma intervenção indireta dos Estados numa panóplia crescente de situações, quer através da imposição de sanções económicas, quer através de incentivos. Assim, por um lado, o leque das intervenções legais aumentam e deixam de estar perentoriamente dependentes do mandato do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (CS-ONU)<sup>67</sup> e, por outro, a interdependência entre os Estados se agrava implicando uma limitação do desempenho efetivo e autónomo das suas funções de segurança e providência social, o autor defende uma gradual perda de significado do *princípio da não intervenção*, derivado direto do postulado da igualdade dos Estados (art.2, n.º1 da Carta das Nações Unidas) e frequentemente sublinhado pela jurisprudência internacional do TIJ<sup>68</sup>, determinando uma alteração fundamental da conceção de soberania.<sup>69</sup>

Por último, no contexto da supressão do entendimento tradicional da soberania, é ainda de especial importância considerar-se o aparecimento e o papel crescentemente decisivo de novos atores internacionais, quer das organizações internacionais governamentais, quer das não governamentais (ONG's), cuja proliferação se tem acentuado no século XX e cuja atuação tem sido determinante para a realização dos standards internacionais. Apesar do seu espaço de atuação ser limitado, sobretudo no que concerne à afirmação coercitiva dos standards acima referidos, porque, na sua maioria, não beneficiam de competência executiva própria (como as Instituições da ONU), dependendo o sucesso da sua atuação da realização de convenções internacionais, apelos morais e da pressão pública, as organizações internacionais

---

<sup>66</sup> Cf. *ibid.*, pp. 54 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 39., pp. 213 ss. e 359 ss. Vide igualmente FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 197 ss.

<sup>67</sup> Apenas estão dependentes daquele as intervenções de natureza militar.

<sup>68</sup> Nomeadamente no caso *Nicarágua vs. E.U.A.*, de 9 de Abril de 1984, o TIJ parece ter sido bastante claro ao afirmar que:

«[...] *the United States in recruiting, training, arming, equipping, financing, supplying and otherwise encouraging, supporting, aiding, and directing military and paramilitary actions in and against Nicaragua, has violated and is violating its express charter and treaty obligations [...] the United States, in breach of its obligation under general and customary international law, has violated and is violating the sovereignty of Nicaragua [...].*»

Vide TIJ, *Nicarágua vs. E.U.A.* (9 de Abril de 1984), p. 16, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=nus&case=70&k=66&p3=0> .

<sup>69</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 58 ss.; GEIGER, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht - mit Europarecht*, 5ª Edição, München, C. H. Beck, 2010, pp. 293 ss.

afetam a regulação e o controle do Estado sobre um determinado território e população. Dada a natureza avançada no que concerne à sua capacidade de imposição as instituições da União Europeia revelam-se de especial relevância, não restando dúvidas que a jurisprudência do TJUE, assim como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), são adequadas para impor restrições substanciais à soberania dos Estados.<sup>70</sup>

Em suma, no que concerne à soberania estritamente formal (“international legal sovereignty”) e considerando-se os novos processos de globalização, pode concluir-se que a soberania formal não sofre limitações significativas. No entanto, muito embora permaneça quase inteiramente intacta, os Estados têm celebrado Tratados com base naquela, fazendo-os depender de autoridades externas, o que afeta a soberania vestefaliana dos Estados, situação que se torna bastante visível no quadro da União Europeia e à luz da análise feita à problemática da proteção dos Direitos Humanos. De forma complementar, a proliferação de organizações internacionais traduz-se na ideia de que os Estados deixaram de ser os principais atores políticos no palco internacional, pelo que «[...] *sovereignty per se is no longer a straight-forward guarantee of international legitimacy*»<sup>71</sup>. No paradigma descrito, a globalização afeta, sem dúvida, a soberania dos Estados. No entanto, o seu grau varia consoante se diferencia entre as diferentes modalidades (ou tipos) de soberania, restando a dúvida: de que maneira a erosão da soberania acaba por influenciar a democracia territorialmente concebida?

### **1.1.2. A erosão da Ordem Vestefaliana e da soberania dos Estados como obstáculos fundamentais à realização da democracia territorialmente concebida**

O crescimento exponencial da interação entre os níveis local, nacional, regional e global, sobretudo no começo dos anos 90 do século passado, a perda da centralidade do Estado e o seu envolvimento num conjunto de “redes” de políticas públicas, que compreendem organismos governamentais, organizações não governamentais (ONG’s) e outros atores internacionais de natureza pública ou privada, cujo objetivo é solucionar os problemas que a atividade dos Estados deixou de desempenhar de forma suficiente, indicam que a globalização não é apenas um fenómeno económico, mas um conjunto de

---

<sup>70</sup>Cf. QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 29 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 54 ss.

<sup>71</sup> HELD, David *apud ibid.*, p. 64.

processos, igualmente políticos, sociais e culturais<sup>72</sup>, que vai muito além da simples interdependência entre Estados soberanos.<sup>73</sup>

Porque a decrescente capacidade dos Estados controlarem as fronteiras do seu território (“interdependence sovereignty”) resulta essencialmente da incongruência entre a extensão dos problemas e a capacidade para resolução dos mesmos e porque as decisões tomadas ou os desenvolvimentos ocorridos num determinado local do globo podem ter profundas repercussões ou uma variedade ampla de efeitos negativos em áreas bastante longínquas, tal significa, em relação à Democracia Liberal, que «[...]both the rightful scope of democratic political communities and the extent of reciprocal obligations, responsibilities, and rights can no longer be located exclusively at the level of nation alone»<sup>74</sup>. Na medida em que a capacidade de resolução dos problemas globais, derivado à sua natureza transcendente, não se encontra no quadro das competências dos governos dos Estados mas, a sua responsabilidade de salvaguarda do bem-estar dos cidadãos persiste, começa a questionar-se a aptidão dos Estados para fundamentarem comunidades políticas autónomas e autorreguladas.

Assim, o alastramento descontrolado dos efeitos da globalização económica, proporcionada pela criação de infraestruturas económicas globais e pelo desenvolvimento das telecomunicações e dos transportes, não só fomenta a proliferação dos efeitos das decisões dos principais decisores económicos para “além” fronteiras, pelo que uma decisão tomada por uma multinacional no hemisfério sul pode afetar o bem-estar social e económico de uma pequena comunidade situada no hemisfério norte do planeta, mas também afeta a capacidade de atuação dos Estados e influencia o défice público e a dívida externa daqueles –risco sistémico. Para além disso, como demonstrou

---

<sup>72</sup> Nas palavras de Vasco Pereira da Silva:

«A ecologia como problema da comunidade, ou como questão política, é uma realidade dos nossos dias. (...) remonta à crise do modelo do Estado Social ou de Providência, surgida no final dos anos 60 e cujos sintomas mais agudos foram sentidos nos anos 70, com a denominada crise do petróleo, que obrigou a uma tomada generalizada de consciência dos limites do crescimento económico e da esgotabilidade dos recursos naturais. Mas o surgimento da “questão ambiental” anda também associado, ou foi contemporâneo, de outros fenómenos de ordem política, social e cultural, designadamente o movimento de “Maio de 68”, a “revolução hippie” e a “doutrina” (verde-psicadélica) do “flower power”, o pacifismo e a filosofia da “não-violência”... ».

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde Cor de Direitos - Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, Janeiro 2005, p. 17.

<sup>73</sup> Cf. QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 29 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 29 ss. e 65 ss. CRUZ, Paulo Márcio, FERRER, Gabriel Real, *Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica*, em *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Acção Jean Monnet (Information and Research Activities), coordenado por Alessandra SILVEIRA, pp. 345 -370, Lisboa, Quid juris, 2010, pp. 351 ss.

<sup>74</sup> GOLDBLATT *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 66.

a crise Asiática de 1997 e a crise que abalou a economia dos EUA no início deste século (anos 2000-2002), com graves repercussões para a economia europeia<sup>75</sup>, «*financial difficulties faced by a single or several institutions in one country...have major knock-on effects on the rest of the global financial sector*»<sup>76,77</sup>

Mas, a globalização não é apenas responsável pela «*criação de cadeias globais respaldadas na associação conveniente de fatores de produção que transcendem os sistemas dos Estados nacionais*»<sup>78</sup>, como ainda pelo surgimento, desde a década de 60 do séc. XX, de uma série de catástrofes ecológicas<sup>79</sup> que, à semelhança do exposto para a globalização económica, afetam igualmente a autonomia dos Estados. Decisões soberanas tomadas no espaço nacional, sobretudo aquelas que dizem respeito às políticas de energia, do ambiente e de transporte, podem traduzir-se numa limitação sensível da autonomia de atuação de outros Estados<sup>80</sup>, pelo que, quer a globalização económica, quer as ameaças ecológicas globais, apresentam um problema à conceção tradicional da soberania e da democracia, na medida em que os seus efeitos não se manifestam exclusivamente ao nível nacional e porque revelam que a comunidade de destino é, nestes casos, mais ampla do que a comunidade política dos Estados-nação.<sup>81</sup>

Se «*[t]he operation of states in an ever more complex international system both limits their autonomy (in some spheres radically) and impinges increasingly upon their sovereignty*»<sup>82</sup>, a erosão da soberania não pode deixar de ter consequências para a teoria

---

<sup>75</sup> Saliente-se a este propósito que as três agências de *rating* (ou agências de classificação do risco de crédito) que representam cerca de 95% do negócio à escala mundial, o que constitui um verdadeiro monopólio, e que orientam a tomada de decisões do Banco Europeu de Investimento, do Banco Central Europeu (BCE) e dos maiores investidores institucionais dos EUA e da Europa, são privadas e americanas. Para além desse facto, a Moody's, a Standart and Poor's e a Fitch, são as únicas agências de *rating* acreditadas pelo BCE e o Banco Europeu de Investimentos.

Do meu ponto de vista, uma vez que pelo menos duas das agências de *rating* são maioritariamente controladas por poderosas sociedades financeiras e fundos de investimento, não pode ser aceitável que, agências tão grandes como as referidas e que certamente atuam em causa própria, possam ser competentes e acreditadas para analisar e avaliar Estados, ditando as opções dos governos. Parece claro que aqui houve um desvio democrático: os mercados passam a ditar a política. *Vide* AVELÃS NUNES, *op. cit.* nota 43., pp. 87 ss.

<sup>76</sup> HELD, David *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 67.

<sup>77</sup> *Cf. ibid.*, pp. 65 ss.; AVELÃS NUNES, *op. cit.* nota 43, pp. 29 ss.; M. FEITOSA, *op. cit.* nota 47, pp. 5 ss. *Vide* também FELDSTEIN, Martin, *The risk of Economic Crisis*, University of Chicago Press, Janeiro 1991, pp. 1 ss., disponível em <http://www.nber.org/chapters/c6228.pdf>; DONATH, CISMAŞ, *op. cit.* nota 51, pp. 27 ss.

<sup>78</sup> BONNANO, *op. cit.* nota 39, p. 64.

<sup>79</sup> A título de exemplo enumeram-se as seguintes catástrofes: Torrey Canyon (1967), Amoco Cadiz (1978), Seveso (1976), Bhopal (1984), Tchernobil (1986), Sandoz (1986) e Exxon Valdez (1989).

<sup>80</sup> *Cf. ibid.*, pp. 34 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 65 ss.

<sup>81</sup> *Cf. ibid.*, pp. 65 ss. *Vide* também BOHMAN, James, *Democracy across Borders: From Demos to Demoi*, Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology (MIT), 2007, pp. 1 ss.

<sup>82</sup> HELD, David *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 64.

e a prática democrática, na medida em que ambas pressupõem o Estado territorial «*as the highest unit of political loyalty, identity and democratic participation*»<sup>83</sup>. Quer a ligação histórica entre Democracia liberal e Estado soberano, quer a suposição geral da perentoriedade do vínculo entre Estado, território, nacionalidade, soberania, democracia e legitimidade, postuladas pela Teoria da Democracia, deixam antever que aquela transformação terá profundas consequências para a Democracia territorialmente concebida, na medida em que, no limite, o fruto e os desenvolvimentos múltiplos a que a globalização deu azo conduziram a uma “desnacionalização” dos Estados e das políticas públicas.<sup>84</sup>

Não só o aperfeiçoamento do processo de integração europeia como a crescente abertura dos Estados para participar em formas internacionais de cooperação e regulação realçam a urgência de constitucionalização da ordem jurídica internacional e a salvaguarda dos princípios democráticos alheios ao molde do Estado-nação. A proteção da Democracia enquanto forma legítima do governo é temática principal no contexto dos desenvolvimentos *supramencionados*, sobretudo o debate em torno da “Democracia e a Europa” que, desencadeado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, especialmente a partir da decisão sobre o Tratado de Maastricht, preocupa a opinião científica. No entanto, apesar de se imporem problemas variados à praticabilidade de um governo democraticamente configurado ao nível europeu, em última instância, a maioria dos trabalhos elaborados neste âmbito giram, afinal, em torno das questões relativas à soberania e à finalidade do Estado, dificultando o desenvolvimento de pontos de referência, diretrizes e características básicas para um entendimento democrático europeu.<sup>85</sup>

Assim, o principal desafio que a globalização lança à democracia territorialmente limitada reside no facto daquela quebrar a congruência entre o círculo dos que tomam a decisão e do conjunto dos que por ela serão afetados, pelo que, no decurso da globalização, os membros das comunidades democráticas serão crescentemente afetados pelas consequências das decisões alheias e frequentemente irão legitimar decisões cuja externalidade poderá representar dificuldades de realização

---

<sup>83</sup> MCGREW *apud ibid.*, p. 65.

<sup>84</sup> *ibid.*, pp. 64 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 29 ss.; DALARI, *op. cit.* nota 2, pp. 123 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 301 ss.; FERRO, *op. cit.* nota 24, pp.126 ss.; BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 890 ss.

<sup>85</sup> ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 19 ss.

interna para outras comunidades<sup>86</sup>. Apesar «*The very essence of democracy is the “rule by people”*»<sup>87</sup> a verdade é que, «*constrained by global market forces and fronting problems wich, like ecological degradation, deny purely national resolution, the liberal democratic state ... has only limited control over forces wich shape its destiny*»<sup>88</sup>, pondo em causa a ideia de autorregulação coletiva das comunidades políticas nacionais, o que se traduz, para muitos autores, num défice democrático estrutural, na medida em que as comunidades de destino se “desnacionalizam” e passam igualmente a englobar esferas mais amplas de identificação, como as regionais, inter-regionais e globais, constituindo *overlapping communities of fate*.<sup>89</sup>

A realidade acima mencionada apresenta principalmente dois problemas do ponto de vista da Teoria democrática: por um lado, na medida em que o consentimento dos afetados (ainda) não pode ser assegurado através do procedimento democrático a nível internacional, o baixo grau de “legitimação prévia” (*input legitimacy*) da atuação das instituições internacionais representaria um défice democrático estrutural, o que, apesar da influência dos processos de globalização, não sucede no Estado-nação onde o grau de legitimação prévia ainda é relativamente elevado; por outro lado, a gradual perda de Autoridade e de capacidade de controlo (“domestic” e “interdependence sovereignty”) dos Estados, que se deve sobretudo à globalização económica, representa uma perda de “legitimação pelos resultados” (*output legitimacy*), afetando gravemente a integração política dos cidadãos, na medida em que os Estados se tornam incapazes de garantir a produção dos bens públicos, sem o aumento dos custos, e a redistribuição efetiva da riqueza, com a agravante da incapacidade dos Estados fornecerem bens públicos em forma de segurança pública afetar não só a *output legitimacy*, como ainda a *input legitimacy*, consoante o incremento da desigualdade e da desintegração social reduz o ensejo de participação política e a viabilidade do consentimento dos membros da comunidade.<sup>90</sup>

O debate sobre globalização e Democracia é único. Não só se questiona a autoridade do Estado, ao desafiar-se a ideia de que a democracia reside atualmente numa unidade viável, como desafia implicitamente o modelo de autorregulação que

---

<sup>86</sup> SHARPF *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p.72.

<sup>87</sup> MCGREW *apud* *ibid.*, p. 67.

<sup>88</sup> *id. loc.cit.*

<sup>89</sup> *Cf. ibid.*, pp. 65 ss.; BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 886 ss. e 891 ss.; CRICK, *op. cit.* nota 28, pp. 1 ss.; HELD, David, *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 80.

<sup>90</sup> *ibid.*, pp. 73 ss. *Vide* também QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 34 ss.

constitui a base democrática do Estado Constitucional, de modo que a complexidade social e a interdependência não afetam apenas o ideal de justiça (John Rawls, Amartya Sen), mas também a capacidade do *demos* exercer o controlo sobre os processos sociais. É nesta medida que a globalização afronta as instituições democráticas e a sua assunção de congruência entre governantes (*decision-makers*) e governados (*decision-takers*), numa comunidade política territorialmente delimitada.<sup>91</sup>

Assim, apesar das democracias corresponderem historicamente a uma forte interdependência numa variedade de formas e sendo natural que tentem exercer o controlo no sentido da limitação da complexidade e da extensão global das interações sociais, políticas e económicas, reforçando as suas fronteiras e consequentemente tentem incrementar o aumento do poder centralizado, uma tal resposta não pode, todavia, ser tida como efetiva nos dias que correm, na medida em que os poderes centrais do Estado são progressivamente desnacionalizados e delegados a uma multiplicidade de regimes e instituições, pelo que a questão principal não é um real ou suposto défice democrático, mas o critério democrático em si. Por outras palavras, a principal tarefa não consiste em questionar como seria um governo transnacional para ser totalmente democrático, mas passa por determinar de que forma o governo transnacional pode ser adequadamente democrático tendo em conta o tipo de entidade em que assenta.<sup>92</sup>

Desta forma, na medida em que, do ponto de vista interno, os Estados se tornam cada vez mais plurais (caraterizando-se por sentimentos nacionais diferenciados, uma complexidade institucional crescente e uma organização variada a diferentes níveis que partilham os mesmos poderes e competências), as condições institucionais que permitem aos cidadãos ser livres já não podem ser satisfeitas no molde do Estado-nação, mas apenas pela segmentação do governo democrático numa multiplicidade de unidades de dimensões variadas. A verificação de novos fatos sociais exige, portanto, um novo entendimento normativo e concetual de Democracia e da sua geografia política.<sup>93</sup>

Assim, apesar de a Democracia ser um ideal de autodeterminação, no qual os termos e limites da democracia são estabelecidos pelos cidadãos, tal não significa que aquela requeira a conceção mais específica de autodeterminação que tem alimentado a

---

<sup>91</sup> BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 6 ss.; SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 426 ss.

<sup>92</sup> *Cf. id. loc. cit.*

<sup>93</sup> *Cf. id.*



teoria democrática desde o séc. XVIII – autorregulação da comunidade política territorialmente delimitada – que, aliás, está na base das dificuldades que a Democracia atualmente enfrenta, na medida em que «*Democratic institutions cannot produce more democracy by “introducing more machinery of the same kind as that which already exists”*»<sup>94, 95</sup>.

As democracias sempre foram ajustáveis. O atual entendimento democrático predominante que postula a participação democrática de todos os cidadãos maiores na *res publica* é fruto da luta política pelos direitos civis e políticos dos súbditos contra a arbitrariedade do príncipe e da luta pela soberania do povo, realizada através do direito de sufrágio e outros direitos políticos. Também é de conhecimento geral que o sufrágio universal e igual nas democracias europeias e norte americanas se desenvolveram e afirmaram em etapas sucessivas, tendo-se gradualmente alargado o círculo dos eleitores, primeiro aos cidadãos não proprietários do sexo masculino, depois às mulheres e mais tarde aos cidadãos mais jovens. Por último, depois da decisão de atribuição do direito de liberdade de circulação reconhecido a todos os cidadãos dos Estados membros da União Europeia, pode dizer-se que o estágio mais recente dos desenvolvimentos *supramencionados* representa a consagração do “direito de eleger e ser eleito nas eleições municipais”- art.40º Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e art.20º, n.º 2, al. b) Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) - no local de residência, independentemente da nacionalidade, desde a instituição da Cidadania da União.<sup>96</sup>

Na medida em que a liberdade, analisada com base no princípio da autonomia, depende do estatuto social e político dos seus detentores pelo que, o estatuto de cidadão envolve a capacidade de impor a não dominação “dos outros”, o reconhecimento pelos membros das comunidades democráticas da legitimidade de participação “dos outros” na vida política, pode constituir uma iniciativa fundamental no sentido de mais democratização (*communicative freedom*). De acordo com Held, a consideração do princípio da autonomia, segundo o qual

---

<sup>94</sup> BOHMAN, *op. cit.* nota 81, p. 4.

<sup>95</sup> Cf. *ibid.*, pp. 6 ss.

<sup>96</sup> Cf. MEYER, Berthold, *Die gesellschaftliche Integration von Zuwanderern braucht politische Partizipation - Eine Einführung.*, em *Intergration durch Partizipation : «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, Vol. 35, de Christian BÜTTNER e Berthold MEYER, pp. 9-31, Frankfurt/New York, Campus Verlag, 2001, pp.14 ss.

*[...] individuals should be free and equal in the determination of the conditions of their own lives; that is, they should enjoy equal rights (and, accordingly, equal obligations) in the specification of the frameworks which generates and limits the opportunities available to them, so long as they do not deploy this framework to negate the rights of others*<sup>97</sup>,

será o ponto de partida para a conceção de uma ordem política normativamente desejável, prevendo a possibilidade de constituição de legitimidade democrática fora do molde do Estado-nação, se bem que autores como Dieter Grimm e Ernst-Wolfgang Böckenförde neguem uma tal possibilidade pela inexistência de um *demos* ao qual caberia realizar a democracia, considerando-a como genuína apenas no contexto do Estado-nação soberano.<sup>98</sup>

Porém,

é precisamente a “União Europeia” que, sobretudo desde o Tratado de Maastricht, torna arcaico o esquema conceitual do Estado que se revela incapaz de fornecer compreensões juridicamente adequadas aos problemas do [sic] um novo fenótipo organizativo [...], aos problemas da aplicação preferente de normas de ordenamentos jurídicos diferentes, da interconstitucionalidade, do grau mais elevado de protecção de direitos fundamentais, etc<sup>99</sup>.

O Constitucionalismo na União Europeia, quer suceda ou não na expansão do seu alcance, fornece o melhor exemplo de uma ordem reflexiva, democrática e transnacional que, a fim de ser bem sucedida, necessita ir além da conceção jurídica atual dos direitos de participação política, ou seja, em direção da adoção de uma conceção política que vê aqueles direitos como direitos de participação na comunidade política humana. Deste modo, como o termo transnacional sugere, os Estados continuarão a ter um papel determinante na vida política do governo transnacional (*multilevel constitutionalism*), contudo deixarão de constituir a principal forma de organização democrática, pelo que passarão a fundar não mais do que um *dêmoi* e um dos sistemas políticos organizados no interior da comunidade política humana. O Estado torna-se uma categoria a que cada vez menos se pode recorrer para resolver

---

<sup>97</sup> HELD *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 34.

<sup>98</sup> *Cf. ibid.*, pp. 30 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81., pp. 6 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 36 ss.

<sup>99</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, p. 231 e ss.

problemas jurídico-constitucionais e jurídico-políticos, em termos diretos e imediatos, porém, ele ainda pode servir como conceito de enquadramento de esquemas políticos.<sup>100</sup>

Em suma, conforme o poder de decisão deixa de ser «exclusivamente distribuído de acordo com as linhas de fronteira entre Estados soberanos, que não conseguem já “dividir” significativamente entre sistemas sociais, económicos e culturais»<sup>101</sup>, as *overlapping communities of fate*, que se foram constituindo no decurso da globalização, tornam a conceção moderna da comunidade democrática problemática:

*Allmost all conventional accounts of democracy conceive the political community, or the people, which exercises the right to self-governance as synonymous with the nation – the ‘national community of fate’. [...] But in the context of intense global and regional interconnecteness, the very idea of political community as an exclusive territorially limited unit is at best unconvincing and at worst anachronistic*<sup>102</sup>

## PARTE II

### 1. O problema da legitimação da coordenação internacional ou a problemática dos défices democráticos do constitucionalismo global: o défice estrutural da UE

Na medida em que os complexos processos de globalização foram responsáveis quer pela gradual perda das capacidades reguladoras dos Estados, quer pela alteração da natureza e da dinâmica dos sistemas políticos nacionais, deixando de ser possível reconduzir o alcance das decisões políticas e os processos de decisão ao Estado territorialmente delimitado, a Democracia (liberal) territorialmente concebida e a Constituição, como parâmetro de controlo do poder, encontram-se em profunda crise. Com o reforço das instâncias internacionais no contexto do pós-guerra, o triunfo do modelo de constituição liberal e o desenvolvimento da “nova ordem (económica) global”, a Constituição, que caracteriza a identidade nacional, perde paulatinamente a

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 230 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 6 ss.; HABERMAS, Jürgen. “Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas.”, in *ZaöRV*, 72 (2012), pp. 1-44, pp. 9 ss., disponível em <http://www.zaoerv.de/>; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 36 ss.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>102</sup> MCGREW *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 80.

sua ligação à comunidade, revelando-se incapaz de se adaptar às realidades que se desenvolvem à sua margem (*provincianismo constitucional* de Ackerman)<sup>103,104</sup>

Com a “crise do constitucionalismo”, a Constituição, concebida para agregar uma comunidade-nação sob um projeto político, é confrontada com o problema da colisão entre ordenamentos jurídicos, perdendo gradualmente a sua força e o seu estatuto de lei fundamental, porque a Constituição, «sobranceira na sua posição, dá-se mal com a perda do *território* e de *funções soberanas*. A supranacionalização e a internacionalização do direito com as liberdades globalitárias – liberdade de pessoas, liberdade de mercadorias [sic] liberdade de serviços, liberdade de capitais – esvaziam o Estado e a sua Constituição [...]»<sup>105</sup> e, concomitantemente, põem em causa a Democracia territorialmente concebida.<sup>106</sup>

Tendo em conta os dados apresentados, aliados ao facto de a doutrina e a jurisprudência, em virtude da praxis, da conveniência profissional e do esforço pela observância das leis, verem a sua tarefa como expositiva, representativa, organizadora e cultora da estrutura das ordens legais internas, que são o objeto do seu estudo, não admira, na medida em que a doutrina constitucional irá adotar com mais frequência e como parâmetros do seu estudo o Estado soberano e a soberania, que ela sinta uma grande dificuldade em adaptar os princípios tradicionais da democracia constitucional – legitimação, representação, responsabilidade e controlo - (ancorados no poder político do Estado) às novas estruturas de poder que resultam da formação de sociedades *supraestaduais* e que assentam em relações económicas, militares, culturais e políticas globais, complexas e dinâmicas, pelo que as suas soluções sejam sempre mais tendentes a fornecer o melhor sentido e a melhor defesa da resistente fundamentação soberana das conceções legais internas e dos ordenamentos constitucionais, que têm como consequência a atribuição do estatuto de “autoridade delegada” a todo o sistema da União Europeia (UE).<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup>Amartya Sen adverte precisamente do “paroquialismo”, defendendo uma noção flexível de proximidade. *Vide* SEN, *op. cit.* nota 91, pp. 527 ss.

<sup>104</sup> SILVA, *op. cit.* nota 27, pp. 9 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 107 ss.; POIARES MADURO, Miguel, “O superavit democrático europeu.”, *Análise social*, vol. XXXVI (158-159), 2001, pp. 119-152, pp. 119 ss.

<sup>105</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, p. 219.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 215 ss.; SILVA, *op. cit.* nota 27, pp. 9 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 119 ss.

<sup>107</sup>; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15., pp. 281 ss.; KJAER, Poul F., *Between Governing and Governance: On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation.*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2010, pp. 7 ss.; WALKER, *op. cit.* nota 8, pp. 10 ss.

Em termos do Direito Constitucional, a globalização significa, por isso, a repartição da autoridade política, deixando de se encontrar exclusivamente representada pelo Estado central, assistindo-se a um processo de “desagregação” ou “fragmentação” do Estado em favor de diversos grupos e organizações, recorrentemente designado por “governo e/ou governança multi-nível”. Ora, tal circunstância, aliada ao facto de os titulares clássicos das decisões políticas nem sempre coincidirem (se é que alguma vez coincidiram) com as pessoas afetadas por essas decisões e às quais pode nem ser atribuído qualquer direito de participação nas atividades legitimadoras do poder político, constitui um sério problema para a Teoria clássica da democracia que parte da centralidade do Estado e que tem subjacente a ideia de identidade entre governantes e governados. Por isso, é precisamente pela falta do reconhecimento do carácter *sui generis* da UE e pelo foco comum dirigido ao papel do Estado na sociedade pela maioria das contribuições do debate doutrinário sobre a “governança” que são abordados os chamados *défices democráticos* do constitucionalismo global.<sup>108</sup>

Assim, desde cedo, a UE (antiga Comunidade) é confrontada com a existência de um défice democrático e com a necessidade de reforçar a sua legitimidade democrática, crítica que se dirige sobretudo à sua estrutura organizacional, acusando-a de atribuir uma carga demasiado excessiva ao poder executivo (défice parlamentar), o que para muitos autores determina uma contradição ao princípio da separação de poderes e ao postulado da responsabilidade pelas decisões políticas perante o eleitorado. Mas, à parte daquele défice institucional ou estrutural, a União é ainda confrontada com um “défice democrático social” (*gesellschaftliches Demokratiedefizit*), caracterizado pela falta de identificação dos cidadãos com a União, que se exterioriza no interesse reduzido dos cidadãos no projeto europeu, no fraco desenvolvimento de um sistema partidário europeu, na falta de um discurso político europeu conjunto e na inexistência de uma determinada homogeneidade social, condição tida como fundamental para a constituição das estruturas democráticas. Daí que, atendendo à conceção clássica de Democracia e tendo em conta as suas premissas, facilmente será posta em causa uma realização do princípio democrático a nível supraestadual, principalmente quando a homogeneidade nacional for concebida como condição da democracia, como sucedeu nas Decisões de Maastricht e sobre o Tratado de Lisboa proferidas, respetivamente, a 12 de Outubro de

---

<sup>108</sup> *id. loc. cit.*; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 281 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 30 ss.

1993 (BVerfGE 89, 155(188)) e a 30 de Junho de 2009(BVerfGE 123, 267), pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA).<sup>109</sup>

Mas, a homogeneidade social apenas é corolário democrático conforme foi implicitamente introduzida como axioma básico do princípio democrático e na medida em que é pressuposta enquanto elemento do Estado. Os tópicos retóricos da argumentação que conduzem aos défices democráticos do constitucionalismo global reconduzem-se a uma ordenação lógica, sequencial e silogística de natureza funcional, fundamental e processual, que têm como base o recurso a ideais teóricos desenvolvidos à luz do processo de formação dos Estados-nação no início da modernidade (sécs. XVIII e XIX), e que constituem o reflexo de um determinado entendimento normativo e juridicamente fixado de democracia, cuja preocupação central consistia em encontrar uma forma, segundo a qual, seria permitido alcançar a integração racional da sociedade no contexto da sua crescente diferenciação funcional<sup>110, 111</sup>

Assim, segundo a ideia de *povo do Estado*, o princípio democrático e a *estadualidade* encontram-se necessariamente imbricados (articulação funcional), o que significa que qualquer “destadualização” equivale necessariamente à “desdemocratização” e concomitantemente ao “governo de leis” não emanadas pelo povo, *rectius* a um défice democrático. À semelhança da articulação funcional, a combinação fundamental dos binómios Estado/Poder constituinte e Povo/Poder constituinte efetuada na teoria clássica do poder constituinte, e que traduz a ideia de que o poder constituinte apenas pode alicerçar-se no voto do povo do Estado, reduz a concretização do princípio democrático ao Estado-nação ao identificar *ethos* (povo) e *demos* (poder constituinte democrático). O entrelaçamento processual entre Estado/Democracia pretende, por seu turno, salientar que a “desestatalização” conduz à desvalorização da lei como forma e instrumento central da atuação do Estado de direito

---

<sup>109</sup> Cf. CALLIESS, Christian, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 163 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 73 ss. Decisões disponíveis respetivamente em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html> e [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html).

<sup>110</sup> Assim, por exemplo, Hegel, o modernista clássico por excelência, argumentava a favor da contenção da sociedade funcionalmente diferenciada nos limites do Estado-nação territorialmente delimitado com o objetivo de limitar dos efeitos adversos daquela. Nomeadamente o problema exclusão social deveria ser resolvido através de um sistema de corporativismo estratificado capaz de estabilizar as relações entre as classes sociais. Cf. *id. loc. cit.* e pp. 18 ss.; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 14 ss. Vide também QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 37 ss.

<sup>111</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 232 ss.; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp.3 ss. e 14 ss.; BERTHOLD, Rittberger, *Building Europe's Parliament: Democratic Representation Beyond the Nation-State*, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 28 ss.

democrático, na medida em que aquela reduz a competência legislativa dos parlamentos nacionais e contribui para um défice democrático.<sup>112</sup>

No entanto os corolários lógicos da concatenação funcional entre Estado, Democracia e povo são discutíveis, porque faz depender a Democracia de condições funcionais extrajurídicas culturais e sociopolíticas para delas retirar ilações jurídico-normativas, que constituem meros diagnósticos empíricos, e o reflexo de um determinado entendimento normativo e juridicamente fixado de democracia. As ilações retiradas da articulação funcional não são menos insatisfatórias e constituem igualmente reflexo do entendimento democrático predominante que assenta na centralidade do Estado.<sup>113</sup>

Porém, o entendimento que predomina no debate democrático e constitucional não deixa de produzir os seus efeitos sobre a União Europeia. Assim, o *défice democrático* da política transnacional resultaria precisamente do facto de esta derivar quase exclusivamente de negociações multilaterais complexas, cujos resultados não podem ser determinados separadamente, e cujo procedimento não possibilita a responsabilidade política isolada dos seus intervenientes. Além disso, a doutrina do défice democrático afirma ainda em duas direcções: por um lado, reconhecendo que a legitimidade da União Europeia é principalmente mediada pelos Estados membros, aquela torna problemática quaisquer transferências adicionais de competência dos Estados para a UE, na medida em que aquelas transferências resultariam numa redução continuada dos poderes dos parlamentos nacionais e, concomitantemente, na redução da legitimidade da UE, na medida em que, devido ao seu défice de *input*-legitimidade, os resultados da sua atuação necessitam de ser justificados perante as comunidades políticas nacionais; e, por outro lado, ainda que numa formulação mais integracionista e reconhecendo o Parlamento Europeu (PE) como ator político central da política europeia, adverte para a necessidade de se observar o catálogo das competências do PE de forma crítica.<sup>114</sup>

Por último, o défice democrático resultaria ainda da falta de politização das decisões da União, politização essa que não tem vindo a acompanhar a crescente importância que o papel da UE desenvolveu na política nacional nos últimos anos. O

---

<sup>112</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 232 ss.

<sup>113</sup> Cf. *ibid.*, pp. 232 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 48 ss.

<sup>114</sup> Cf. KADELBACH, Stefan, *Einleitung*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, Vol. 12, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 9-19, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 9.ss.

défice democrático Europeu dependeria fundamentalmente da natureza do processo eleitoral aplicável às eleições para o PE e da escassa competição partidária a nível Europeu.<sup>115</sup>

De facto, infelizmente e apesar de os cidadãos facultarem de dois canais de participação democrática cumulativos através dos quais podem influenciar a configuração política da União, o primeiro constituído pelas eleições nacionais, onde os cidadãos podem influenciar o rumo que a integração europeia deve seguir, constituindo matéria intergovernamental; e o segundo constituído pelas eleições europeias, onde os cidadãos podem influenciar a configuração política da União, nos domínios em que sucedeu a transferência de competências para o PE, a União poderá sofrer dum défice democrático, na medida em que os temas políticos nacionais dominam o discurso político nacional e as eleições para o PE, as mais importantes, assumem uma natureza secundária (*Second-order Elections*), resumindo-se a meros concursos eleitorais nacionais disputados pelos partidos políticos domésticos. No entanto, e em bom rigor, o défice democrático que resulta da situação exposta poderia ser atenuado por meio da preparação ou instrução das instituições que exercem influência sobre o *input* do processo político. Tendo-se procedido deste modo, a não ratificação do Tratado que constitui uma Constituição para a União Europeia talvez pudesse ter sido evitada. Aliás, a ironia do processo consistiu precisamente a rejeição categórica pelo público do texto normativo que viria reforçar a função democrática do mesmo, através da consagração de direitos de participação de longo alcance ao PE<sup>116, 117</sup>.

Não obstante, deve considerar-se que nas últimas duas décadas, as assimetrias entre as dimensões legal e política do sistema da União têm sido reduzidas através de sucessivos desenvolvimentos institucionais no domínio político da UE, como a extensão do voto maioritário, o alargamento das competências do PE - através do processo de codecisão - e a transformação do Conselho no principal corpo político do sistema

---

<sup>115</sup> Cf. SCHÄFER, Armin, “Die demokratische Grenze output-orientierter Legitimation.”, in *Integration*, n.º 3 (2006), pp. 187-200, pp. 190 ss., disponível em [http://www.iep-berlin.de/fileadmin/website/09\\_Publikationen/integration\\_2006/schaefer.pdf](http://www.iep-berlin.de/fileadmin/website/09_Publikationen/integration_2006/schaefer.pdf); BERTHOLD, *op. cit.* nota 111, pp. 28 ss.;

<sup>116</sup> Segundo Ludger Kühnhard: «A vontade popular impôs-se na França e nos Países Baixos, no entanto, ela é incoerente e em si extremamente contraditória. Os receios por ela entoados devem-se sobretudo a uma direção fraca da política nacional ao longo dos últimos anos [...]». Tradução minha. KÜHNHARD, Ludger *apud* KALINA, Ondrej, *Ein Kontinent- eine Nation?: Prolegomena zur Bildung eines supranationalen Demos in Rahmen der EU*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, p.115.

<sup>117</sup> Cf. *ibid.*, pp. 113 ss.; SCHÄFER, *op. cit.* nota 115, pp. 190 ss.; BERTHOLD, *op. cit.* nota 115, pp. 28 ss.;



européu, desenvolvimentos que foram suportados por uma expansão continuada das áreas políticas de intervenção da UE e que têm vindo enfraquecer a conceção da União como governança meramente económica. A “constituição europeia” pode traduzir-se na promoção e extensão dos ideais constitucionais para além das fronteiras artificialmente impostas pelo constitucionalismo nacional.<sup>118</sup>

Mas, apesar das dimensões nacional e europeia terem alcançado um grau sustentável de hierarquização (*semi-hierarchisation*), há quem alerte para um risco crescente do conflito entre as ordens jurídicas nacionais e europeia porque, em nenhum dos casos se conseguiu alcançar o passo final e decisivo da hierarquização: o TJUE permanece sem *kompetenz-kompetenz* e os Estados membros continuam os “guardiões do Tratado”. Para ambas, constituições nacionais e constituição europeia, os respetivos ordenamentos jurídicos assumem, na lógica interna, o lugar mais alto na hierarquia das fontes de direito. Todavia, contrariamente às teorias intergovernamentais, a estrutura europeia deve ser observada como fenómeno de direito próprio, motivo pelo qual a UE não pode ser adequadamente interpretada pelo simples facto de lhe serem apostos conceitos desenvolvidos no contexto do Estado-nação. Aliás, o intergovernamentalismo nunca foi capaz de explicar a dinâmica do processo de integração da UE, pelo que «*intergovernmentalist thus appear to represent the most naive branch of EU studies, as they seem to have total faith in the ability of the MS to effectively control the internal dynamics of the integration and constitutionalisation processes via the signing of a treaty*»<sup>119</sup>. Consequentemente, as estruturas doutrinárias existentes atuam como barreiras que previnem um desenvolvimento efetivo de uma doutrina democrática da União.<sup>120</sup>

É precisamente a dificuldade de adaptação dos princípios democráticos às novas realidades supraestaduais que origina os défices democráticos, pelo que, retratados de forma objetiva, não existe motivo para constatá-los. Na verdade, nem nos Estados constitucionais democráticos, é possível uma alternância de tal modo perfeita como teorizada pelos revolucionários do século XVIII. Assim, ainda que possa aduzir-se a unidade enquanto regra fundamental que preside ao povo e, concomitantemente, a universalidade e a igualdade de direitos e deveres daqueles que o constituem, não se poderá determinar, historicamente<sup>121</sup>, que essa unidade acarrete, por si só, a igualdade

---

<sup>118</sup> Cf. POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, p. 120; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 3 ss.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>120</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 3 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 122 ss.

<sup>121</sup> O Estado constitucional, representativo ou de Direito, por exemplo, apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais, revelou-se um Estado liberal e *burguês* (séc. XIX), imbricado

de participação no exercício do poder político, pelo que os titulares das decisões políticas nem sempre são a totalidade das pessoas afetadas pelas decisões.<sup>122</sup>

Em conformidade com o exposto, nenhum sistema político, por mais democrático que seja, poderá suprimir a distinção entre governantes e governados, apenas podendo mitigá-la ou reordena-la de forma mais harmónica com os princípios por ele postulados porque, entidades soberanas, sejam elas não-estaduais ou estaduais, são bastante mais do que a súmula dos seus antecessores e transcendem, por isso, a condição da sua formação. Por isso, o entendimento formal predominante de democracia acompanhado das exigências e das expectativas idealizadas impostas ao funcionamento da governança europeia, redundam na formulação de reivindicações que nenhum sistema político, quer nacional, quer transnacional, pode satisfazer. Aliás, a diferenciação social, que se caracteriza por uma crescente pluralidade dos projetos e estilos de vida, protegida pelo Estado de Direito Democrático através da autonomia privada, e a crescente complexidade e tecnicidade das matérias reguladas parecem não permitir (se alguma vez o permitiram), quer a nível supraestadual, quer a nível estadual, o desenvolvimento de soluções políticas para a resolução dos conflitos sociais exclusivamente através da forma ideal clássica do debate parlamentar. Para o seu governo e coordenação política, as sociedades complexas precisam de estruturas e instituições cada vez mais complexas, o que, no entanto, não significa que o Parlamento deixe de constituir o “centro democrático”: pelo menos formalmente, permanecerá a instância deliberativa central nos Estados democráticos constitucionais.<sup>123</sup>

Assim, apesar de não assentarem numa legitimação democrática maioritária, os sistemas de negociação internacionais não são ilegítimos. Tendo em conta que a Teoria clássica da democracia faz depender a democracia de uma determinada homogeneidade do povo, precisamente por imperativo da aplicação da regra de decisão maioritária, é

---

nos valores e interesses da burguesia, figurando-se um Estado elitista que, apesar da proclamação formal dos princípios democráticos, não se esforçou em cumpri-los na sua totalidade e universalidade, o que se refletiu, sobretudo, no regime do sufrágio censitário. Assim, procedia-se à distinção entre *cidadãos ativos* e *cidadãos passivos*, o que, aliás, decorre de todas as constituições liberais, e que se traduzia na negação da participação no Poder a todos os que não tinham independência económica, restrição que incluía a generalidade dos trabalhadores por conta alheia, os jovens e as mulheres, pelo que o conceito de cidadania viria a traduzir apenas a novidade, assenta na ideia de *sociedade aberta*, de que o Estado deveria possibilitar a qualquer indivíduo ascender da condição passiva à condição ativa de cidadania, o que a distinguiu do conceito tradicional de súbdito. Cf. MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 62 ss; MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 29 ss.

<sup>122</sup> *id. loc. cit.*; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 104 ss.

<sup>123</sup> *ibid.*, pp. 107 ss.; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15., pp. 281 ss; MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 267 ss; MOREIRA, *op. cit.* nota 2, pp. 29 ss; WALKER, *op. cit.* nota 8, pp. 19 ss.; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 14 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 44 ss.

natural que alguns dos défices analisados se devam à adoção de concepções radicais e míopes de democracia. Na verdade, a política transnacional tem uma legitimidade e efetividade própria (*Two-Level-Game*), sendo a sua legitimidade democrática indireta, situação que não difere muito daquela de muitas instituições nacionais como os tribunais e, em particular, os tribunais constitucionais, cujas bases democráticas são igualmente indiretas.<sup>124</sup>

A constatação acima realizada mostra-se particularmente relevante no quadro da União Europeia, onde o discurso democrático europeu aponta para uma estrutura dualista de legitimação. Ao tomar a UE como uma associação de Estados (*Staatenverbund*) e uma associação constitucional (*Verfassungsverbund*) – Ingolf Pernice –, na qual as ordens jurídicas constitucionais europeia e nacionais se encontram interligadas, se influenciam e complementam mutuamente, será possível atribuir-se uma configuração específica ao princípio democrático, baseado numa forma dualista de legitimação: por um lado através do Parlamento Europeu, perante o qual a Comissão Europeia é, até um determinado grau, politicamente responsável; e, por outro, através do Conselho e do Conselho Europeu, como representantes dos povos enquanto “macro-sujeitos”, por mediação dos Parlamentos nacionais. A realização do princípio democrático europeu, pela via mencionada, ou seja, indiretamente através do plano nacional, não exige, portanto, uma legitimação direta ou de um *input* participativo, mas exige a sua combinação com um constitucionalismo sólido, que se espelhe no postulado da separação dos poderes e do Estado de Direito.<sup>125</sup>

Por outro lado, a transferência de competências para atores políticos não maioritários justifica-se pelo melhor desempenho das funções distributiva, estabilizadora e reguladora por aqueles sistemas (Andrew Moravcsik e Giandomenico Majone), conforme compensam o fracasso político dos Estados e resolvem os problemas que já não podem ser resolvidos de forma efetiva nos moldes do Estado-nação. Ao desempenhar uma função reguladora inigualável, à parte das funções

---

<sup>124</sup> *ibid.*, pp. 43 ss. e 73 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 92 ss.; SCHARPF *apud ibid.*, p. 92 e p. 97.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 103 ss.; TÖLLER, Annette Elisabeth, *Die Rolle der nationalen Parlamente im europäischen Rechtsetzungsprozess. Probleme und Potentiale des Ländervergleich*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, Vol. 12, de Stefan KADELBACH, pp. 75-115, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 75 ss.; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 1 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 39 ss.

<sup>125</sup> *id. loc. cit.*, pp. 39 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 103 ss. e 143 ss.; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 164 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 114., pp. 9 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 28 ss.; SCHÄFER, *op. cit.* nota 115, pp. 190 ss.

distributivas e estabilizadoras, a União goza ainda de *output legitimacy* ou legitimidade pelos resultados.

Apesar de Majone defender que o potencial das instituições da UE na produção de políticas eficientes é depauperado pelas reformas que visam torná-las mais democráticas e que a *output legitimacy* reforçada diminui a exigência de uma legitimidade previamente orientada (*input legitimacy*), na medida em que os poderes de tomada de decisão foram transferidos de forma completa à União, estabelecendo-se uma relação fiduciária („fiduciary relation“) entre União e Estados membros, nada impede que tais aproximações não possam ser harmoniosamente coordenadas com teorias de legitimação prévia, até porque, a eficiência da *output legitimacy* depende de decisão democrática prévia sobre a política a adotar.<sup>126</sup>

Com efeito entende-se que, antes de se verificar um *défice democrático*, trata-se de um problema de *perda de poder* dos Estados, na medida em que não estão em condições de exercer o governo sobre as relações transnacionais (empresas multinacionais, organizações não governamentais, mobilidade e interação dos indivíduos). Embora possa admitir-se que a impotência do governo democraticamente legitimado acarrete, de algum modo e como consequência necessária, o enfraquecimento do princípio democrático, aos Estados compete a iniciativa do preenchimento daquela lacuna, porque, de forma mais ou menos voluntária, contribuíram para essa *perda de poder*<sup>127</sup>. Nas condições atuais da globalização, tal significa que a *praxis* democrática deve ser ancorada e reforçada nas instituições e estruturas deliberativas quer a nível regional, quer a nível supranacional, para que aquelas também possam sustentar a Democracia nas comunidades políticas nacionais, em vez de colocá-la em risco.<sup>128</sup>

Em suma, a operacionalidade dos argumentos opostos à “governança europeia” não convencem. Para o efeito podem ser invocadas pelo menos três razões: primeiro, a teoria clássica da democracia é orientada para o passado, o que tem como consequência a exclusão de qualquer modelo democrático que não seja conhecido pela *praxis* recorrente; segundo, na medida em que centra a sua avaliação no *status quo*, esperando encontrar uma realidade perfeitamente democrática e completamente desenvolvida,

---

<sup>126</sup> *id. loc. cit.*, pp. 190 ss.; BERTHOLD, *op. cit.* nota 111, pp. 28 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 143 ss.

<sup>127</sup> A União Europeia foi criada por Estados, tendo sido estes mesmo que lhe atribuíram poderes e lhe fixaram as diretrizes.

<sup>128</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 281 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3., pp. 107 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 31 ss.

impossibilita o reconhecimento de legitimidade a qualquer sistema democrático no *status nascendi*, o que torna a teoria clássica numa teoria estática, pois, em contraposição ao modelo clássico, o reconhecimento da comunidade política depende de um determinado período de tempo para que a aquiescência dos seus cidadãos possa concretizar-se numa realidade democraticamente legitimada; terceiro, a Teoria clássica da democracia, faz depender a qualidade democrática de critérios meramente formais.<sup>129</sup>

Do exposto entende-se que o dilema democrático reside principalmente no facto de o princípio democrático ter necessidade de se articular com várias exigências legitimadoras quanto aos sujeitos, objetos e procedimentos, reconduzindo-se fundamentalmente ao “*no-demos problem*”, ou seja, «os problemas do constitucionalismo europeu são simples reflexos dos limites do constitucionalismo nacional há muito ignorados»<sup>130</sup>. Mas, em vez de procurar entender os desafios constitucionais da internacionalização, da globalização e da regionalização, e de procurar uma resposta adequada àquelas realidades, insiste num modelo estático capaz de pôr em causa o próprio constitucionalismo. Aliás, o postulado normativo do poder constituinte do povo assenta em pressupostos empíricos tão pouco claros que se justifica, por si só, questionar a necessidade da pré-existência de uma identidade coletiva ou *pouvoir constituant* europeu como requisito da qualidade constitucional dos Tratados Europeus.<sup>131</sup>

Na medida em que o exercício da soberania se internacionaliza e o campo de atuação dos Estados se reduz gradualmente, também a realidade constitucional se internacionaliza, o que significa a necessidade de se ultrapassar concepções democráticas e de Estado de Direito próximas da sua génese. Além disso, a democracia faz parte do elenco dos conceitos mais indeterminados possíveis, isto é, cujo significado pode variar até de forma antagónica, pelo que é questionável se democracia realmente pode constituir (se alguma vez constitui) qualquer coisa como *poder soberano do povo*. Aliás, o princípio democrático contém em si um mandado de otimização que visa o esgotamento de todas as modalidades de participação, pelo que a democracia apenas

---

<sup>129</sup> Cf. KALINA, *op. cit.* nota 116, pp.107 ss.

<sup>130</sup> POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, p. 120.

<sup>131</sup> *ibid*, pp. 127 ss.; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 281 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp.43 ss.

pode persistir enquanto for composta por sucessivas “democratizações”, portanto, enquanto permanecer ativa.<sup>132</sup>

A imposição do princípio da legitimidade contra a falta de racionalidade dos demais regimes não significa que se tenha chegado ao «fim da história». A Democracia concebida no contexto do Estado-nação também comportou avanços e recuos, saltos e sobressaltos. Tal como muitas das atuais democracias revelam evidentes imperfeições e sinais de perturbação e perplexidade, como a quebra do sentido de participação cívica e o afastamento em relação aos governantes, a sujeição do contraditório parlamentar ao imediatismo da comunicação audiovisual, as tendências oligárquicas e os défices de democracia no interior dos partidos, ou ainda os excessos de corporativismo<sup>133, 134</sup>.

### 1.1. A Decisão sobre o Tratado de Lisboa e o défice social da União: uma resposta particularista

A 30 de junho de 2009, o TCFA (*Bundesverfassungsgericht*) proferiu uma sentença sobre a compatibilidade do Tratado de Lisboa com o Direito alemão<sup>135</sup> (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009)<sup>136</sup> e cujo desfecho não apresentou qualquer inconveniência ao Estado alemão para participar na “*lisbon europe*”. No entanto, as suas exposições sobre a soberania, a democracia, os direitos fundamentais e o núcleo das funções do Estado revelam uma desconfiança notória no processo de integração europeia, argumentações que não podem deixar de se traduzir nos reflexos da defesa da ordem jurídica estadual e dos interesses institucionais do próprio tribunal, apresentando-

---

<sup>132</sup> BADURA, Peter *apud* KOKOTT *op. cit.* nota 1, p. 32.; FRIEDRICH, Müller, *Demokratie in der Defensive: Funktionelle Abnutzung, Soziale Exclusion, Globalisierung*, Berlin, Duncker und Humboldt GmbH, 2001, pp. 15 ss. e 73 ss.

<sup>133</sup> Segundo Miranda existe até uma correlação estreita entre os fenómenos assistidos no interior dos Estados e o fenómeno de integração crescente daqueles em espaços continentais e/ou regionais, destacando a integração europeia como a mais avultada. MIRANDA, *op. cit.* nota 2, p. 85.

<sup>134</sup> Cf. *ibid.*, p. 84. CRUZ, FERRER, *op. cit.* nota 73., pp. 353 ss.

<sup>135</sup> Em bom rigor tratava-se de verificar a constitucionalidade da lei alemã de aprovação do Tratado (Gesetz vom 8.Oktober 2008 zum Vertrag von Lissabon vom 13.Dezember 2007 (BGBl. 2008. II,S.1038)), da lei de acompanhamento do Tratado (Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BT-Drucks. 16/8489)) e da Lei relativa à revisão Constitucional (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art.23, 45, 93) vom 08.10.2008 (BGBl. 1, S. 1926 ff.)). Cf. HÖRETH, Marcus, “Die Demokratieverflechtungsfälle - Warum die EU nach dem Lissabon-Urteil demokratisch defizitär bleiben muss.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp.37-67, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 38 ss.

<sup>136</sup>

Sentença

disponível

em

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html) .

se, a decisão, como um documento de especial relevo para o futuro processo de integração da União<sup>137</sup>, na medida em que o recurso a ressentimentos nacionais habilidosamente instrumentalizados pelo TCFA representa um potencial de cisão perigoso do recentemente criado público europeu, arriscando-se a acentuar a introversão do direito constitucional. Concomitantemente, as diferenças culturais, históricas e linguísticas entre os Estados membros e a falta de uma opinião pública europeia alegados pelo TCFA na Decisão sobre o Tratado de Lisboa (Decisão de Lisboa) deram lugar a um debate doutrinal sobre o *demos* europeu, cuja questão fundamental é determinar se as alegadas diferenças etno-culturais são suficientes para a negação de um *demos* europeu.<sup>138</sup>

Desde os primórdios da integração europeia que a jurisprudência constitucional dos Estados membros e a jurisprudência supranacional têm vindo a enfatizar a relação entre o direito supraestadual e o direito interno dos Estados membros (problema da hierarquia do direito). E se inicialmente aquela se preocupava sobretudo com questões concernentes ao Estado material de Direito, nomeadamente com a proteção e garantia dos Direitos Fundamentais<sup>139</sup>, depois da ratificação do Tratado de Maastricht, a jurisprudência passa a orientar a sua atividade no controlo das competências transferidas

---

<sup>137</sup> Sobretudo porque a jurisprudência do TCFA exerce grande influência sobre os Tribunais Constitucionais dos outros Estados membros. Assim, por exemplo, a jurisprudência “*Solange*” foi bastante decisiva para a posição adotada na Declaração Nr.1 do Tribunal Constitucional Espanhol de 13.12.2004 sobre a compatibilidade do Tratado Constitucional com a Constituição espanhola; e a influência da decisão sobre o Tratado de Maastricht foi evidente quer na decisão do Supremo Tribunal dinamarquês de 06.04.1998, sobre a constitucionalidade do Tratado de Maastricht, quer na decisão K 18/04 do Tribunal Constitucional da Polónia de 11.05.2005, sobre a constitucionalidade do Tratado de Adesão à UE. Por último, a jurisprudência sobre o Tratado de Lisboa, veio claramente influenciar o Tribunal Constitucional Checo na sua decisão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa, ainda que não tivesse tomado as dimensões do seu precedente. Cf. CEIA, Eleonora Mesquita, “A Decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a Constitucionalidade do Tratado de Lisboa.” *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, n.49, 2009, pp.29-64, p.92.; STEINBACH, Armin, “The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court - New Guidance on the Limits of European Integration?” , in *German Law Journal* vol. 11, n.º 4 (2010), pp. 367-390, pp. 373 ss.

<sup>138</sup> SCHÖNE, Helmar, LHOTTA, Roland, KETELHUT, Jörn, “Einleitung.” In *Des Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Helmar SCHÖNE, Roland LHOTTA e Jörn KETELHUT, pp. 7-15, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 8 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 367 ss.; KETTELHUT, Jörn, “Das Bundesverfassungsgericht und die Konstitutionelle Dimension der europäischen Integration.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Helmar SCHÖNE, Roland LHOTTA e Jörn KETELHUT, pp. 15-37, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 15 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 132 ss.; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 192 ss.

<sup>139</sup> Decisão *Solange I* (BVerfGE 37, 271) de 29.05.1974, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>; Decisão *Solange II* (BVerfGE 73, 339) de 22.10 de 1986, do TCFA disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>; Decisão sobre as bananas (BVerfGE, 2 BvL 1/97, Beschl. V. 7.6.2000 – Bananenmarkt) disponível em [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607\\_2bv1000197.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bv1000197.html).

para a UE (*controlo ultra-vires*)<sup>140</sup> e no *controlo de identidade*<sup>141</sup>, sendo de especial relevância nesta matéria, a *kompetenz-kompetenz*, entendida como direito fundamental de auto-organização e um critério de delimitação afim à distinção entre Estados e não-estados.<sup>142</sup>

Problemático nesta atividade é sobretudo o facto de as posições adotadas na Decisão de Lisboa serem incompatíveis com as do TJUE, orientações completamente díspares, que impossibilitam esclarecer qual a relação entre o direito dos Estados membros e o da União. Se o TCFA adota conceções teóricas que se movimentam em torno da teoria clássica do Estado e das relações internacionais, o TJUE argumenta pela autonomia e pelo carácter constitucional do Direito europeu. Caricato nesta situação é, porém, que o TCFA recorre precisamente ao direito de autodeterminação democrática para fundamentar a posição adotada na Decisão de Lisboa, estratégia que originariamente tinha sido desenvolvida pelo TJUE com a finalidade de promover os cidadãos a principais sujeitos da aplicação do direito comunitário.<sup>143</sup> Quer o TCFA, quer o TJUE recorrem a instrumentos de interpretação que se destinam a proporcionar-lhes campos de atuação adicionais, porque na lógica interna dos seus ordenamentos jurídicos, os respetivos direitos constitucionais ocupam o topo da hierarquia jurídica. No entanto, e de acordo com Neil MacCormick, é perfeitamente possível que os ordenamentos nacionais e europeu tenham diferentes regras de reconhecimento, sem que destas resulte um conflito das normas aplicáveis, porque o primado do direito da União pode ser reconhecido, de forma direta, através da doutrina do primado desenvolvida pelo TJUE ou, indiretamente, através da sua receção pelas constituições nacionais.<sup>144</sup>

Acrescenta-se:

---

<sup>140</sup> TCFA, Decisão Maastricht (BVerfGE, 89, 155 (188)) de 1993, disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html>.

<sup>141</sup> TCFA, Decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267 ) de 30 de Junho de 2009, disponível em [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html).

<sup>142</sup> ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22., pp. 26 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 15, pp. 69 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 96 ss.

<sup>143</sup> Cf. KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 29 ss. Vide também MILIOPOULOS, Lazaros, “Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Staatstheoretische und rechtsdogmatische Einordnung.”, in *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETTELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 107-137, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 126 ss.; WALTER, Maja., “Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive.”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n.º12, 2012, pp. 177-200, pp. 179 ss., disponível em <http://www.zaoerv.de/>.

<sup>144</sup> KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 15 ss.; Cf. POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 144 ss.



Quando se rejeita a absoluta primazia do direito europeu sobre as ordens constitucionais internas, sob a alegação da salvaguarda das identidades constitucionais e a existência de princípios internos intangíveis, tal excesso de zelo [...] parece desprovido de sentido na medida em que o próprio direito europeu ressalva tais dimensões [art.4º, n.º 2 TUE]: se um acto emanado das instituições europeias desrespeitasse a *identidade nacional dos Estados-membros, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles e nas funções essenciais do Estado* (art.6º/3 do Tratado da União Europeia [...]), tal defraudamento acarretaria antes de mais a violação do próprio direito europeu, a ser declarada pelas instâncias europeias competentes. As normas europeia [sic] contrárias aos princípios materialmente constitutivos das ordens constitucionais internas são absolutamente inválidas à luz do próprio direito da União<sup>145, 146</sup>

Porém, em vez de evitar conflitos maiores, procurando encontrar concepções adequadas às formas complexas de governo nos espaços inter- e transnacionais sob a epígrafe da “governança” e refletindo sobre novos modelos de legitimação democrática, que não pressuponham o Estado como elemento central, os juízes de Karlsruhe preferem adotar uma estratégia retrógrada:

Ela não só reafirma os limites constitucionais da transferência de direitos de soberania à UE, como também amplia seu direito de controlar a constitucionalidade do direito da União. Ponto central da decisão é a exigência do fortalecimento das competências do Parlamento alemão em assuntos ligados à UE<sup>147</sup>.

Na decisão de Lisboa, o TCFA não retoma apenas a possibilidade do *controle ultra vires* e do *controle de identidade*, como manifesta, de forma explícita, a intenção de controlar todo o processo de integração europeia. Para o efeito segue a linha tradicional da jurisprudência constitucional alemã e não perde oportunidade para fixar o núcleo da soberania estadual, identificando cinco áreas pertencentes à identidade nacional – a cidadania, o monopólio da violência civil e militar, determinados aspetos do direito penal, a soberania fiscal e a autorrealização sociocultural -, não sujeitas a qualquer transferência.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> SILVEIRA, Alessandra, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos: Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Coimbra, Almedina, Junho de 2007, p. 369.

<sup>146</sup> Vide também WALTER, *op. cit.* nota 143, pp. 179 ss.; *op. cit.* nota 143, pp. 126 ss.

<sup>147</sup> CEIA, *op. cit.* nota 137, p.92.

<sup>148</sup> KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 21ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 367 ss.; WALTER, *op. cit.* nota 143, pp. 189 ss.; AUBERGER, Tobias, LAMPIG, Wolfram, “Zwischen

A fixação do núcleo da identidade nacional operada pelo TCFA na Decisão de Lisboa parece, no entanto, ainda mais virulenta, quando se considera que as áreas centrais do Estado democrático enumeradas na decisão já não pertencem, por inteiro, ao domínio do Estado-nação. Decisivo é que em todas as áreas políticas enumeradas pelo tribunal observam-se interdependências variadas entre os níveis europeu e nacionais. Até as finanças públicas, que apenas podem ser, em certa medida, “internacionalizadas”<sup>149</sup> e a política de educação estão sujeitas a uma forte europeização, como demonstram, respetivamente, a Crise da dívida pública europeia (Grécia, Irlanda, Portugal, Espanha, Chipre)<sup>150</sup> e os estandartes formulados no Processo de Bolonha<sup>151</sup>. Pelo exposto fica claro que um futuro controlo do processo de integração através do *controlo de identidade* fica dependente da redefinição das áreas centrais do Estado-nação. Mensurada nos critérios estabelecidos na Decisão de Lisboa é de antever que a soberania dos Estados já foi lesada.<sup>152</sup>

Determinante na Decisão de Lisboa é, portanto, o medo articulado de uma eventual perda de soberania da República Federal Alemã através de processos de integração incontroláveis. Assim, enquanto na Decisão de Maastricht os juízes de Karlsruhe deixavam em aberto se a Constituição alemã permitia ou não a integração do Estado alemão numa Federação europeia, na Decisão de Lisboa, o TCFA deixa bem claro que os órgãos institucionais democráticos competentes não estão autorizados a abdicar do direito de autodeterminação do povo alemão, manifestado através da soberania vestefaliana, porquanto a Constituição pressupõe e garante a soberania do Estado alemão. À ideia da intransmissibilidade da identidade constitucional corresponde, por isso, a obrigação do Direito europeu respeitar o poder constituinte dos Estados membros enquanto “guardiões dos Tratados”. Por outras palavras, o TCFA

---

Scheinparlamentarisierung, Selbstbehauptung und strategischer Ressource: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im verfassten politischen Primärraum*”, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 89-107, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 89 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp.41 ss.

<sup>149</sup> Vide TCFA, Decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267) de 30 de Junho de 2009, parágrafo 256.

<sup>150</sup> Pela razão exposta, a UE deve ser considerada, segundo Höreth e Genschel, um “Estado de regulamentação fiscal” (“*Steuerregulierungsstaat*”), o que se reflete no facto de ela definir cada vez mais as condições da política fiscal dos Estados membros. HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp. 41 ss.

<sup>151</sup> Vide a este propósito [http://europa.eu/legislation\\_summaries/education\\_training\\_youth/lifelong\\_learning/c11088\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/lifelong_learning/c11088_pt.htm); e [http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/links/language/1999\\_Bologna\\_Declaration\\_Portuguese.pdf](http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/links/language/1999_Bologna_Declaration_Portuguese.pdf).

<sup>152</sup> Cf. AUBERGER, LAMPIG, *op. cit.* nota 148, pp. 99 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 54 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp. 41 ss.

reivindica a existência de um vínculo moral entre o Estado e soberania e que, segundo o art.20 II da Constituição alemã, é impreterível que ao povo, enquanto poder constituinte, seja garantido o direito de autodeterminação, manifestado sob a forma de soberania.<sup>153</sup>

Os juízes de Karlsruhe fundamentam a sua decisão na doutrina do *particularismo*, paradigma em que assenta a compreensão tradicional do Estado, postulando a congruência fundamental entre povo, titular da soberania, e o Estado, razão pela qual entende existir um vínculo entre Estado e Democracia que não admite rupturas, negando, por isso, a concretização efetiva da democracia fora do contexto do Estado-nação soberano.<sup>154</sup> Ponto de referência histórico dos ideais democráticos postulados pelo TCFA e pelo *particularismo* são essencialmente os escritos políticos de Jean-Jacques Rousseau que contribuem de duas formas para o debate democrático europeu: por um lado, devido ao ideal da soberania popular e a concomitante fusão entre governo soberano e democracia; e, por outro, pela conceção da homogeneidade social como base do governo democraticamente legitimado, conceção que se revela especialmente problemática no contexto da formação das sociedades plurais e supraestaduais.<sup>155</sup>

No entanto, contrariamente ao que parece suceder na Decisão de Lisboa, a homogeneidade social em *Rousseau* constitui um ideal normativo que, na realidade, não deverá ser entendido como postulado de uma comunidade social constituída por patentes de identificação etno-culturais, porque, de acordo com a tradição contratualista, na senda de Hobbes e Locke, Rousseau concebe o povo enquanto união de livres e iguais, como *demos*, do qual emana todo o poder que deslegitima as formas tradicionais e religiosas de governo, constituindo tarefa única do direito a garantia da coesão daquela comunidade política e a execução do ideal de justiça.<sup>156</sup>

Posteriormente, a doutrina alemã, no contexto do romantismo e inspirado nas ideias de Herder e Fichte, concebe a comunidade pré-jurídica fundada na cultura e, mais tarde, entendida como “etnia” - a *Volksnation* - como reação à conceção do povo como

---

<sup>153</sup>Cf. *id. loc. cit.*; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 243 ss.; KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 26 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp.371 ss.; WALTER, *op. cit.* nota 143, pp. 179 ss.; MILIOPOULOS, *op. cit.* nota 143, pp. 114 ss.

<sup>154</sup> Cf. QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 51 ss

<sup>155</sup>Cf. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22., pp. 51 ss. FETSCHER, *op. cit.* nota 25, pp. 46 ss.

<sup>156</sup> *id. loc. cit.*; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.54 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss. e 224 ss.; HOBBSAWN, Eric J., *Nationen und Nationalismus - Mythos und Realität seit 1780*, 3ª Edição, Traduzido por Udo Rennert, Frankfurt/Main, Campus Verlag, 2005, pp. 25 ss.

comunidade de cidadãos livres e iguais, segundo a tradição norte-americana e francesa enraizada nos princípios universais da liberdade e da igualdade. Apenas a partir desse momento, o povo concebe-se como *ethos* ou “comunidade imaginada” (Benedict Andersen’s *imagined community*), elemento político do Estado que constitui o povo dentro de um território juridicamente delimitado e baseado numa origem comum<sup>157</sup>.<sup>158</sup>

O “povo” ou o *poder constituinte* deixa de ser constituído por um grupo de indivíduos unidos pela razão e pela virtude, perdendo o seu carácter ideal normativo, e passa a expressar uma unidade homogénea, formada por laços históricos e culturais, geralmente expressos numa língua comum e pela difusão dos mesmos ideais coletivos e das mesmas aspirações para o futuro, diferenciando-se das demais nações<sup>159</sup>. Como consequência, os fenómenos de identificação reduzem-se ao nível das entidades subordinadas, fazendo desaparecer outros círculos de identificação (círculos concêntricos) e a tensão que se estabelece entre *demos* e *ethos* passa a caracterizar a ambivalência política do nacionalismo moderno até aos dias de hoje, estando no cerne da discussão sobre a inclusividade ou exclusividade nas comunidades políticas.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Hobsbawn afirma neste sentido que, durante as Revoluções Liberais, os revolucionários sentiram a necessidade de criar uma figura que representaria o interesse e o bem-estar coletivo em oposição ao interesse particular e aos privilégios, criando a nação, pelo que nações e Estados definidos pelos critérios desenvolvidos pela Teoria Geral do Estado do século XIX, e que correspondem a um programa romântico-nacionalista, nunca existiram. Com a exposição, Eric Hobsbawn realça os elementos de artefacto, invenção e engenharia social presentes na construção das nações, concluindo que os nacionalismos antecedem as nações, pelo que não são aquelas que engendram os Estados e o nacionalismo, mas sucedendo exatamente o oposto. *Cf. id. loc. cit.* No mesmo sentido Ernest Gellner quando afirma que «o nacionalismo não é o despertar da autoconsciência das nações, mas que o nacionalismo inventa nações onde elas não existem» e Heller quando salienta ter sido precisamente a identidade nacional (*staatliche Einheit*) que criou a “unidade natural” do povo e consequentemente a Nação. *Vide* GELLNER *apud* RIBEIRO, Rita, *A Europa na Identidade Nacional*, Porto, Edições Afrontamento, Dezembro de 2011, p. 46; GELLNER, Ernest, *Nations and Nationalism*, Oxford, Basil Blackwell, 1983, pp. 6 ss; HELLER *apud* ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, p. 65.; SOBRAL, José Manuel, “A formação das nações e o nacionalismo: os paradigmas explicativos e o caso português.” *Análise Social*, 2003, pp. 1093-1126, disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218736434J0eQU4wx7Ro77GX9.pdf>. Tradução minha.

<sup>158</sup> *Cf.* ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.54 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss.; FETSCHER, *op. cit.* nota 25, pp. 46 ss.; MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 282 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 51 ss.; WEYSS, Birgit, *Where do Aliens come from? – Political Rights at the Local Level depending on the Country of origin A discrimination according to International Human Rights Standards?*, Master Thesis, University of Coimbra, Portugal, Academic Year 2001-2002, pp. 18 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 28 ss.

<sup>159</sup> De acordo com Burdeau, o significado de nação passa a corresponder a uma construção doutrinal do século XVIII que define o povo de uma forma global, indiferenciada e unitária que, sendo estranha a qualquer consideração de número, ignora por completo a oposição entre indivíduo e grupo (conceção holística-monista do Estado e da democracia). BURDEAU *apud* MIRANDA, *op. cit.* nota 2, p. 283.

<sup>160</sup> *Ibid.*, pp. 281 ss.; MOURA RAMOS, Rui Manuel. “Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, 2002, pp. 1 ss.; RODRIGUES MORAIS, Daniel de Bettencourt, “O Acórdão Micheletti e as suas repercussões em matéria de direito da nacionalidade dos Estados-

Acontece assim que, a nação, ao influenciar os antagonismos políticos como sistema de valor e quadro cultural, não só atua como fator de integração e encobrimento (Maurice Duverger), mas também promove aquela unidade social através de processos de inclusão e exclusão (Jacques Chevalier) que se espelham nas leis <sup>161</sup>, fenómeno esse que adquire relevância jurídica sob vários aspetos nas Constituições do século XX. De facto, são várias as Constituições modernas que identificam o Estado com referência à nação a que corresponde ou por menção da comunidade política que lhe é indissociável<sup>162</sup>, através da garantia e da promoção da língua e do acesso à cultura nacional<sup>163</sup> ou preservação das várias línguas nacionais<sup>164</sup> e de outros elementos identificadores da nação como a paisagem e o património cultural<sup>165</sup>, ou ainda através do tratamento especial de certas pessoas por estarem ligadas à nação correlativa ao Estado<sup>166</sup> ou porque fazem parte de nações ou povos com laços históricos com aquela<sup>167</sup>. Não admira, por isso, que o TCFA mantenha a convicção de que a homogeneidade do povo é condição necessária para o funcionamento do Estado, consoante assume que aquele não é capaz de operar sem que os seus nacionais partilhem um determinado sentido de lealdade ou sem que aqueles se identifiquem com a comunidade política do Estado. <sup>168</sup>

Porém, o oximoro que resulta da homogeneização do povo insiste na diferenciação política entre cidadãos e não cidadãos, situação essa que marca um défice democrático não da UE, mas interno: o número dos indivíduos que são excluídos da participação política aumentou e tende a aumentar drasticamente, na medida em que a

---

membros.”, *Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 46, n.º 1 e 2, 2003, pp. 271-347, pp. 27 ss.; VOGEL, Klaus, “Von der Territorialhoheit zur Unionsbürgerschaft.”, in *Die Ordnung der Freiheit - Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, de Ines Härtel, Karl Hain, E. Schmidt e Reiner Grote, pp. 679-686, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 682 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, p. 64; PARISOT, Françoise, CRESSON, Édith, *Cidadanias Nacionais e Cidadania Europeia*, 1ª Edição, Traduzido por Prof. Dr. Jacques Silva, Lisboa, Didática Editora, Janeiro de 2001, pp. 69 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 59 ss.; WEYSS, Birgit, *op. cit.* nota 158, pp. 18 ss.; FETSCHER, *op. cit.* nota 25, pp. 46 ss.

<sup>161</sup> Cf. MIRANDA, *op. cit.* nota 2, p. 284.

<sup>162</sup> Assim o fazem a Constituição de Bona no seu preâmbulo e as Constituições italiana, francesa, portuguesa, espanhola e brasileira no seu art.1º.

<sup>163</sup> Assim os arts.9º, al. f) e 11º, n.º 3 da CRP e o art.13º da Constituição Brasileira.

<sup>164</sup> Como é o caso da Constituição suíça no seu art.116º.

<sup>165</sup> A este propósito veja-se o art.9º da Constituição italiana, os arts.9º, al. e), 66º, n.º2, als. c) e e), e 78 da CRP e também o art.216 da Constituição brasileira.

<sup>166</sup> Conforme o art.51º da Constituição italiana no qual se procede à equiparação quanto aos empregos públicos e cargos eletivos em favor dos italianos que não pertencem à República.

<sup>167</sup> Vide o art.15º, n.º 3 da CRP e o art.12, n.º2 da Constituição Brasileira.

<sup>168</sup> Cf. *ibid.*, pp. 284 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158., pp. 18 ss.

globalização incrementa a migração<sup>169</sup>. Segundo Schoch, existem atualmente cidades em que um terço da população residente não goza de direito de sufrágio. E não só! Como pode ser observado em alguns Estados europeus, este processo leva a uma “guetorização” dos imigrantes e traduz-se num aumento de conflitos violentos e das tendências xenófobas por parte dos países de acolhimento<sup>170</sup>. A crescente incongruência entre povo e população residente envolve um problema normativo: ela põe em perigo a legitimidade democrática das decisões políticas, consoante os que estão sujeitos às leis e aos deveres do Estado não podem sobre eles decidir – *No taxation without representation*.<sup>171</sup>

Do *supramencionado* deve entender-se que, embora possa ter sido necessário unificar o povo através da referência a patentes de identificação etno-culturais, a globalização e a presente situação na Europa exigem a sua reconceptualização: os conceitos cidadania e Estado-nação nem são antigos, nem são realidades pré-concebidas. Em bom rigor, o Estado-nação e a Democracia «são erupções da modernidade<sup>172</sup> ou variáveis instrumentais manipuladas para consolidar as transformações sociais que se iniciaram na Europa no século XVIII»<sup>173</sup>. Eles são instrumentos elaborados à concretização de determinados fins políticos motivados por conjunturas político-filosóficas, económicas e sociais perfeitamente enquadráveis em épocas ou fases evolutivas da História. Aliás, segundo Gellner e outros sociólogos políticos, a tentativa de definir nações em termos de uma cultura comum revela-se

---

<sup>169</sup> Neste preciso sentido, Miguel Poiars Maduro afirma que «as comunidades políticas nacionais apresentam um duplo défice democrático: por um lado, escapam ao seu controle democrático muitos processos de decisão que as afectam, mas têm lugar fora das suas fronteiras; por outro lado, as comunidades políticas nacionais excluem da sua participação e representação nos seus processos de decisão muitos interesses que serão afectados por essas mesmas decisões». MADURO, *op. cit.* nota 104, p. 129.

<sup>170</sup> A este propósito, basta lembrar a vaga de violência ocorrida na Suécia, país tradicionalmente pacífico, em Maio deste ano. Vide <http://pt.euronews.com/2013/05/24/disturbios-em-estocolmo-incendeia-debate-sobre-integracao-de-imigrantes-na/>.

<sup>171</sup> SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 18 ss.; BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 899 ss.; MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 127 ss.

<sup>172</sup> Hobsbawn salienta na sua obra que a nação no sentido moderno e político é um termo bastante novo. Assim, escreve, por exemplo, que o significado moderno de Estado, Nação e Língua apenas terá sido consagrado no Dicionário Académico da academia real espanhola a partir da sua edição de 1884, tendo-se consolidado a definição de nação em 1925, pelo que, antes de 1884, ao consultar-se o referido dicionário, nação significava simplesmente o conjunto de residentes num determinado território (província, País ou Reino). Só a partir de 1925 a nação seria definida como comunidade étnica, linguística e cultural. Mais recentemente Hobsbawn conclui que o termo nação terá assumido uma vertente mais política do que étnica, o que resulta da sua análise ao *New English Dictionary*, que até 1908 sublinhava o carácter étnico do termo nação e que mais tarde passaria a salientar o seu carácter intrinsecamente político. Cf. HOBBSAWN, *op. cit.* nota 156, pp. 25 ss.

<sup>173</sup> RIBEIRO, *op. cit.* nota 156, p. 45.

imprópria, porque a história humana sempre foi informada por diferenças culturais, que não convergem nem nunca convergiram com as fronteiras da jurisdição dos Estados nem com as fronteiras do *sacramento democrático do consentimento e da vontade*. Por isso, aqueles conceitos, antes de tudo, são construções políticas, românticas ou artísticas continuamente expostas às circunstâncias do tempo e à mudança sociológica<sup>174</sup>.<sup>175</sup>

Deste modo, as construções particularistas, relativamente estáticas e características de sistemas fechados, ignoram o dinamismo das relações sociais. A diferenciação entre determinadas entidades e as suas fronteiras, como acontece entre as nações<sup>176</sup>, são abstrações que não consideram o fluxo e a abertura das relações sociais. A identificação que um indivíduo faz com um determinado espaço nacional não é impreterivelmente fixa nem exclusiva, nem é inamovível e previsível, porque tendem a transformar-se consoante as circunstâncias, quer na vertente da identificação e pertença dos membros da comunidade, quer na definição da “*substancia identitária*” e do sentido que lhe é atribuído. Por esta razão, a força desta forma de nacionalismo apenas pode derivar da sua forte componente emocional que aparentemente responde a perguntas existenciais de identificação individual e coletiva. Segundo Hammar, a

---

<sup>174</sup> A assunção que emerge do pensamento contemporâneo e que aparenta possibilitar uma definição de nacionalidade em termos de uma cultura comum, resulta, segundo Gellner, de uma ilusão criada pelo florescimento da alta cultura, estandardizada e baseada em sistemas de comunicação altamente pedagógicos. Cf. GELLNER, *op. cit.* nota 157, pp. 53 ss. Também Benedict Anderson se pronuncia a este respeito neste mesmo sentido. Segundo este autor foram determinantes para o desenvolvimento do nacionalismo a invenção da imprensa e três desenvolvimentos paralelos àquela: em primeiro lugar, o fato de o latim se ter tornado a língua dos literatos, não sendo acessível a todos; em segundo, a Reforma Protestante que, com a tradução da Bíblia para a língua alemã, uma língua vernácula, pôs em causa o latim como língua religiosa; e, por último, a difusão das línguas vernáculas como línguas administrativas dos Estados centralizados. O mecanismo determinante para o desenvolvimento do nacionalismo terá sido, para este autor, o desenvolvimento do capitalismo de imprensa, na medida em que fez proliferar a divulgação de jornais, livros e revistas nas línguas vernaculares. Cf. ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities*, London/New York, Verso, 1991; Relativamente ao período da Reforma, outros autores defendem igualmente a sua importância para o desenvolvimento dos nacionalismos, na medida em que a separação dos Estados de Roma e do Sacro Império Romano permitiram, ainda que de forma relativa, a sua independência soberana. Cf. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, p.5. Vide também D. SMITH, Antony, *National Identity*. England, Penguin Books, 1991, pp. 91 ss.

<sup>175</sup> Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158., pp. 18 ss. RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, pp. 42 ss. GELLNER, *op. cit.* nota 157, pp. 53 ss.; KÖNIG, Helmut, *Europas Gedächtniss. Sondierungen in einem unübersichtlichen Gelände*. Vol. Europäische Horizonte III, em *Europas Gedächtniss: Das neue Europa zwischen nationalen Erinnerungen und gemeinsamer Identität*, de Helmut, SCHMIDT, Julia, SICKING, Manfred KÖNIG, 9-39, Bielefeld, transcript Verlag, 2008, pp. 17 ss.; HOBBSBAWN, *op. cit.* nota 156, pp. 25 ss.; D. SMITH, *op. cit.* nota 174, pp. 43 ss. e 59 ss.

<sup>176</sup> Assim, escreve Rita Ribeiro que aquilo que caracteriza cada nação em particular tem como pressuposto a diferença e a singularidade de cada nação, ou seja, uma determinada nação é “aquela nação” pelo seu povo, pela sua história, pela sua cultura e, sobretudo pela fronteira simbólica que a separa das demais nações. Vide RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, pp. 31 ss.

consolidação do nacionalismo explica-se pela substituição da crença religiosa, como fonte de continuidade, identidade e significado, pelo nacionalismo.<sup>177</sup>

Do exposto entende-se que as “imagens” e representações da Constituição são igualmente construções intelectuais e não descrições da realidade, na medida em que aquelas foram o instrumento da codificação das “estratégias burguesas da legalidade e justiça” que afloraram no séc. XVIII. Por isso deve entender-se que qualquer Constituição possui um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento constitucional, isto é, as constituições devem permitir uma compreensão atualizada dos princípios, estar abertas a propostas interpretativas e, se necessário, ao alargamento da disciplina constitucional a novos problemas, por outras palavras, devem refletir as mutações sociais e políticas. Nas palavras de Canotilho,

*mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder a novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas “associações abertas de estados nacionais abertos”<sup>178, 179</sup>.*

No entanto, tal circunstância parece ter sido ignorada pelo TCFA na Decisão de Lisboa ao adotar um *patriotismo constitucional ou jurídico*, traduzido na outorga da personalidade jurídica à nação, fixando o núcleo e a intransmissibilidade da identidade constitucional e reivindicando a existência de um vínculo moral entre o Estado e soberania com base no art.20 II da Constituição alemã. Porém, como defende Canotilho, a Constituição não é um código moral do “bem” e do “mal” de uma comunidade política, antes é uma proposta de conformação normativa da política e, por isso, sujeita a interpretação, aceção que se torna tanto mais decisiva, quando os problemas económicos, sociais e científicos despoletados nos Estados pela globalização são, simultaneamente, problemas constitucionais.

Na medida em que o direito constitucional está em risco de perder a sua dimensão nuclear e, concomitantemente, se verifica uma perda do resto de *estadualidade* dos ordenamentos jurídicos nacionais depois da transferência de competências e atribuições para entidades supranacionais como a UE, não admira que o

---

<sup>177</sup> Cf. *ibid.*, pp. 35 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 18 ss. Vide SHAW, *op. cit.* nota 12, pp. 174 ss.

<sup>178</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, p. 110.

<sup>179</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 120 ss. e 136 ss.; CANOTILHO, *op. cit.* nota 13., pp. 107 ss. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 159 ss.



TCFA tenha adotado uma posição particularista na tentativa oportunista de salvaguardar o seu papel, a sua tarefa e sobrevivência quer no que diz respeito ao seu futuro enquanto órgão institucional do Estado quer para garantir a sua independência face ao TJUE, através da ameaça do controlo jurídico do processo de integração: «é este, de resto, o problema que se coloca em face da jurisdição constitucional dos Estados membros quando reclamam a última palavra no que concerne aos actos *ultra vires* dimanados dos órgãos da União (*kompetenz-kompetenz*)»<sup>180, 181</sup>

De acordo com o *supramencionado*, subentende-se que da perspetiva do TCFA a UE não corresponde às exigências da democracia, porque carece de uma soberania independente, baseada na “comunidade dos cidadãos da União”. Aliás, o TCFA salienta de modo bastante claro que o PE não constitui órgão representativo do “povo europeu” soberano, porque os deputados são representantes dos povos, de acordo com contingentes nacionais que lhes foram atribuídos, e não dos cidadãos da União enquanto unidade indiferenciada, situação que, do ponto de vista dos juízes de Karlsruhe, não coaduna com o princípio do sufrágio universal e igual<sup>182</sup>. Segundo a sua lógica, os cidadãos da União não podem ser considerados iguais sem aposição de reserva, na medida em que a igualdade democrática dos cidadãos da União apenas é concretizável segundo o princípio da igualdade entre Estados, razão pela qual, os cidadãos da União não gozam de direito de sufrágio para participar nas eleições legislativas dos Estados membros em que residem, mesmo que atualmente se assista a uma espécie de “rutura da constituição” (“*Verfassungsdurchbrechung*”), especialmente no que concerne às eleições municipais (art.40º CDFUE e art.20º, n.º 2, al. b) TFUE). Acrescenta-se que, segundo o TCFA, nem a chamada “dupla maioria”, de Estados (55%) e de população (65%), introduzida pelo Tratado de Lisboa (art.16º, n.º 4 TUE), pode superar o défice democrático europeu. A circunstância de o *Quorum* dos 65 %, em bom rigor, considerar a igualdade do voto de cada cidadão, em nada altera a opinião do TCFA<sup>183, 184</sup>

---

<sup>180</sup> QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, p. 99.

<sup>181</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 138 ss. e 149 ss.; ; AUBERGER, LAMPIG, *op. cit.* nota 148, pp. 89 ss.

<sup>182</sup> Vide TCFA, Decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267) de 30 de Junho de 2009, parágrafo 280 ss. e 284 ss.

<sup>183</sup> Vide *Ibid.*, parágrafo 291 ss.

<sup>184</sup> HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp.48 ss.; LHOTTA, Roland, “Integrationsverantwortung und parlamentarische Repräsentation: Ein Rückzugsgefecht- und Rettungsversuch.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 67-89, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 77 ss.; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. “TUE Art. 16º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*,

Deste modo, o TCFA ignora que, de acordo com Habermas, o facto de o Tratado de Lisboa incorporar aquele novo elemento de cisão do sujeito constituinte, dividindo-o em cidadãos da União e Estados, constitui um marco qualitativo importante para a democracia na União, na medida em que envolve duplamente os cidadãos no processo de constituição da comunidade política de nível supraestadual, por um lado, enquanto futuros cidadãos da UE, por outro, como elementos integrantes dos povos dos Estados membros. Além disso, quando o TCFA recorre ao princípio da igualdade de sufrágio para criticar o sistema de sufrágio da União, aquele ignora uma das suas decisões anteriores em que realça que a igualdade matemática ou esquemática não é concretizável pelas eleições, uma vez que a natureza e a finalidade daquelas devem ser historicamente contextualizadas e consideradas (BVerfGE 1, 208 – SSW I (decisão de 5.4.1952))<sup>185</sup>. Em bom rigor, nem a realidade democrática alemã reflete adequadamente o ideal do princípio da maioria democrática, antes caracteriza uma espécie de “democracia de negociação” (“*Verhandlungsdemokratie*”), razões pelas quais, mais uma vez, os juízes de Karlsruhe deveriam ter sido os primeiros a notar que nem a República Federal Alemã consegue, nos dias de hoje, corresponder aos critérios democráticos postulados na Decisão de Lisboa. Aliás, e de acordo com Poiares Maduro, os défices democráticos dependem da conceção de maioria adotada, porque a maioria existe como referência a uma determinada comunidade e, portanto, tanto pode verificar-se que uma maioria nacional equivalha a uma minoria europeia, como o seu oposto.<sup>186</sup>

Nesta medida, o TCFA argumenta através do recurso a uma conceção ideal da maioria parlamentar incompatível com a execução na maioria das democracias, pelo que o défice democrático estrutural depende essencialmente da inexistência de um povo ou *poder constituinte* europeu ou de uma opinião pública europeia (défice social), leitura da qual resulta que o tribunal considera que a formação da vontade pública sobre as questões fatuais e políticas continuam intrinsecamente conexas a patentes de identificação etno-culturais, relacionadas com o Estado-nação, como a língua, a história e a cultura. Como consequência, a adoção da “*no demos*” tese pelo tribunal apenas pode ter como postulado a garantia de uma forma subestimada de democracia e de uma representação democrática imperfeita através do sistema múltiplo de *checks and*

---

coordenado por Manuel Lopes PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 78-84, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 82 ss.; MILIOPOULOS, *op. cit.* nota 143, pp. 114 ss.

<sup>185</sup> Disponível em <http://www.wahlrecht.de/wahlpruefung/19520405.htm>.

<sup>186</sup> Cf. HABERMAS, *op. cit.* nota 96, pp. 18 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 127 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp 51 ss.

*balances* da União, pelo que redundaria necessariamente na ideia da impraticabilidade da democracia representativa, qualitativamente equiparável àquela realizada nos moldes do Estado-nação, a nível europeu, consoante a autodeterminação democrática requer que a comunidade política, ligada por patentes de identificação etno-culturais, continue o sujeito da legitimidade democrática. Mas, é precisamente neste ponto que reside o principal dilema da União, irresolúvel pelo simples recurso à lógica, porque, da perspectiva do tribunal, a transformação da UE numa democracia, implicaria perentoriamente a sua transformação num Estado. Eis a razão pela qual, qualquer esforço no sentido de superar o défice democrático, seja através do reforço do PE ou doutros mecanismos, como o alargamento dos direitos de participação e a capacidade de controlo dos parlamentos nacionais<sup>187</sup>, não pode ser bem aceite pelo TCFA, porquanto tais instrumentos aproximam a UE daquela *estadualidade* que lhe deverá ser vedada.<sup>188</sup>

Pela mesma razão *supramencionada*, o TCFA nega que o conjunto dos valores comuns partilhados na UE possam criar uma esfera pública de cidadãos ativos, ou seja, para o TCFA, os valores comuns partilhados apenas podem facilitar, mas não legitimar o processo de integração, razão pela qual entende que as funções centrais do Estado, pertencentes ao seu núcleo de soberania, não podem ser transferidas para a UE até que uma opinião pública europeia se tenha formado. O facto de o TCFA dar ênfase às diferenças culturais nos Estados membros pode, no entanto, ser controverso, na medida em que parece negar o reconhecimento dos princípios universais, como a dignidade humana, a democracia, a igualdade, o estado de direito e os direitos humanos, a nível europeu. Além disso, parece contraditório o TCFA, enquanto tribunal federal, interpretar o princípio democrático por referência a diferenças etno-culturais de forma tão enfática.<sup>189</sup>

Mesmo que se admita que a aproximação feita pelo TCFA seja coerente com o princípio democrático, ele ignora o processo de “*state-making*” porque os povos nem sempre se fundamentaram na premissa de um todo orgânico e natural ou numa identidade nacional. Há povos que emergiram com base em identidades e culturas diversas, como, por exemplo, na Europa, a Bélgica, a Espanha, a Finlândia e a Suíça que

---

<sup>187</sup> Vide TCFA, Decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267) de 30 de Junho de 2009, parágrafos 289 e 290 ss.

<sup>188</sup> *ibid.*, pp.48 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 107 ss.; LHOTTA, *op. cit.* nota 184, pp. 77 ss.; BERTHOLD, *op. cit.* nota 11, pp. 28 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 73 ss.; LOCK, Grahame, “The Concept of Europe.” *RES-PUBLICA: Revista Lusófona de Ciência Política e Relações Internacionais*, 2005, pp. 23-32, p. 31.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 376 ss.

<sup>189</sup> Cf. *ibid.*, pp.378 ss. e 386 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 126 ss.

se caracterizam pela sua diversidade linguística e cultural<sup>190</sup>, motivo pelo qual se pode discordar que a homogeneidade cultural é condição prévia e necessária para o cumprimento do princípio democrático. De acordo com Weyss, às aproximadamente 8000 línguas faladas no mundo correspondem apenas 191 Estados. Especificamente no contexto da UE, Noronha Rodrigues sustenta ainda que, para além das 23 línguas oficiais da União Europeia (24 desde a adesão da Croácia a 1 de Julho de 2013)<sup>191</sup>, existem cerca de 60 outras línguas autóctones e ainda numerosas línguas faladas pelas comunidades migrantes.<sup>192</sup> Acrescenta-se que, para alguns Estados membros da UE, a diversidade cultural, o multilinguismo e a heterogeneidade de valores não são considerados entraves ao funcionamento da democracia e que a falta de homogeneidade não justifica a ausência de políticas públicas viáveis.<sup>193</sup>

Além disso, no contexto do *nation building* moderno e no que concerne à UE, a homogeneização parece inaceitável por três ordens de razão: primeiro, porque a construção de uma identidade nacional através da delimitação coerciva do exterior e a supressão de minorias nacionais a nível interno, tão típicos para os movimentos de homogeneização, não se coadunam com os valores universais e os princípios do Estado de Direito; segundo, porque, através de um *nation-building* funcionalmente entendido ou *demos-building* que procura um horizonte valorativo e um consenso social básico no âmbito do multiculturalismo, da multietnicidade e do multilinguismo, é possível concretizar-se a integração política; terceiro, ignorando-se os argumentos primeiro e segundo, porque o objetivo da UE é a criação de condições socioestruturais para uma governança das sociedades heterogêneas em larga escala e não a prossecução de um processo de “re-etnicização” à escala europeia.<sup>194</sup> Assim, esclarece-se no TUE que a União tem como objetivo a «*criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa*» (art. 1º), a promoção da paz, dos valores comuns em que se funda e

---

<sup>190</sup> Outros Estados que podem mencionar-se a este propósito são, a título de exemplo, a África do Sul, a Índia, a Rússia e o Brasil que não são constituídos por um povo homogêneo mas antes, por uma pluralidade de nações e línguas.

<sup>191</sup> Vide <http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/eu-welcomes-28th-member-state-croatia?lang=pt>; [http://ec.europa.eu/languages/languages-of-europe/eu-languages\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/languages/languages-of-europe/eu-languages_pt.htm).

<sup>192</sup> Vide [http://ec.europa.eu/languages/euromosaic/euromosaic-study\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/languages/euromosaic/euromosaic-study_pt.htm).

<sup>193</sup> Cf. STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 386 ss. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 18 ss.; NORONHA RODRIGUES, José, *A Identidade e (Des)identidade dos Valores Europeus*, 1ª Edição, Datajuris, 2010, pp. 155 ss.; KLEGER, Heinz, *Postnationale oder transnationale Demokratie?*, em *Integration durch Partizipation: «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, vol. 35, de Christian BÜTTNER e Berthold MEYER, pp. 251-273, Frankfurt, Campus Verlag, 2001, pp. 251 ss.

<sup>194</sup> Cf. KALINA, *op. cit.* nota 116, 2009, pp. 88 ss.

do bem-estar dos seus povos, e que constitui uma sociedade caracterizada pelo pluralismo (arts. 2º e 3º). O mesmo afirma-se nos preâmbulos do TUE e da CDFUE.<sup>195</sup>

Neste sentido, Habermas afirma na sua Teoria do patriotismo constitucional que são os princípios universais comuns que unem as sociedades nas democracias, multiculturais e liberais, modernas. Por isso, nada impede que o *demos* seja determinado segundo princípios universais comuns de direito, na medida em que «*human rights institutionalize the communicative conditions for a reasonable political will-formation*»<sup>196</sup>. Na determinação do *demos* devem, por isso, ser respeitados a Constituição e, como corolário, os standards dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, para que a “cultura dominante” não promulgue legislações discriminatórias com base em distinções culturais ou identidades. Além disso, o facto de o Tratado de Lisboa se referir à união cada vez mais estreita entre os povos da Europa e o facto da legitimidade dupla de Estados e povos ter sido considerada ao longo do processo constitucional da UE, leva alguns autores, como Anne Peters e Claudio Franzius a abandonar a referência aos Estados membros como “Guardiões dos Tratados”, substituindo-a pela alusão ao “*pouvoir constituant*” assente nos povos europeus ou nos povos e nos Estados membros conjuntamente (*pouvoir constituant mixte*). Deste modo, o *demos* europeu é antes constituído pelos povos europeus – *dêmoi* – mais do que por um único povo europeu, o que não constitui nem constituirá um defeito: pelo contrário, tal circunstância corresponderá melhor à realidade institucional da União, ao passo que aquela futuramente continuará a concorrer com os laços de identidade, significativamente mais fortes, que se estabelecem a nível regional e nacional.<sup>197</sup>

Pelo exposto deve entender-se que, apesar de a identidade continuar a ser um fator determinante para a constituição das comunidades enquanto símbolo emocional, o entendimento que os juízes de Karlsruhe reproduzem na Decisão de Lisboa ignora que

---

<sup>195</sup> Cf. DUARTE, Maria Luísa, LOPES, Carlos Alberto, *Tratado de Lisboa*, 2ª Edição, Lisboa, aafdl, Maio 2010, pp. 25 ss. e 543 ss.

<sup>196</sup> HABERMAS, Jürgen, “Remarks on Legitimation through Human Rights.” *The Modern Schoolman*, Janeiro de 1998, pp. 87-100, p. 90, disponível em [http://www.pdcnet.org/852578C8004D9D72/file/AF1847625083A5E38525796400620C02/\\$FILE/schoolman\\_1998\\_0075\\_0002\\_0005\\_0018.pdf](http://www.pdcnet.org/852578C8004D9D72/file/AF1847625083A5E38525796400620C02/$FILE/schoolman_1998_0075_0002_0005_0018.pdf). No mesmo sentido, Canotilho quando afirma: «o princípio fundamental que agora se mobiliza para estruturar um sistema de valores [...] é a dignidade da pessoa humana. Só esta ideia básica pode garantir e assegurar as condições políticas de paz, liberdade e igualdade, essenciais a qualquer estado constitucional». CANOTILHO, *op. cit.* nota 15., p. 176.

<sup>197</sup> Cf. STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 379 ss. HABERMAS, *op. cit.* nota 96, pp. 18 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 16 ss. HABERMAS, *op. cit.* nota 196, pp. 89 ss.; HABERMAS, *op. cit.* nota 96, pp. 13 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 465 ss.

um Estado Constitucional Moderno deve, em primeira instância, ser um ordenamento voltado à paz e à justiça e que a identidade coletiva é fruto de processos de compressão social, não podendo ser condição da existência das comunidades civis, mas apenas sua consequência. Numa aceção pluralista, a filiação cultural não é determinante para a formação da opinião pública, porque a democracia é sobretudo um concurso de interesses coletivos ou de grupos divergentes que, apenas através da atuação dos órgãos de decisão pública, se torna num compromisso com força obrigatória vinculativa, ou seja, a democracia é o meio para a construção de uma identidade comum porque a participação política para lá das fronteiras do Estado-nação é adequada para inculcar responsabilidade no indivíduo pelas decisões coletivamente tomadas. Por isso, contrariamente ao que é postulado pelo comunitarismo e defendido pela tradição democrática holista-monista na continuidade dos ensinamentos de Rosseau, o público não pressupõe a existência dum coletivo, quer na forma de mitos, quer na forma de valores partilhados, mas serve à formação dessa mesma coletividade. Nesta medida, da multiplicidade de interesses particulares dos membros da sociedade formar-se-á um processo público de formação da vontade, acessível a todos, e realizado, especialmente, através do Parlamento e de atores intermediários, como os partidos, as associações e a sociedade civil.<sup>198</sup>

Assim,

*democracies are at best only partly communities of shared experiences, communication, interpretative traditions, and memory that give direction and meaning to citizens. They are glued together by shared debates, controversies, and contestations and by fairly broad agreement on some basic rules for coping conflicts<sup>199</sup>.*

Posto isto, pode-se concluir que o sentimento de pertença é muito mais fruto daquilo que os Homens se tornam ao longo da história da comunidade cultural em que se creem inseridos, porque «a autodefinição histórica, [...] longe de ser uma emanção das origens, é antes o produto voluntarista de um percurso temporal fixado em sucessivas representações do querer-ser»<sup>200</sup>, razão pela qual, na realidade, as sociedades não são tão anónimas e impessoais como parece derivar do pensamento nacionalista, porque no

---

<sup>198</sup> CRUZ, FERRER, *op. cit.* nota 73, pp. 362 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota.22, pp. 124 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp.378 ss.; SCHWERT, Kai, *op. cit.* nota 3, pp. 119 ss.

<sup>199</sup> MARCH/OLSEN *apud* LHOTTA, *op. cit.* nota 184, p. 83.

<sup>200</sup> RIBEIRO, *op. cit.* nota 157,p. 32.

lugar de uma unidade autónoma de indivíduos, perfeitamente substituíveis entre si, e agregados por uma cultura comum, verifica-se uma estrutura complexa de grupos locais, suportada idiossincraticamente por microgrupos e pela reprodução regional das suas culturas folclores. Por isso, o absurdo no nacionalismo consiste na conquista através da exaltação de uma cultura folclore putativa que, apesar de o seu simbolismo estar repleto de elementos rústicos elucidativos ao povo, não cultiva a cultura vernácula, mas revive ou inventa a sua própria cultura elitista, estilizada pelo Estado no processo da sua formação, e que crê perpetuar, defender e reafirmar. Nas palavras de Gellner: «*The basic deception and self-deception practised by nationalism is this: nationalism is, essentially, the general imposition of a high culture on society, where previously low cultures had taken up the lives of the majority, and in some cases of the totality, of the population*»<sup>201, 202</sup>.

De facto, o entendimento e as condições que são impostas à realização da democracia são, frequentemente, mais específicas em termos históricos do que parecem à primeira vista. Ao mesmo tempo, verifica-se que o discurso da doutrina democrática dominante é centrado no Estado e que a sua principal preocupação reside na proteção e no retorno à supremacia política das instituições democráticas nacionais. Advoga-se o retorno ao Estado soberano na sua aceção tradicional, insistindo-se num modelo estático incapaz de captar a realidade global, supraestadual e regional contemporânea. E o mais grave é que as próprias estruturas doutrinárias acabam por atuar como barreiras que previnem um desenvolvimento efetivo da doutrina democrática.<sup>203</sup>

Por isso, o TCFA segue fundamentalmente dois objetivos na Decisão de Lisboa: primeiro, esforça-se na preservação da soberania do Estado alemão, na medida em que declara o espaço nacional de atuação política indisponível ao processo de integração, porque uma transferência da competência das competências (*kompetenz-kompetenz*) deve ser evitada a todo o custo; segundo, empenha-se em atribuir primazia à democracia

---

<sup>201</sup> Cf. GELLNER, *op. cit.* nota 157, p. 57. POLLAK, Michael, “Memória e Identidade social.”, in *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol.5, n.º 10, 1992, pp. 200-212, pp. 204 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 15 ss.; BAKKE, Elisabeth, “Towards a European Identity?” *ARENA Working Paper, n.º 10*, Advanced Research on Europeanisation of the Nation-state, 1995, disponível em [http://folk.uio.no/stveb1/Towards\\_a\\_European\\_Identity.pdf](http://folk.uio.no/stveb1/Towards_a_European_Identity.pdf), pp. 3 ss.

<sup>202</sup> Cf. GELLNER, *op. cit.* nota 157, pp. 57 ss.;

<sup>203</sup> BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 896 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 19 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss.

nacional, conforme imputa a responsabilidade pelo processo de integração ao Parlamento nacional.<sup>204</sup>

No entanto, como frisado ao longo da exposição, tais concepções são anacrônicas. Os efeitos da globalização questionam a natureza evidente do Estado-nação e, na medida em que o Estado se “desnacionaliza” e procede à integração em comunidades internacionais (“*de-bordering*”), também a democracia, enquanto ideal de autogoverno, está sujeita a transformações fundamentais. Porque o monismo democrático deixou de fornecer uma teoria da democracia consistente com a pluralização do Poder e a desagregação da soberania, a teoria da democracia necessita urgentemente de uma reforma institucional e, sobretudo, de repensar o seu sujeito político. Todavia, a doutrina insiste em atribuir uma validade superior ao constitucionalismo nacional face ao constitucionalismo europeu.<sup>205</sup>

Em bom rigor, a verdade é que os Estados estão relutantes em aceitar que um dos principais problemas enfrentados pela democracia contemporânea é a sua perda da capacidade de autodeterminação e que o Estado Constitucional Moderno é insuficiente perante a nova realidade mundial. Se é verdade que a transferência de competências soberanas para a União apenas pode reduzir o alcance da autonomia cívica se aos cidadãos não forem reconhecidos direitos de participação nos processos democráticos daquelas entidades e uma vez que a UE se baseia, em última análise, nos direitos subjetivos dos cidadãos, deverá concluir-se segundo Habermas e Poiares Maduro, que o emergente poder político transnacional deveria ser encarado como uma mais-valia constitucional e democrática face ao constitucionalismo nacional que é prisioneiro de uma concepção espacial do poder, incapaz de se adaptar à realidade pós-moderna, afetando em muito o bem-estar das populações. Se um sistema democrático pode ser mais democrático ao garantir a todos os cidadãos a possibilidade de se autorregularem nos domínios de maior interesse, então muitos sistemas democráticos de grande dimensão podem ser mais democráticos do que espaços pequenos, na medida em que a sua capacidade para desempenhar determinadas tarefas como, por exemplo, a defesa ou

---

<sup>204</sup> CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 235 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp. 38 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp.369 ss.; KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 26 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 145 ss.

<sup>205</sup> *ibid.*, pp. 119 ss.; BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 896 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 19 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss.



a proteção ambiental é maior<sup>206</sup>. Tal sucede na União, pelo que é necessário alargar o processo democrático para além das fronteiras do Estado-nação.<sup>207</sup>

Do exposto *supra* poder-se-á concluir que para o TCFA, a UE atualmente não corresponde aos estandartes da *estadualidade* democrática apesar da legitimidade democrática indireta que possui através dos Estados membros e dos respetivos Parlamentos nacionais e que a posição adotada na Decisão de Lisboa, pelo meio da adoção de uma cláusula de eternidade para a democracia nacional, afasta a progressiva consolidação e democratização da União, que tanto seria necessária. O TCFA parece ignorar que o paradigma em que se desenvolveu a democracia liberal está em profunda mutação e esquece que a tarefa mais imediata é compreender o fenómeno da globalização e os seus efeitos sobre a Democracia, em vez de se manter agarrado a velhas patentes de identificação etno-culturais.<sup>208</sup>

Deve entender-se que uma conceção “etno-cultural” de democracia, tal como adotada pelo TCFA, é uma perspetiva que pode ser sujeita a muitas críticas. Primeiro, porque uma comunidade política não exige necessariamente um *demos* tal como tradicionalmente concebido a nível nacional e, segundo, porque o défice democrático europeu resulta dos limites do próprio constitucionalismo nacional, no qual reside o paradoxo da relação da comunidade política com o constitucionalismo e a Democracia. Por que razão hão de a participação e representação ser limitadas por patentes de identificação etno-culturais? E não constituirá o *demos* nacional um limite à democracia e ao constitucionalismo, na medida em que a participação nas democracias nacionais não é concedida a todos os afetados pelas decisões políticas nacionais?<sup>209</sup>

## **1.2. A contribuição do Tratado de Lisboa no reforço do princípio democrático e para a redução do défice estrutural ou parlamentar da União**

Conforme exposto em parágrafos anteriores, o princípio democrático da União assenta numa forma de representação dualista, contrariamente ao que sucede nos

---

<sup>206</sup> R.A. DAHL *apud* HABERMAS, *op. cit.* nota 96, p. 10.

<sup>207</sup> *Cf. ibid.*, pp. 9 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 119 ss.; CRUZ, FERRER, *op. cit.* nota 73, pp. 362 ss.

<sup>208</sup> *Cf. ibid.*, pp. 353 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp. 61 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 376 ss.

<sup>209</sup> *Cf. POIARES MADURO, op. cit.* nota 104, pp. 127 ss.

Estados, cuja forma de representação é unitária. Na medida em que existem diferentes concepções de democracia, seria, por isso, errado excluir a legitimidade democrática da governança multinível. No entanto, a democracia seria mais bem protegida se as organizações internacionais fossem concebidas de modo a preservar os processos políticos democráticos, pois, de outro modo, será impossível compensar a crescente perda de autonomia dos Estados. Assim, «*If the aspirations for substantive democracy is to be realized under contemporary conditions then liberal democracy must embrace those global and transnational spheres of modern life which escape its territorial jurisdiction*»<sup>210, 211</sup>

Ao reforçar os mecanismos pelos quais se pode desenvolver uma cidadania ativa, o Tratado de Lisboa revela o seu compromisso com o fortalecimento da legitimidade democrática institucional europeia. Deste modo, com a introdução de um conjunto de disposições relativas aos princípios democráticos no Título II do TUE (arts.9º a 12º), o que constitui uma novidade resultante do Tratado de Lisboa, procura-se precisamente «dar corpo ao “apego aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e liberdades fundamentais e do Estado de direito”», através da introdução de alguns aperfeiçoamentos às versões anteriores dos Tratados. Por exemplo, ao consagrar o princípio da igualdade ao nível do elemento humano da União (art.9º TUE – princípio da igualdade democrática), o Tratado afirma, pela primeira vez com carácter geral, um princípio base do constitucionalismo moderno, inovação que é de especial relevo porque, com a afirmação daquele, esboça a definição de um conjunto de direitos que assistem ao Cidadão da União, o que nele introduz uma nota substantiva, já que o Tratado insiste em não lhe atribuir uma forma autónoma.<sup>212</sup>

Concomitantemente, ao reafirmar o princípio democrático e ao consagrar o princípio da democracia representativa no art.10º TUE, o Tratado procura combater a ideia persistentemente afirmada da existência de um défice democrático na estrutura da UE. Assim, de acordo com o exposto no art.10, nº2 TUE, a democracia representativa na União é concretizada da seguinte forma:

---

<sup>210</sup> MCGREW *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 101; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 13 ss.

<sup>211</sup> Cf. QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 39 ss.;

<sup>212</sup> Cf. MOURA RAMOS, Rui Manuel, “TUE arts. 9º-10º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por PORTO, Manuel Lopes, ANASTÁCIO, Gonçalo, pp. 51-53, Coimbra, Almedina, 2012, p. 51.; CARVALHAIS, Isabel Estrada, “O tratado de Lisboa e participação cidadã - indagando o potencial democrático da Iniciativa de Cidadania Europeia (ICE).” in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Coordenado por Sandra SILVEIRA, pp. 103-121, Lisboa, Quidjuri, 2010, pp. 104 ss.

Os cidadãos estão 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<sup>213,214</sup>

A norma transcrita acolhe não apenas a legitimidade dualista da UE, como também elege a União como forma organizativa dos Estados europeus e dos cidadãos da Europa no PE. Simultaneamente parece esclarecer que o desmantelamento do défice democrático institucional e social apenas será possível quando ambos os mecanismos de legitimação estiverem convenientemente relacionados, traduzindo-se no cruzamento das soberanias e da legitimidade entre os níveis constitucionais europeu e nacionais e num nível efetivo de legitimidade, no qual a imputação da responsabilidade é possibilitada.<sup>215</sup>

Assim, para reduzir défices democráticos, a legitimidade democrática dos Parlamentos nacionais, realizada por mediação através dos respetivos ministros do Conselho, necessita de ser maior quanto menor for a capacidade de intervenção do PE, e o mesmo deverá suceder na situação oposta; ou seja, a legitimidade por mediação dos Estados membros através do Conselho e dos Parlamentos nacionais deverá ser tanto menor quanto maior for a legitimação por parte do PE. Por exemplo, no caso de, por decisão maioritária no Conselho, o exercício de soberania da UE deixar de depender do consenso dos Estados membros, os Parlamentos nacionais apenas poderão contribuir com uma legitimação democrática restrita.<sup>216</sup>

É precisamente a antiga “co-decisão” ou o atual processo legislativo ordinário (arts.14º TUE e 223º ss. e 289º Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)) que estabelece a compensação entre os mecanismos ou canais de legitimação da EU, capaz de equilibrar os défices existentes. O Tratado de Lisboa veio, por isso, alargar o seu campo de aplicação, tornando-o no processo “regra” de deliberação da UE: de 45 casos de aplicação passou-se a consagrar os atuais 84 em mais de quarenta matérias como, por exemplo, nos domínios da justiça, da política interna, da política agrícola comum (PAC), da política de pescas da UE, da política comercial da UE, da

---

<sup>213</sup> DUARTE, LOPES, *op. cit.* nota 194, p.31.

<sup>214</sup> MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 212, pp. 52 ss.

<sup>215</sup> *id. loc. cit.*; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 167 ss.

<sup>216</sup> *id. loc. cit.*; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 92 ss.; TÖLLER, *op. cit.* nota 124, pp. 75 ss.

política económica e dos recentes campos de atuação política da cooperação administrativa e da cooperação no domínio da proteção.<sup>217</sup>

Pelo exposto entende-se, muito embora não vigore a prerrogativa geral de iniciativa legislativa do PE, como sucede nos sistemas constitucionais democráticos dos Estados, com a inerente existência de uma reserva absoluta de competência legislativa exclusiva dos parlamentos nacionais, que o alargamento das competências legislativas do PE no processo legislativo ordinário (arts.289º, n.º 1 e 294 TFUE) significa um fortalecimento da legitimação democrática da União, a par de outras reformas efetuadas, nomeadamente no âmbito da função orçamental e eletiva do PE, ou ainda o alargamento dos seus direitos de participação no âmbito da cooperação reforçada e da revisão dos Tratados: com o Tratado de Lisboa, o PE, conforme interpretação do exposto no art.314º, n.º 7, al. d) TFUE, passa a gozar de supremacia final no processo orçamental da União; passa a ter o direito de eleger o Presidente da Comissão de acordo com art.14º, n.º1 TUE e nos termos do art.17º, n.º 7 do TFUE; passa a ter poder de veto em matéria de estabelecimento de novas cooperações reforçadas – com exceção dos domínios da competência exclusiva e da política externa e de segurança comum (PESC) – conforme o disposto no art.20º TUE em conjugação com o art.329º, n.º 1 e 2 TFUE; passa a ter um poder geral de assentimento às convenções internacionais negociadas pela Comissão, antes da sua aprovação pelo conselho, o que se traduz, de acordo com o exposto no art.218º, n.º 6 TFUE, num verdadeiro direito de veto; e, consoante o exposto no art.48º, n.º2 e 6 TUE, passa a ter competência para apresentar projetos de revisão dos Tratados.<sup>218</sup>

Muito embora não represente uma novidade nos elementos de base, a afirmação do princípio da democracia representativa no art.10º TUE prossegue ainda com o

---

<sup>217</sup> MAURER, Andreas, *Mehrebenendemokratie und Mehrebenenparlamentarismus: Das Europäische Parlament und die nationalen Parlamente nach Lissabon.*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, Vol. 12, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 19-59, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 41 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 15, pp. 121 ss.; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 169 ss

<sup>218</sup> Cf. *ibid.*, pp.173 ss.; PALMA, Maria João. “TFUE art.329º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 1160-1163. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 1161 ss.; LAVOURAS, Matilde, LAVOURAS, Fernando, “TFUE art. 314º.”, In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 1114-1117, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1116 ss.; GUERRA MARTINS, Ana Maria, “TUE art.48.”, In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 175-182, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 180 ss.; MOREIRA, Vital, “TUE art.14º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 66-71, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 67 ss.; MANGANZA, Giorgio, "Can the enlarged European Union continue to be that United?", in *Fordham International Law Journal*, vol. 34, pp. 1269-1286, 2011, pp. 1280 ss ; MACHADO, *op. cit.* nota 15, p. 111ss.

reconhecimento do direito de todos os cidadãos à participação na vida democrática da União (n.º3) e com o reconhecimento do papel dos partidos políticos de nível europeu para a criação de uma consciência política europeia e para a expressão da vontade dos cidadãos da União (n.º4).<sup>219</sup>

Outra disposição no sentido da reafirmação do princípio democrático, e que constitui uma novidade do Tratado de Lisboa, é o art.11º do TUE que consagra a democracia participativa ou participação cidadã ao nível europeu, pretendendo contribuir com mais um mecanismo contra o tão propagado défice democrático da UE. O aspeto inovador consagrado neste artigo consiste na criação de um direito de iniciativa dos cidadãos (iniciativa de agenda) nos termos do qual aqueles podem convidar a Comissão a apresentar determinadas propostas legislativas, com as quais, fundamentalmente, se pretende transformar a política democrática europeia numa política do diálogo, contribuindo para a construção de um *espaço público europeu democrático partilhado*. Teoricamente, este instrumento, que constitui uma completa novidade a nível pós-nacional ou para lá das limitações político-administrativas e jurídicas de um território estatal, apresenta diversas vantagens: visa aproximar o cidadão da política europeia, embora o número aparentemente elevado de assinaturas necessárias (um milhão), na medida em que proporciona aos cidadãos a capacidade de se pronunciarem quer diretamente junto da Comissão Europeia sobre as questões que os preocupam quer no sentido de a pressionar a desencadear um processo legislativo sobre aquelas mesmas questões, desde que caibam no âmbito das áreas de ação da União; visa reabilitar o interesse dos cidadãos pela política europeia no seu todo; e é um instrumento conhecido em vários Estados membros<sup>220, 221</sup>.

Por último, e por ocasião das reivindicações no sentido da necessidade de um controlo reforçado da atividade dos governos na política europeia e de um controlo da aplicação do princípio da subsidiariedade no processo de legislação europeu, o

---

<sup>219</sup> Cf. MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 212, pp. 52 ss.

<sup>220</sup> A nível nacional, por exemplo, é um instrumento consagrado na Áustria, Eslováquia, Espanha, Holanda, Hungria, Itália, Letónia, Lituânia, Polónia, Portugal e Roménia. A nível regional, encontra-se consagrada nos países federais ou unitários descentralizados como a Alemanha, a Áustria, a Espanha, a Holanda, a Itália e a Suécia. No que concerne ao nível regional, a iniciativa cidadã encontra-se ainda consagrada na Alemanha, na Bélgica, na Eslovénia, na Espanha, na Hungria, no Luxemburgo e na Suécia. Cf. CARVALHAIS, *op. cit.* nota 212, pp. 105 ss.

<sup>221</sup> Cf. *id. loc. cit.*; GALVÃO TELES, Patrícia, “TFUE art.24º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 264-267, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 265 ss.; LOPES, Dulce, VEIGA, Paula, “TUE art. 11º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes, ANASTÁCIO, Gonçalo PORTO, pp. 54-57, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 55 ss.

fortalecimento da legitimidade da UE não se deveu apenas à revisão e ao alargamento das competências do PE e à previsão de um direito de iniciativa dos cidadãos da união, mas também à instituição de processos de cooperação e controlo para os Parlamentos nacionais enquanto fonte direta de legitimação democrática. Assim, apesar ter sido realçada a importância que assumia o intercâmbio entre os parlamentos nacionais e o Parlamento Europeu para a garantia da legitimidade democrática da UE e aquela ter sido afirmada e desenvolvida em declarações e protocolos anexos aos Tratados<sup>222</sup>, pela primeira vez na história da integração europeia, um Tratado contém um artigo específico sobre o papel dos Parlamentos nacionais, elencando, de forma genérica, no seu art.12º (TUE), as dimensões através das quais os Parlamentos Nacionais podem exercer a sua influência no processo político da União<sup>223, 224</sup>.

O art.12º TUE expõe que o papel dos Parlamentos Nacionais é reforçado no que concerne à receção de informação, à notificação dos processos, à participação em mecanismos de avaliação, à monitorização do princípio da subsidiariedade e à cooperação interparlamentar. A partir de então, os Parlamentos nacionais passaram a gozar direitos de participação: no âmbito da revisão dos Tratados nas áreas do TFUE e do Título V do TUE ou de decisão emitida pelo Conselho nos termos dos quais um ato abrangido por um processo legislativo especial pode ser adotado por processo legislativo ordinário (art.48º n.1 e 7); em caso de pedido de adesão à UE por Estado terceiro (art.49º TUE); em matéria da avaliação mútua, ou pelos pares, da aplicação das

---

<sup>222</sup>Mencione-se a este propósito, a Declaração relativa ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia anexa ao Tratado de Maastricht onde se prevê a necessidade de incentivar a participação dos Parlamentos nacionais na atividade da UE através da intensificação do intercâmbio entre os Parlamentos nacionais e o PE, nomeadamente por via da disponibilização das propostas legislativas da Comissão para informação e eventual análise; e o Protocolo (n.º 9) relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia anexo ao Tratado de Amesterdão (1997) que já continha e estabelecia regras para a informação dos Parlamentos e normas concernentes à Comissão dos assuntos Europeus (COSAC), criada em 1989 e cujo objetivo consiste na promoção da cooperação entre os Parlamentos nacionais e entre aqueles e o PE. CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 183 ss.; <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>; <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>.

<sup>223</sup> Para um acompanhamento efetivo do Parlamento Português ao processo de integração europeia, resultou a aprovação, por unanimidade, da Lei n.º43/2006, de 25 de Agosto, com a qual, o Parlamento Português incorporou as disposições previstas pelo Tratado de Amesterdão (1997) e as propostas de reforço do papel dos Parlamentos Nacionais na UE contidas no Tratado de Lisboa. Cf. MENDONÇA MENDES, Ana Catarina, CANAS, Vitalino, “TUE art. 12º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 58-62, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 58 ss. Lei disponível em [http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Lei43\\_2006.pdf](http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Lei43_2006.pdf).

<sup>224</sup> *id. loc. cit.*; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 182 ss.; KIIVER, Philipp, *Die Einzelstaatliche Parlamente in den europäischen verträgen: Ein neuer Ansatz zur Würdigung parlamentsfreundlicher Vertragsklauseln*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung*, Vol. 12, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 115-131, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 115 ss. e 119 ss.

políticas concernentes ao Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ) de acordo com o art.70º do TFUE; em matéria do controle político ou da avaliação das atividades da Eurojust e da Europol segundo os arts.85º, n.º1 e 88º, n.º2; no âmbito dos trabalhos realizados para a promoção e o reforço da cooperação operacional em matéria de Segurança Interna da União (art.71º TFUE); e, no âmbito do processo de controlo do princípio da subsidiariedade, aquando das propostas iniciadas pela Comissão para integração de lacunas do Tratado e alargamento das competências dos órgãos da União (art.352º, n.º 2 TFUE).<sup>225</sup>

Todavia, no que concerne especificamente à capacidade de monotorização do princípio da subsidiariedade, através da qual se oferece aos Parlamentos Nacionais a possibilidade de controlar o processo legislativo da União, quer por via do controlo político direto (art.12º, al. a) TUE e arts.2º e 6º do Protocolo n.º2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade anexo ao Tratado de Lisboa (Protocolo n.º2)), quer por via do instrumento jurídico da fiscalização da legalidade (art.8º do Protocolo n.º2 e art.263º TFUE), alguns autores mostram-se relutantes em aceitar a natureza benévola daquela previsão. Autores como Franz Mayer, entendem que a previsão dos direitos de participação dos Parlamentos Nacionais no processo político europeu não promovem uma cooperação construtiva ou democratização do processo político europeu, mas constituem o símbolo da compensação excessiva resultante da preocupação real ou aparente dos Estados-Membros na perda das suas responsabilidades (*Kompetenzangst*)<sup>226</sup>, pelo que a previsão dos mecanismos de controlo da subsidiariedade antes apresentam instrumentos de bloqueio da política europeia.<sup>227</sup>

Receios como os de Mayer percebem-se, sobretudo, quando analisados à luz das posições adotadas pelo TCFA nas decisões sobre os Tratados de Maastricht e Lisboa, nas quais se afirma que aos mecanismos de legitimação a nível supraestadual podem, quando muito, ser atribuídos significados complementares. De acordo com a doutrina

---

<sup>225</sup> MAURER, *op. cit.* nota 217, pp. 47 ss.; GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 218, pp. 180 ss.; ALEIXO, Manuel Lopes, “TFUE art. 70.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 379-381, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 380 ss.; GUERRA MARTINS, Ana Maria, “TFUE art.352º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 1232-1235, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1235.; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 182 ss.

<sup>226</sup> Igualmente neste sentido, Andreas Maurer. *Cf* MAURER, *op. cit.* nota 217, pp. 55 ss.

<sup>227</sup> *Cf* CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 185 ss.; KIIVER, *op. cit.* nota 224, pp. 121 ss.; MEYER, Franz C. “Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon.”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.º 67 (2007), pp. 1141-1217., pp. 1165 ss. e 1173 ss., disponível em <http://www.zaoerv.de/>.

do TCFA, apenas o acoplamento democrático aos Parlamentos nacionais justifica a legitimidade democrática da União, uma vez que faltam formas de legitimação transcendentais às instituições europeias como o PE, portanto acima dos povos dos Estados membros. Porém, a problemática principal reside na lógica sistemática do dogma clássico da legitimação democrática que se baseia num entendimento holístico-maioritário de democracia, segundo o qual uma democracia transnacional nem seria adequada nem seria concebível por razões estruturais. Pelas razões expostas, não admira que haja quem argumente no sentido de um *défice démocratique* europeu.<sup>228</sup>

No entanto, ainda que possa reconhecer-se a preocupação acima exposta, mais parece que o interesse comum dos Governos nacionais e dos órgãos da União em reforçar o papel dos Parlamentos nacionais se funda no objetivo de estabilizar o sistema deliberativo através de um discurso pluralista e de uma dose saudável de legitimidade democrática, ainda que nacionalmente fundada. Por outras palavras, deseja-se uma participação suficiente dos Parlamentos para dar credibilidade às medidas da União, sem que a sua participação prejudique a interação dos interesses nacionais e supranacionais no âmbito do chamado “*Método Jean Monnet*”. Assim, a União não depende dos Parlamentos nacionais enquanto instituição, mas da função que desempenham no âmbito do direito constitucional dos seus Estados membros. Destaque-se, que mecanismos de compensação como este terão um papel crescente consoante o princípio da unanimidade seja substituído pelo princípio da maioria no processo deliberativo do Conselho (art.16º, n.º 3 TUE).<sup>229</sup>

Apesar de alguma doutrina apontar no sentido de uma escassa capacidade ou vontade dos Parlamentos nacionais no gozo efetivo dos seus direitos de participação e informação, da carência de estruturas nacionais necessárias para um fluxo efetivo de informação e no sentido da incapacidade do PE para garantir uma legitimidade prévia razoável, em bom rigor, deve considerar-se que, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, se alcançou uma otimização da legitimidade democrática da União, através do relacionamento convincente e do fortalecimento dos seus mecanismos de legitimação. Por um lado, assiste-se a uma legitimidade reforçada da União pelo alargamento das competências do PE, por outro, porque a participação reforçada dos Parlamentos Nacionais a nível europeu representa uma oportunidade séria no sentido da integração

---

<sup>228</sup> Cf. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 140 ss.

<sup>229</sup> KIIVER, *op. cit.* nota 224, pp. 116 ss.; GORJÃO-HENRIQUES, *op. cit.* nota 184, pp. 82 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 114, pp. 15 ss.



dos cidadãos europeus na vida da União e do desenvolvimento duma *identidade coletiva europeia* ou, melhor, duma *opinião pública europeia*. Por último, a ocupação paralela dos níveis supraestadual e nacional com projetos legislativos europeus importantes significa o incremento da coerência do discurso europeu, através do qual se proporcionará um aumento da aceitação e da transparência dos processos de deliberação europeus.<sup>230</sup>

### PARTE III

## 1. À procura de uma democracia mais inclusiva: a tensão entre inclusão e exclusão

### 1.1. “Desnacionalizar” a cidadania

O ideal democrático é mais antigo que a ideia do Estado-nação moderno e desenvolveu-se, inicialmente, de premissas universais sem o recurso a um tecido concreto e histórico como o povo ou a nação. A democracia como forma de governo soberano apenas passou a estar ligada ao Estado-nação, forma dominante de organização política, a partir do século XIX e com a proliferação dos movimentos nacionalistas, conceção segundo a qual apenas lealdades pré-jurídicas, no sentido de afiliações nacionais, podiam justificar a legitimação democrática do governo. A difusão e sedimentação do paradigma da sobreposição de Estado e democracia, crença comumente aceite pelo nacionalismo, que resultaria na assunção de que a identidade nacional dependeria da verificação de patentes etno-culturais de identificação, como a existência de um território historicamente delimitado (ou pátria), de mitos e estórias comuns, de uma memória coletiva, de uma cultura de massa uniformizada, da igualdade de direitos e deveres para os membros da comunidade e de uma economia comum territorialmente delimitada, traduzir-se-ia na importância tradicional da pertença do indivíduo a uma comunidade nacional, na medida em que, como explica Hannah Arendt, da qualidade de nacional dependia “*the right to have rights*”.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> Cf. *id. loc. cit.*; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 218 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 152 ss.

<sup>231</sup> Cf. LISTER, Mathew, “Citizenship in the immigration context.”, *Maryland Law Review*, vol. 70, 2010, pp. 175-233, pp. 181 ss.; STRAZZARI, Davidei, “The New Functionalist Approach of the ECJ Towards the European Freedom of Movement and Residency: Some Lessons from a Constitutional Comparative Survey.”, *Jean Monnet Working Paper* 13 (2008), pp. 3 ss, disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/081301.html>.

De acordo o exposto, resulta claro que a compreensão, a gênese e a configuração do instituto jurídico da nacionalidade que, saliente-se, não corresponde a um instituto uniformizado e inequívoco, está intrinsecamente associada aos movimentos e às transformações sociais que se iniciaram na Europa a partir do século XVIII e ao surgimento dos movimentos nacionalistas, que estão na base do entendimento particularista, postulando a identificação do povo com o *poder constituinte*.<sup>232</sup> Assim, até àquela data a delimitação dos Estados era unicamente o resultado de guerras, tratados e da aleatoriedade da sucessão dinástica, pouco interessando a composição populacional, de modo que a nacionalidade ignorava qualquer fator linguístico ou cultural como critério de integração, podendo verificarem-se épocas, nomeadamente aquela após a guerra dos trinta anos, em que a imigração era desejada sem dela, como parece, ter resultado qualquer situação conflituosa e em que os imigrantes de língua e cultura diferentes eram integrados no território dos Estados. Assim o testemunha a integração dos huguenotes em algumas comunidades.<sup>233</sup>

Deste modo, a nacionalidade que constituía apenas o instrumento, desenvolvido à luz de um contexto histórico específico, de unificação das diferentes identidades sediadas num determinado território no contexto de uma crescente concentração social, levou à identificação de Estado e democracia, indissociáveis um do outro, tornando a atribuição da cidadania corolário da pertença do indivíduo ao Estado. Assim, após a proclamação do postulado da soberania popular pela Revolução Francesa, os Estados começaram a identificar-se com as suas nações, privilegiando os seus nacionais com um catálogo mais amplo de direitos através da atribuição exclusiva àqueles do estatuto ativo da cidadania (ou do *Status citoyen*), reservando-lhes a faculdade de participar na vida

---

<sup>232</sup> HOBSBAWN, *op. cit.* nota 156, pp. 25 ss.. Seguem a mesma ordem argumentativa T. H. Marshall e Stein Rokkan por entenderem a nacionalidade como produto do processo de criação do Estado. Segundo os autores, a criação da nação deveu-se a três processos da construção do Estado moderno intrinsecamente ligados. O primeiro seria a unificação administrativa, militar e cultural a nível elitista, acompanhada pela consolidação territorial e pelo desenvolvimento de uma infraestrutura legal e burocrática Estatal, e que estaria na base da afirmação soberana de um corpo político capaz de controlar as atividades internas do Estado. O segundo momento caracterizar-se-ia pela emergência das economias comerciais e industriais, exigindo a criação de infraestruturas públicas (como a standardização de pesos e medidas, a criação de uma moeda única e o desenvolvimento de uma ordem legal uniformizada) e a consolidação dos direitos civis e económicos, rompendo-se com a tradicional hierarquia social. Por último, a terceira fase, consistiria na impregnação nas massas da consciência nacional ajustada à economia de mercado através de um sistema obrigatório de ensino, da standardização linguística, da imprensa popular e do serviço militar obrigatório. A conjugação destes acontecimentos estaria, segundo T. H. Marshall e Stein Rokkan, na base do desenvolvimento duma solidariedade entre os nacionais de um Estado e o sentimento de identidade entre aqueles e o próprio Estado. C. f. BELLAMY, Richard. *Citizenship - A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 45 ss. Partilham ainda a opinião dos autores citados Ernest Gellner e Benedict Anderson.

<sup>233</sup> C. f. VOGEL, *op. cit.* nota 160, pp. 680 ss.

ativa do Estado, sobretudo através da capacidade eleitoral ativa e passiva e da faculdade de desempenhar cargos públicos, ideia que se tornou consensualmente difundida nos Estados democráticos até aos dias de hoje, sendo várias as normas de direito público, quer de direito nacional, quer de direito internacional<sup>234</sup>, cuja aplicabilidade depende da nacionalidade.<sup>235</sup>

Aliás, o próprio processo de modernização da sociedade, isto é, a criação e o desenvolvimento das economias capitalistas e a proliferação dos ideais burgueses, requereram a modificação das condições de pertença à comunidade. Segundo a Teoria Sistémica (Niklas Luhmann), é a mudança para a diferenciação funcional e a transformação da ordem semântica e política no processo de criação do Estado moderno, associada às inovações ocorridas naquele processo, quer o desenvolvimento da sociedade burguesa, quer a criação de um governo baseado nos direitos civis, quer a formação das nações, que caracteriza a rutura quanto ao tratamento do estrangeiro pelas sociedades, que passam a formular a sua própria identidade através de processos de autodeterminação subjetiva, tornando a diferenciação funcional no critério essencial de distinção nas comunidades politicamente organizadas. É deste modo que, nos Estados constitucionais modernos, a nacionalidade e a cidadania se tornam os pontos centrais da “política estrangeira”, processo que remonta aos anos 1776 e 1789, e que determina a precarização do estatuto do estrangeiro.<sup>236</sup>

A nível interno ou dos Estados, os indivíduos passaram alegadamente a aceitar, em nome da “identidade nacional”, a limitação das suas liberdades, restringindo a dos outros, depauperando os direitos civis e religiosos das minorias étnicas, rácicas ou religiosas que a nação não conseguiria absorver. Assim, a sucessiva institucionalização dos direitos civis (séc. XVIII), políticos (séc. XIX) e sociais (séc. XX) nos Estados Constitucionais modernos e territorialmente delimitados traria consigo a formulação de

---

<sup>234</sup> As normas de Direito Internacional Público cuja aplicabilidade dependem da nacionalidade são aquelas relativas à proteção diplomática e as concernentes ao acolhimento dos nacionais. HAILBRONNER, Kay, RENNER, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 4ª Edição, München, Verlag C.H. Beck, 2005, pp. 86 ss.

<sup>235</sup> ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.143 ss.; SPIRO, Peter J., “A new international law of citizenship.”, *The American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 694-794, pp. 694 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* Nota 3, p. 296; D. SMITH, *op. cit.* Nota 174, pp. 13 ss.; KADELBACH, Stefan, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Compilado por Dirk Ehlers, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2009, pp.653 ss.; VOGEL, *op. cit.* nota 160, pp. 684 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* Nota 25, pp. 69 ss.; MIRANDA, *op. cit.* Nota 2, pp. 282 ss.

<sup>236</sup> Cf. AYDIN, Yaşar, *Topoi des Fremden: Zur Analyse und Kritik einer sozialen Konstruktion*, Konstanz, UVK, 2009, pp. 34 ss. e 175 ss. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 109 ss.

uma tensão entre o “direito à diferença”<sup>237</sup> e o princípio da igualdade, transformando o Estado-nação num aparelho potenciador das desigualdades, cujo instrumento mais requintado consiste no “nós”: quer as minorias nacionais, quer os “não- nacionais”, passariam a constituir corpos estranhos ao acervo nacional, seja porque resistiram ao processo de homogeneização ou porque nele não tiveram lugar. Como consequência, a exclusão dos “corpos estranhos” da vida política do Estado em que residem dificultaria ou até impossibilitaria aquelas minorias de se identificarem com a ordem legal e política do Estado, prejudicando a sua integração e aumentando o seu sentimento de angústia, promovendo a sua crescente marginalização conforme eram impedidos de se concretizar enquanto seres completos e livres. Esta situação em nada difere da dos dias correntes.<sup>238</sup>

Também no âmbito internacional, nomeadamente nas relações intraestatais, o nacionalismo passaria a desafiar, desde a Revolução Francesa, qualquer ideal de Humanidade, negando a existência de uma comunidade humana mundial e a uniformidade da moral ou dos valores, oferecendo como legitimação das comunidades politicamente organizadas uma fundamentação conservadora e potenciadora de conflitos. Assiste-se a uma maior frequência das disputas sobre os vários territórios e o domínio sobre aqueles passa a motivar a assimilação dos povos conquistados na nação vencedora<sup>239</sup> ou determina, quando a assimilação se vislumbrava inútil ou demasiado morosa, a expulsão, o exílio ou, nos casos mais extremos, o extermínio étnico, pelo que König salienta o enorme potencial da “Era nacional” para a violência, associando-a às inúmeras “limpezas étnicas” ocorridas em seu nome<sup>240</sup>, que diz terem-na acompanhado desde o início como verdadeiras sombras.<sup>241</sup>

O nacionalismo torna, assim, o Estado num aparelho de exclusão por excelência e quase desumana, pelo que a tradicional reserva da cidadania aos nacionais nos sistemas democráticos implica a exclusão de alguns indivíduos da participação e

---

<sup>237</sup> Por „direito à diferença“ deve entender-se o direito à não assimilação pela cultura nacional ou religião oficial de um Estado do qual não se é nacional ou, por outras palavras, a faculdade de se ser “estrangeiro entre estrangeiros”. AYDIN, *op. cit.* nota 236, pp. 39 ss.

<sup>238</sup> *Id. loc. cit.*; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp.109 ss.

<sup>239</sup> Assim, por exemplo, a população da Alsácia e da Lorena foi sujeita a uma reeducação política e nacional por parte dos Alemães em 1871 e, novamente, a partir de 1919, pelos Franceses.

<sup>240</sup> Segundo o autor, nas guerras ocorridas nos anos 1970, foram vítimas nos Balcãs mais de 250 000 seguidores da religião muçulmana e mais de um milhão e meio foram obrigados a deixar o território. Mas o êxodo não teve fim, muitos continuavam a fugir da Bulgária, da Roménia, da Grécia, da Sérvia e do Montenegro. O autor salienta ainda que entre os anos 1912 e 1914 devem ter sido expulsos ou exilados mais de 900 000 pessoas. Cf. KÖNIG, *op. cit.* nota 175, pp. 17 ss.

<sup>241</sup> Cf. *id. loc. cit.*; D. SMITH, *op. cit.* nota 174, p. 17 ss. AYDIN, *op. cit.* nota 236, pp.34 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 297 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 68 ss.; MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 287 ss.

definição da atividade do Estado, embora também eles se encontrem numa relação com o aparelho de Poder, sendo nesta aceção histórica, portanto, que a nacionalidade, considerada questão de autodeterminação nacional, é equacionada primordialmente como questão de identidade, na maioria dos casos, coincidentes com marcadores comunitários desenvolvidos em espaços territorialmente demarcados como, entre outros, a etnia e a religião. Eis também a razão pela qual ainda seja unanime que a nacionalidade seja definida por lei nacional dos Estados, integrando, em princípio, o domínio reservado da autoridade soberana de cada Estado<sup>242, 243</sup>.

Todavia, o contexto histórico sumariamente descrito é hoje desafiado pelo aumento da interdependência global que, e sobretudo no âmbito europeu, é responsável pela diminuição das capacidades de controlo e da autoridade dos Estados, e pelo movimento de migração em massa, sobretudo nas últimas décadas e na Europa, predominantemente em razão da eliminação das fronteiras internas e da criação do

---

<sup>242</sup>A este propósito deve referir-se o célebre caso *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala, de 6.04.1955) proferido pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), na medida em que o caso veio reforçar a velha regra da competência exclusiva dos Estados em matéria de nacionalidade ao afirmar que os Estados não podem reclamar vínculos jurídicos com indivíduos com os quais não tenham uma ligação real ou efetiva (“*real and effective link*”), ou seja, a nacionalidade adquirida por determinação de um Estado não é *per se* definitiva, mas o vínculo formal que a nacionalidade expressa deve ser suportado por indícios materiais de pertença a essa comunidade nacional. Assim, o TIJ define no seu acórdão que «(...) *nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. (...) the individual upon whom it is conferred, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State*». Entende-se que o nascimento no território do Estado, a descendência de um nacional, o casamento com um nacional ou até a residência permanente no território do Estado podem determinar a existência de uma ligação real ou efetiva com o Estado.

Na medida em que o caso *Nottebohm* também constitui um marco de viragem, determinando o caráter internacional do instituto da nacionalidade, só em princípio é que a nacionalidade constitui domínio reservado da autoridade soberana dos Estados. De acordo com o TIJ, a nacionalidade apenas será do domínio reservado da autoridade soberana dos Estados enquanto a sua Lei da Nacionalidade não interferir com obrigações internacionais às quais aquele se tenha sujeitado por Convenção ou Tratado Internacional. Para efeito do exposto, a Convenção Europeia sobre Nacionalidade de 6.11.1997 constitui, para os seus Estados signatários, uma limitação daquela natureza.

A Convenção de Haia sobre Determinadas Questões Relativas aos Conflitos de Leis da Nacionalidade (*The Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws*), de 13 de Abril de 1930, também consagra nos seus artigos 1º e 2º a regra da competência exclusiva dos Estados em matéria de nacionalidade. Vide International Court of Justice, *Reports of judgments, advisory opinions and orders, Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala), de 6 de Abril de 1955, p.23*, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>; SPIRO, *op. cit.* nota 235, p. 703 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 70 ss.; GEIGER, *op. cit.* nota 69, pp. 250 ss.; HAILBRONNER, RENNER, *op. cit.* nota 234, pp. 48 ss.; League of Nations, *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law*, 13 April 1930, League of Nations, Treaty Series, vol. 179, p. 89, No. 4137, disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3b00.html>. Vide também MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160; MOURA RAMOS, Rui Manuel, “La Double nationalité et les liens spéciaux avec d'autres pays. Les développements et les perspectives au Portugal.”, in *Revista de Direito e Economia Ano XVI/XIX*, 1990 a 1993, pp. 577-605.

<sup>243</sup> MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 29 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 70 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp.653 ss.

Espaço de liberdade, de segurança e justiça comum, pondo em causa o funcionamento eficaz da democracia territorialmente concebida, excluindo do processo de decisão democrático indivíduos por ele afetados. Não admira pois que o princípio democrático e o conceito de cidadania partilhem uma relação básica, mas paradoxal, conquanto este último dependente da nacionalidade. Atendendo aos Estados, o estatuto de cidadão e, portanto, a nacionalidade, distinguem aqueles que fazem parte do processo político democrático daqueles que dele estão excluídos por simples referência a identidades coletivas, que prejudicam as expectativas empíricas dos indivíduos no que concerne ao processo de autodeterminação, com efeitos sobre o conceito de legitimidade democrática.<sup>244</sup>

Em boa verdade, ainda que no relatório da Comissão de Direito Internacional sobre nacionalidade e apatridia a nacionalidade seja, muito genericamente, definida como o vínculo de lealdade que une uma pessoa física ou natural a um determinado Estado, é necessário entender que a nacionalidade não é mais do que um critério essencial para a definição da competência pessoal dos Estados<sup>245</sup>, indicando apenas quais as relações de exclusividade entre Estado e indivíduo para a delimitação soberana dos Estados nas suas relações, enquanto a cidadania deve ser estudada com relação ao aparelho de Poder, porque só nessa qualidade é possível apreender a sua importância, uma vez que ela exprime a variável relação entre o Homem e o aparelho de Poder, limitando a esfera de coação do Estado e reservando uma esfera de autonomia ao indivíduo, incluindo-o na participação e definição da atividade do Estado. Por esta razão, a confusão terminológica que resultou no binómio nacionalidade/cidadania deve ser afastada porque, na realidade, eles não constituem sinónimos e têm conteúdos jurídicos diferentes, apesar de os Estados continuarem, na atualidade, a conferir relevância à sua interligação em algumas áreas. Além disso, a delimitação da cidadania com base em tradicionais patentes etno-culturais de identificação, conforme resulta da tradicional reserva da cidadania aos nacionais, deve ser afastada por colidir com normas de Democracia liberal e de Direito Internacional, sendo de extrema importância manter

---

<sup>244</sup> *Id. loc. Cit.*; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 11 ss.; WEYSS, Birgit, *op. cit.* nota 158, pp. 16 ss.

<sup>245</sup> De acordo pode ler-se no acórdão *Nottebohm*: «Nationality serves above all to determine that the person upon whom it is conferred enjoys the rights and is bound to the obligations which the law of the State in question grants to or imposes on its nationals». International Court of Justice, *Reports of judgments, advisory opinions and orders, Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala)*, de 6 de Abril de 1955, p. 20, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>.

as esferas cultural e política separadas, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável do conceito de cidadania.<sup>246</sup>

Assim, como é possível retirar das ilações feitas ao longo da exposição, devem rejeitar-se teorias holistas-monistas e comunitaristas cuja lógica argumentativa tem na base concepções étnicas ou antropológicas, porque o ideal democrático em si, contrariamente ao postulado por aquelas correntes, não depende, enquanto conceito normativo, da identidade coletiva, motivo pelo qual se recomenda separar o discurso democrático do discurso identitário, porque a solidariedade e a identidade são, em última instância, produto do próprio processo de integração.<sup>247</sup> A democracia, pois, deve fundamentar-se nos direitos fundamentais e nos princípios universais de direito. Por isso, a aplicabilidade direta e ilimitada do direito interno dos Estados a indivíduos que se encontrem no seu território, sem lhes reconhecer a titularidade ilimitada de direitos fundamentais, acarreta em si uma discriminação que de todo não deve ser justificada, na medida em que a proteção e a promoção dos direitos humanos depende da realização do princípio democrático.

Segundo Habermas, a legitimidade democrática depende da relação interna que se estabelece entre os direitos humanos e a soberania popular, constituindo os primeiros o padrão de institucionalização da criação de redes comunicativas promotoras da formação de uma vontade política razoável. Tal explica-se porque o princípio da soberania popular, expresso nos direitos de comunicação e participação que visam garantir a autonomia pública e política dos cidadãos, apenas define o procedimento que, devido às suas características democráticas, justifica a legitimidade dos resultados das eleições, enquanto os Direitos Humanos clássicos, pelo contrário, fundamentam o próprio Estado de Direito, tornando-o inerentemente legítimo, na medida em que visam garantir a autonomia e a liberdade privadas dos cidadãos. Neste sentido, os cidadãos apenas poderão fazer uso da sua autonomia pública se, com base na igualdade e da autonomia privada, forem suficientemente independentes e apenas poderão ser iguais no gozo da sua autonomia privada se fizerem uso adequado da sua autonomia política enquanto cidadãos. Do exposto entende-se que a autonomia pública e privada estão

---

<sup>246</sup> Cf. HUDSON, Manley O., “Report on Nationality, Including Stateless .”, *Extract from the Yearbook of the International Law Commission* 1952, vol. II , pp. 3-24 , pp. 6 ss., disponível em <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> .MOREIRA, *op. cit.* nota 10, *cit.*, pp. 29 ss.; *op. cit.* nota 25, pp. 70 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp. 653 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 16 ss.; GEIGER, *op. cit.* nota 69, p. 694; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 296 ss.

<sup>247</sup> Cf. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.154 ss.

intrinsecamente ligadas na sua realização, pelo que a garantia dos direitos fundamentais é indissociável dos direitos políticos.<sup>248</sup>

No entanto, os Direitos Humanos, não obstante a sua forma legal, são sobretudo direitos morais, pelo que surge uma tensão peculiar entre o seu significado universal e as condições locais da sua realização. Por exemplo, apesar de o direito de participação política estar expressamente consagrado em algumas declarações internacionais, nomeadamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CEFDR) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), enquanto normas legais, elas apenas protegem o indivíduo conforme pertence a uma comunidade jurídica específica, normalmente os cidadãos do Estado-nação, paradoxo que Wingert designou "detective aspect" do discurso dos direitos humanos. Assim, os direitos humanos que proclamam a inclusão do "outro" atuam, igualmente como ferramenta das políticas de exclusão exercidas em seu nome.<sup>249</sup>

Porém, aquele facto explica-se porque os Direitos Humanos «são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas»<sup>250</sup>, pelo que a formação dos direitos esteja estritamente ligada às conceções ideológicas vividas em cada época. Os chamados "direitos de igualdade" foram gradualmente alargados a grupos oprimidos, marginalizados ou excluídos. Assim, só após uma série de lutas políticas os trabalhadores, as mulheres, os judeus, os ciganos, os afrodescendentes, os gays e os refugiados políticos foram reconhecidos como seres humanos plenos com direito à igualdade de tratamento, pelo que o reconhecimento mais importante a retirar desta retrospectiva é a verdadeira função ideológica que os direitos humanos cumprem: através do reconhecimento da validade universal do princípio da igualdade, a inclusão serve para desvendar a desigualdade de tratamento daqueles que foram excluídos silenciosamente.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> Cf. HABERMAS, *op. cit.* nota 196, pp. 89 ss.

<sup>249</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 92 ss.

<sup>250</sup> BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 5.

<sup>251</sup> Cf. HABERMAS, *op. cit.* nota 196, pp. 92 ss.



Embora os Estados mantenham a sua responsabilidade local, quer na qualidade de Estado, enquanto fatores de estabilização, harmonização e segurança interna, quer na qualidade de membro da comunidade internacional, os Estados apenas poderão suprir a perda da soberania “absoluta”, se defenderem uma melhor legitimação, uma melhor prossecução da *Rule of Law* e um melhor cumprimento das responsabilidades das instituições e dos órgãos internacionais a nível global.<sup>252</sup> Pelo menos, tal é exigido pela dignidade humana, na medida em que «*the conflict of cultures takes place today in the framework of a world society in which the collective actors must, regardless of their different cultural traditions, agree for better or worse on norms of coexistence*»<sup>253</sup>.

Da exposição entende-se que, numa época em que a emergência de novas realidades, como a globalização e o incremento de uma mobilidade mais fácil e acelerada à escala global, fomentam a corrosão da força constitutiva e independência dos Estados e a constituição de espaços crescentemente integrados, que põem em causa a continuidade dos espaços nacionais e o *dogma do caráter único e exclusivo do vínculo de nacionalidade*<sup>254</sup>, os direitos humanos fornecem a única base de legitimação reconhecida da comunidade política internacional: quase todos os Estados têm aceite, até agora e pelo menos no papel, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

Assim, pelo menos nos países mais liberais e que respeitam os Direitos Humanos, a nacionalidade parece ter perdido alguma importância, tendo-se verificado uma relativização da distinção entre nacionais e não-nacionais. Os estrangeiros, embora não sejam nacionais, por consideração à dignidade humana, devem ser respeitados enquanto cidadãos transnacionais e devem ser tratados com igualdade perante a lei. No que toca especificamente à Europa, a alteração verificada realiza-se através da implementação das normas de direito humano a nível estadual e mais especificamente a nível transnacional: os direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do

---

<sup>252</sup> MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 5 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp.82 ss.

<sup>253</sup> HABERMAS, *op. cit.* nota 196, p. 99.

<sup>254</sup> Contam para efeito da relativização da condição de exclusividade do vínculo da nacionalidade, a evolução do princípio da igualdade conjuntamente com o incremento da mobilidade transnacional que, no plano da vida familiar, ao reconhecer-se a igualdade plena da mulher, passaram a exigir a condenação da transmissão *iure sanguinis* da nacionalidade apenas por referência ao progenitor masculino, aumentando significativamente os casos de dupla nacionalidade originária. E, talvez até ainda mais significativo, o gradual enraizamento dos indivíduos em comunidades nacionais diferentes daquela com que estavam ligados por vínculo jurídico-político formal juntamente com o reconhecimento de direitos de participação política independente da perda do estatuto nacional anterior. Cf. MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 5 ss. Vide também ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 72 ss.

Homem (CEDH)<sup>255</sup>, garante determinados direitos a quem se encontrar no território dos Estados membros, sem atender à sua nacionalidade.<sup>256</sup> Deste modo, é imprescindível que se reconheça que o surgimento e o desenvolvimento dos direitos humanos no domínio internacional e a alteração do paradigma em que se desenvolveu o Estado moderno reclamam a alteração do papel da nacionalidade e exigem o reconhecimento pleno dos direitos fundamentais a todos que estejam numa relação com o aparelho de Poder.

Numa sociedade, em que parte da população tem um estatuto precário ou na qual é vedada uma adesão plena a determinados indivíduos, em que se desperdiçam recursos humanos e materiais e em que os processos de exclusão são fortalecidos, corre-se o perigo de cisão das sociedades, circunstância que não pode deixar de ter as suas consequências no futuro da democracia que, de acordo com a sua natureza, deve ser de carácter geral. Em bom rigor, ou a democracia inclui a totalidade dos indivíduos ou, em princípio, ela não é Democracia de todo, pelo que a superação da clivagem social entre membros e estrangeiros pode ser essencial para o futuro desenvolvimento da Democracia: a integração dos últimos tornar-se-á na tarefa essencial da Democracia interna.<sup>257</sup>

As reflexões *supra* justificam-se sobretudo porque o Estado contemporâneo ou do século XXI está fortemente condicionado na realização das suas tarefas pela necessidade de cooperação internacional. Assim, na medida em que as minorias nacionais e não-nacionais obtiveram, primeiro, direitos sociais e, mais tarde, direitos civis, parece claro que os direitos não podem nem devem ser delimitados nacionalmente como, aliás, sucedia ainda no século XIX. Os direitos dirigem-se crescentemente ao indivíduo independentemente dos seus enraizamentos particulares e para lá das regras positivas da coletividade particular a que lhe coube pertencer, porque a internacionalização dos Estados impedem-nos de decidir de forma autocrática sobre a sua concessão. Além disso, não parece justo que, na medida em que a internacionalização afeta todas as esferas do indivíduo, os Estados, no que concerne à economia e às finanças, zelem de tal forma pela observância do Direito Internacional de concorrência, que implique a diminuição considerável do escopo de realização das

---

<sup>255</sup> Firmada em Roma a 4 de Novembro de 1950 e que entrou em vigor a 3 de Setembro de 1953. No caso específico de Portugal, a Convenção foi assinada a 22 de Setembro de 1976 e entrou em vigor, na ordem jurídica portuguesa, a 9 de Novembro de 1978. Encontra-se disponível no site do Conselho da Europa. Vide <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

<sup>256</sup> FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 298 ss. Cf. LISTER, *op. cit.* nota 231, pp. 181 ss.

<sup>257</sup> Cf. AYDIN, *op. cit.* nota 236, p. 237.; KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 254 ss.

políticas internas (sociais, económicas, fiscais, ambientais, de educação e formação, de saúde, de alimentação, do trabalho e de transportes) e resulte, concomitantemente, na discriminação do Homem em relação aos produtos e serviços<sup>258</sup>, como resultado da divisão internacional do trabalho e do incremento da mobilidade dos agentes económicos. A dignidade humana exige uma melhoria progressiva do tratamento do Homem.<sup>259</sup>

Assim, segundo uma conceção de democracia fundada nos direitos fundamentais e segundo um entendimento kantiano baseado na autonomia e no direito, a democracia enquanto ideal de autodeterminação está inevitavelmente enraizada na autonomia privada, pelo que direito e Estado não devem ser expressão de um espaço de proteção coletivo da vida nacionalmente definida, mas devem garantir e fixar os limites da liberdade individual, essenciais ao desenvolvimento dos projetos de vida individuais e coletivos. Por isso, ainda que historicamente relacionados, o facto de a nacionalidade determinar a atribuição de direitos e deveres aos nacionais, não faz com que a cidadania, na sua essência, lhe esteja adstrita.<sup>260</sup>

Na medida em que a nacionalidade, ou a qualidade de ser nacional, na realidade, e sobretudo sob o aspeto jurídico, poderá não corresponder ao povo em sentido sociológico (confirmam-no as minorias nacionais), como poderá não ser sinónimo da qualidade de estar submetido à autoridade do Estado (comprovam-no a situação resultante dos movimentos migratórios), as considerações *supra* apontam para a necessidade de repensar o carácter permanente do vínculo jurídico que o indivíduo estabelece, em razão de simples condições naturalistas (*ius soli*), éticas ou ráticas (*ius sanguini*) com o Estado e parecem ser motivo suficiente para considerar que a concessão do “estatuto ativo” da cidadania não deverá depender exclusivamente da

---

<sup>258</sup> Assim pode entender-se ter sucedido quando a regra da livre circulação de pessoas, antes dos acórdãos *Watson e Bellman*, *Luisi e Carbone* e *Gravier* proferidos pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) – hoje Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)-, revestia apenas um carácter instrumental ou operatório enquanto decisiva para a implementação de um Mercado Comum e a instituição de uma União Aduaneira. A livre circulação de pessoas, quando surgiu, não era mais do que uma conceção meramente económica, na medida em que o indivíduo apenas gozava da liberdade de circulação enquanto agente económico e não na sua qualidade de cidadão. Só a partir das interpretações feitas pelo TJCE a liberdade de circulação das pessoas deixou de ser interpretado num sentido estritamente económico, para passar a ser um direito individual concebido à luz dos direitos fundamentais, contribuindo para firmar a cidadania europeia. *Vide* GORJÃO HENRIQUES, Miguel, “Aspetos gerais dos Acordos de Schengen na perspectiva da livre circulação de pessoas na união europeia”, in *Temas de Integração*, pp.47-96, Vol.1, n.º2, s/l, 1996, pp. 51 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 15, pp. 243 ss.

<sup>259</sup> KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 254 ss.; HAARSCHER, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Instituto Piaget, 1993, pp. 26 ss., FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 82 ss. e 299.

<sup>260</sup> *Cf.* ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.118 ss.

nacionalidade, sobretudo para os nacionais dos Estados membros de comunidades *supraestaduais* como a União Europeia, já que no caso daquela se trata de um projeto de integração política que tem subjacente uma lógica de legitimação democrática da comunidade humana, social e política, pressupondo a participação dos indivíduos.

Nesta perspetiva impõem-se um entendimento cívico do termo cidadania (*civic notion of citizenship*), ou seja, deve compreender-se o seu carácter inerentemente político, rejeitando-se o ideal de justaposição da cidadania com critérios naturalistas, rácicos ou étnicos de integração, aos quais corresponde por excelência a nacionalidade.<sup>261</sup> É que a cisão entre *demos* e Estado possibilita conceber-se uma multiplicidade de *demos* coexistentes que contribuem para a qualidade das decisões democráticas, uma vez que incluem uma variedade maior de membros em comparação com o conceito excludente e tradicional de povo<sup>262</sup>.

## 1.2. A nacionalidade múltipla e a cidadania

O Estado-nação, baseado na convicção da existência de uma congruência fundamental entre um povo integrado por fortes laços económicos, culturais e históricos e um Estado (o seu Estado) cuja tarefa principal consiste na organização e desenvolvimento da Nação, é um paradigma que está a desabar e que não pode corresponder à realidade do século XXI, porque a constituição de espaços crescentemente integrados, fruto de um mundo globalizado, estreitou cada vez mais a interconexão da comunidade mundial. O desenvolvimento das novas tecnologias que em muito facilitaram a comunicação, as viagens e o comércio (*flows*) traduziram-se numa onda política da promoção e abertura das fronteiras, facilitando o comércio e o investimento internacional (*networks*). Cada vez mais pessoas residem, atualmente, fora dos seus Estados de origem, fenómeno que necessariamente acarreta consequências no domínio da organização económica e social. Assim, a transformação concetual do significado de soberania como resultado natural e inevitável da criação de um mundo globalizado e cada vez mais interdependente e a prossecução de alterações legais no domínio da nacionalidade e dos Direitos Humanos, nomeadamente o reconhecimento da igualdade dos sexos, a necessidade de evitar a apatridia e a crescente aceitação e

---

<sup>261</sup> KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp.653 ss; MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 282 ss; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 69 ss.; LISTER, *op. cit.* nota 231, p. 197.; STRAZZARI, *op. cit.* nota 231, pp. 3 ss.

<sup>262</sup> Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 25 ss.

promoção da nacionalidade múltipla (ou plurinacionalidade) entre alguns Estados, trouxe a gradual evolução do conceito de nacionalidade, que jamais pode (ou deve) ser tida como um vínculo exclusivo, tendo como consequência o aumento da verificação de casos de dupla e múltipla nacionalidade<sup>263</sup>, quer por nascimento, quer por naturalização.<sup>264</sup>

A difusão e a receção dos casos de plurinacionalidade nunca foi tão Benvinda como no mundo do século XXI<sup>265</sup>, sobretudo porque a sua rejeição em muito dependia da lógica concetual que postulava a exclusividade e indivisibilidade da lealdade nacional<sup>266</sup>, para não se mencionar os problemas que a sua aceitação implicariam na prática relativamente a assuntos como a proteção diplomática, o serviço militar, o estatuto civil e o tributário. Quanto à exclusividade do vínculo nacional, os opositores à promoção da nacionalidade múltipla igualavam-na à bigamia e defendiam que a sua aceitação incentivaria a traição do plurinacional aos sistemas políticos.<sup>267</sup> Assim,

---

<sup>263</sup> A partir deste momento somente referida como nacionalidade múltipla porque a expressão engloba tanto os casos em que um sujeito tem duas nacionalidades (dupla nacionalidade) como aqueles em que se possui mais do que duas nacionalidades (nacionalidade múltipla). Pelas mesmas razões referir-se-á, ao longo da exposição, ao plurinacional.

<sup>264</sup>MARTIN, David. A, “Introduction: The Trend Toward Dual Nationality.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals - evolution and prospects*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 3-18, Kluwer Law International, 2003, pp. 3 ss.; HAILBRONNER, Kay, “Rights and Duties of Dual Nationals: Changing Concepts and Attitudes.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolutions and Prospects*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 19-26, Kluwer Law International, 2003, pp. 19 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp.12 ss.; SPIRO, *op. cit.* nota 235, pp. 694 ss.; LISTER, *op. cit.* nota 231, pp. 226 ss.; SPIRO, Peter J, “Perfecting Political Diaspora.”, *New York University Law Review*, Vol. 81, n.º 207 (2006), pp. 101-125, pp. 101 ss., disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=876955](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876955); MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 6 ss; FAIST, Thomas, GERDES, Jürgen, “Dual Citizenship in an Age of Global Mobility.” Washington DC, Migration Policy Institute, pp. 3 ss, disponível em <http://www.migrationpolicy.org/>

<sup>265</sup>BLATTER, Joachim K., ERDMANN, Stefanie, SCHWANKE, Katja, “Acceptance of Dual Citizenship: Empirical Data and Political Contexts.”, *Working Paper Series „Glocal Governance and Democracy”* (Institute of Political Science University of Lucerne), n.º 2 (Fevereiro 2009), pp. 10 ss., nomeadamente figura 3, disponível em [http://www.unilu.ch/eng/workingpapers\\_287648.aspx](http://www.unilu.ch/eng/workingpapers_287648.aspx).

<sup>266</sup> Segundo Bettencourt Rodrigues Morais, o facto de a dupla nacionalidade ter sido encarada, a partir do século XIX, como uma situação anómala derivava da sequência das ideias anteriores, nomeadamente da consideração do conceito de vassalagem como implicação de obrigações de carácter limitado, tendo-se iniciado as reações contra a dupla nacionalidade, em França, a partir do século XVIII. Jean Bodin ligará a exclusividade do vínculo senhorial ao poder absoluto concedido ao senhor (soberania). Cf. RODRIGUES MORAIS, *op. cit.* nota 160, pp. 27 ss. No mesmo sentido afirma Giovanni Kojanec ao concluir que a postura do direito internacional em relação ao problema da nacionalidade múltipla é o resultado da abordagem histórica, filosófica e social que os Estados fazem da matéria e que determina a sua base legislativa. Cf. HAILBRONNER, *op. cit.* nota 264, pp.20 ss; KOJANEC, Giovanni, “1<sup>st</sup> European Conference on Nationality”, in *Council of Europe*, Strasburgo, 3 de Fevereiro de 2000, pp. 37 ss., disponível em [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference%201%20\(1999\)Proceedings.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference%201%20(1999)Proceedings.pdf).

<sup>267</sup>Segundo Spiro a condenação da plurinacionalidade não passava de uma condenação moral, o que explica o emprego de conceitos como “lealdade” ou “fidelidade” naquela matéria, termos com independência material bastante limitada, e que constituíam sobretudo um fundamento cultural não jurídico. Na verdade, segundo o autor, a aversão à plurinacionalidade não resulta nem nunca resultou da

imbricada nos argumentos manipulados pela ordem mundial do século XIX, os Estados viriam a adotar a Convenção de Haia de 1930 que consagraria no seu preâmbulo o direito a uma única e exclusiva nacionalidade. O ambiente hostil que se tinha formado em torno da problemática nacionalidade múltipla refletia-se igualmente nas decisões dos tribunais, na lei nacional e mesmo no Conselho da Europa que, uma década depois de ter adotado a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), procedeu à adoção de uma convenção em 1963 com o objetivo explícito de evitar os casos de nacionalidade múltipla<sup>268</sup>, não reconhecendo quaisquer conflitos entre as liberdades consagradas no diploma anterior com as consagradas naquele último<sup>269</sup>.<sup>270</sup>

No entanto, a identificação de um indivíduo pode ser feita em vários círculos concêntricos de identidade<sup>271</sup>, pelo que David A. Martin constata que os plurinacionais, em regra, sentem ligações fortes a ambos Estados sem, por essa mesma razão,

---

ação individual, mas antes de convenções legais, porque a conceção da nacionalidade múltipla desarma a soberania por contrariar a sua lógica. O mesmo afirmam Margiotta e Vonk: «*The legal literature at the end of the nineteenth and beginning of the twentieth century traditionally thought of multiple nationality as an anomaly, but primarily for emotional and psychological reasons. Legal arguments for the inconceivability of dual nationality were not really brought to the fore, apart from the argument that dual nationality troubled interstate relations.*» Cf. SPIRO, Peter J., “Dual Citizenship as Human Right.”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, n.º 1 (2010), pp 111-130, pp. 105 ss. Vide MARGIOTTA, Constanza, VONK, Olivier, “Nationality Law and European Citizenship: The Role of Dual Nationality.”, *EU Working Papers RSCAS* (Institute European University), n.º 66 (2010), p. 2, disponível em <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchumanCentre/Publications/Index.aspx>.

<sup>268</sup> No âmbito do Conselho da Europa a adoção da Convenção Europeia sobre a Redução dos Casos de Nacionalidade Múltipla e Obrigações Militares em Caso de Nacionalidade Múltipla. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/043.htm>. Segundo Moura Ramos a Convenção Europeia de 1963 não só impedia a aquisição originária da nacionalidade múltipla como previa, no seu art.1º, que o nacional de um Estado contratante que voluntariamente adquirisse a nacionalidade de um outro Estado contratante perdia, de forma automática, a sua nacionalidade anterior. Cf. MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 8 ss.

<sup>269</sup> O que não deixa de revelar grande admiração uma vez que, no art.1º da CEDH, se impõe às partes contratantes o reconhecimento dos direitos e liberdades nela consagrados a toda a pessoa que se encontre sob a jurisdição do Estado. Deste modo, a CEDH não distingue, quanto ao seu âmbito de aplicação, entre nacionais e não nacionais, quer sejam estrangeiros, quer apátridas. Vide *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=7&DF=18/04/2013&CL=ENG>; e MESQUITA, Maria José Rangel de, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: uma Perspetiva Constitucional*, Coimbra, Almedina, Janeiro 2013, pp. 105 ss.

<sup>270</sup> Cf. MARTIN, David A., “Introduction: The Trend Toward Dual Nationality.”, *cit.*, p.4 ss.; HAILBRONNER, *op. cit.* nota 264, pp.20 ss. Para maior desenvolvimento, vide também SPIRO, *op. cit.* nota 267, p. 112 ss.

<sup>271</sup> Trata-se, como Rita Ribeiro observa e muito bem, «do paradoxo latente entre a autonomia do sujeito na sua autocriação identitária e accional e a correlativa sujeição (mesmo que momentânea ou pululante) às forças de classificação, disciplina e regulação social», porque, na verdade, as identidades são flexíveis, fruto da volatilidade das relações sociais e das relações de força que as enformam e só depois um constructo teórico, pelo que aquelas tanto podem ser concêntricas, temporárias, contextuais como fragmentadas, cruzadas e compostas. Aliás, «a identidade como processo histórico é fundamentalmente definida pela capacidade de criação subjetiva». Cf. RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, p. 39; KAUFMANN *apud ibid.*, p. 37.

comprometerem a respetiva lealdade com os Estados. Esta ideia é reforçada por Margiotta e Vonk que defendem que a nacionalidade, enquanto vínculo jurídico entre um indivíduo e um Estado, não difere qualitativamente doutros vínculos que o indivíduo estabelece, quer com a família, quer com comunidades éticas e religiosas, e que estes, à semelhança da nacionalidade múltipla, são apenas exemplos dos vários tipos de “lealdade” que um indivíduo pode estabelecer. Tal aceção leva Spiro a afirmar que a aversão à plurinacionalidade e o emprego do conceito de lealdade nesta matéria resulta claramente de interesses do Estado, especialmente no que diz respeito ao serviço militar e à manutenção do nacional.<sup>272</sup>

Assim, a afirmação de que a plurinacionalidade contende com interesses individuais não será facilmente comprovada à luz das tendências atuais do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, nomeadamente no que diz respeito à proteção diplomática, ao serviço militar e ao direito tributário.

Primeiro, porque o entendimento histórico de que a plurinacionalidade contende com o exercício efetivo da proteção diplomática pelos Estados da nacionalidade tem sido afastado, reconhecendo-se que as complicações à prossecução daquela não resultam da plurinacionalidade em si, mas antes da recusa dos Estados em reconhecer a não exclusividade do vínculo nacional, passando a admitir-se o exercício da proteção diplomática contra o Estado da nacionalidade mais formal, por aplicação do princípio da efetividade do vínculo nacional<sup>273</sup>. Além destes casos, podem ser tomadas iniciativas diplomáticas para a proteção dos direitos dos indivíduos sem a necessidade de verificação do vínculo de nacionalidade e contra o Estado da nacionalidade, o que resulta da aceitação internacional dos Direitos Humanos como base possível de contestação e da admissibilidade de ação exterior.<sup>274</sup>

Segundo, porque a celebração de tratados internacionais em matéria do serviço militar, nomeadamente de protocolos anexos às principais convenções celebradas em

---

<sup>272</sup> Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.11 ss; MARGIOTTA, VONK, *op. cit.* nota 267, pp. 2 ss.; SPIRO, *op. cit.* nota 267, p. 118 ss.

<sup>273</sup> O princípio da efetividade resulta da jurisprudência do TIJ (caso *Nottebohm*, Liechtenstein v. Guatemala, de 6.04.1955). São de importância decisiva para o seu crescente reconhecimento internacional a jurisprudência do Tribunal Permanente de Arbitragem (caso *Canevaro*, Itália v. Peru, de 03.05.1912), da Comissão de Conciliação italo-americana (caso *Strunsky Mergé* de 1955) e do Tribunal Arbitral para a resolução dos diferendos entre o Irão e os Estados Unidos (caso *Esphahanian v. Bank of Terajat*, de 1983). Vide respetivamente [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1029](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029); [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_xiv/236-248.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_xiv/236-248.pdf);

<http://pt.scribd.com/doc/29110625/Esphahanian-dual-nationality-case-US-Iran-Claims-Tribunal>. Vide também RODRIGUES MORAIS, *op. cit.* nota 160, pp. 289 ss.; HAILBRONNER, *op. cit.* nota 264, pp. 23 ss.

<sup>274</sup> Cf. *id. loc. cit.*; MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp. 11 ss.

matéria de nacionalidade múltipla – Protocolo sobre Obrigações Militares em casos de Dupla Nacionalidade ou o Protocolo de Haia (1930) e os Protocolos anexos à Convenção Europeia de 1963 (Primeiro Protocolo de 1977 e o Segundo Protocolo de 1993) – assim como a previsão e regulação da matéria no capítulo VII da Convenção Europeia sobre Nacionalidade de 1997, resolvem os problemas ligados à previsão simultânea de obrigações militares. Para além do facto de a maioria dos Estados terem abandonado a obrigatoriedade do serviço militar, obrigação histórica e primária decorrente da nacionalidade, o seu cumprimento depende cada vez mais do critério da residência.<sup>275</sup>

Em terceiro lugar, as mesmas conclusões podem ser tiradas em matéria tributária, porque se constata que a prática recorrente dos Estados é fazer depender a tributação da residência ou do local do objeto tributado.<sup>276</sup>

Deste modo, pode concordar-se com Dimitry Kochenov:

*With the growth of international migration in the liberal context where states are bound to exercise self-restraint in nation building, it became apparent that ‘the paradigm of societies organised within the framework of the nation-state inevitably loses contact with reality. In this context, it has compellingly been demonstrated that arguments against multiple citizenship simply do not exist.’<sup>277</sup>*

Deste modo, as modernas vias de comunicação, incluindo a transmissão rádio televisiva através de satélite, o e-mail, o skype e a internet, tornam bastante improvável o isolamento das culturas. Assim, mesmo “mono-nacionais” podem desenvolver afinidades com outras esferas identitárias - regionais, nacionais ou supraestaduais (transnacionais) - seja por influência das experiências laborais ou turísticas, da literatura ou da cozinha, ou por adesão à religião ou orientação filosófica. Aliás, a globalização autoriza tais tendências, o que facilmente se retira da prática internacional e da crescente integração dos Estados, quer na prossecução de políticas e objetivos comuns, quer pela crescente aceitação dos princípios democráticos, pelo reconhecimento internacional dos Direitos Humanos, pela internacionalização dos mercados ou pela raridade das guerras.

---

<sup>275</sup> Cf. SPIRO, *op. cit.* nota 267, pp. 118 ss.. Vide também LEGOMSKY, Stephen H., “Dual Nationality and Military Service: Strategy Number Two.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 79-134, Kluwer Law International, 2003, pp. 91 ss.; FAIST, GERDES, *op. cit.* nota 264, pp. 7 ss.

<sup>276</sup> Cf. SPIRO, *op. cit.* nota 267, pp. 118 ss.

<sup>277</sup> Vide KOCHENOV, Dimitry, “Double Nationality in the EU: An Argument for Tolerance.”, *European Law Journal* (Blackwell Publishing) vol. 17, n.º 3 (Maio 2011), pp. 323–343, p. 330.



Não admira por isso que, num mundo cada vez mais globalizado, quanto maior for a internacionalização dos processos de decisão mais problemático (ou difícil) se torne a defesa da exclusividade do vínculo político<sup>278, 279</sup>.

Pelas razões *supra* expostas, facilmente se entenderá que as objeções ao reconhecimento da múltipla nacionalidade são sobretudo de cariz funcional e que aquelas se prendem, na sua maioria, com os eventuais efeitos negativos que a plurinacionalidade possa ter na realização dos ideais democráticos, enfraquecendo o ideal da igualdade, motivo pelo qual se questiona a dupla votação dos plurinacionais, e diluindo a solidariedade entre os membros da comunidade política, na medida em que os plurinacionais gozam de direitos em mais do que um Estado e de um direito de opção (“*exit-option*”), do qual a maioria dos cidadãos não beneficia.<sup>280</sup>

Os opositores à múltipla nacionalidade temem que a plurinacionalidade interfira com o exercício responsável dos direitos políticos (*irresponsible voting*), nomeadamente que os plurinacionais não exercerão o seu direito de sufrágio com a mesma preocupação e zelo que seria de esperar pelos “mono-nacionais” que, pelo menos na forma mais idealizada possível, votariam de forma responsável e altruísta. Os adversários ao acolhimento da dupla nacionalidade receiam ainda que os plurinacionais

---

<sup>278</sup> Neste sentido Moura Ramos argumenta que os Estados, em sequência da abertura dos seus espaços e da progressiva erosão da conceção clássica da soberania, sentiram a necessidade de afrouxar os mecanismos que impediam o aparecimento das situações de plurinacionalidade. Assim, o reconhecimento da igualdade dos cônjuges e o impacto da pressão dos movimentos internacionais dos trabalhadores, que pretendiam adquirir a nacionalidade dos Estados de acolhimento sem perder a nacionalidade de origem, levaram os Estados da Europa à abolição dos antigos mecanismos que sujeitavam a aquisição de uma nova nacionalidade à perda do vínculo nacional anterior, em nome dos Direitos Humanos e da necessidade de integração dos imigrantes, nomeadamente dos da segunda geração. A conservação da nacionalidade de origem revela-se de grande importância para a facilitação e a realização do princípio da unidade da nacionalidade familiar. Faist e Gerdes mencionam que antes do alargamento da União em 2004, apenas seis dos quinze Estados-membros faziam depender a aquisição da nova nacionalidade da renúncia da nacionalidade anterior, embora se previssem exceções àquela (Espanha, Holanda, Alemanha, Áustria, Dinamarca e o Luxemburgo). Os países que integraram a União Europeia após o alargamento em 2004 são, segundo os autores, mais reservados em matéria da múltipla nacionalidade, sobretudo quando adquirida por naturalização (aquisição derivada da nacionalidade). Apenas três, o Chipre, a Hungria e Malta reconhecem explicitamente a plurinacionalidade dos seus imigrantes. Os autores relacionam a recente autonomia dos seis restantes Estados – Estónia, Letónia, Lituânia, República Checa, Eslováquia e Eslovénia- à repugnância destes aceitarem a plurinacionalidade de forma incondicionada. Não obstante as observações feitas, a Europa é a região do globo em que a proteção dos Direitos Humanos é mai bem realizada, o que não pode deixar de se refletir na crescente aceitação na região da plurinacionalidade. Cf. MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 6 ss.; FAIST, GERDES, *op. cit.* nota 264, pp. 4 ss.; BLATTER, ERDMANN, SCHWANKE, *op. cit.* nota 265, pp. 5 ss., nomeadamente figura 1. Vide também MARGIOTTA, VONK, *op. cit.* nota 267, pp. 3 ss.

<sup>279</sup> Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.11 ss.

<sup>280</sup> Cf. *id. loc. cit.*; SPIRO, *op. cit.* nota 267, pp. 119 ss.

possam tender para a adoção de ideais políticos estremados porque não necessitarão de encarar forçosamente as consequências políticas resultantes das eleições.<sup>281</sup>

No entanto, tais ilações são claramente fruto da lógica concetual que postula a exclusividade e indivisibilidade da lealdade nacional e não correspondem forçosamente à realidade, premissas que, aliás, se apresentam bastante ténues em face da globalização e na medida em que o vínculo formal de nacionalidade não impede a identificação simultânea do indivíduo com outras comunidades. Assim, por exemplo, a não residência de um plurinacional não impede que aquele não continue interessado na organização e condução política do seu (outro) país de nacionalidade, porquanto muitos possuem propriedades, operam empresas, fazem investimentos ou mantêm transações financeiras com aquele país. Por outro lado, no que respeita aos plurinacionais residentes, o recurso à “*exit-option*” parece ser muito improvável, quer nos casos em que os indivíduos adquiriram a dupla nacionalidade por meio da naturalização, quer naqueles casos em que a aquisição é originária, na medida em que a inércia e a familiaridade acabam por manter as pessoas enraizadas apesar da adversidade. Situações semelhantes verificam-se inclusive no âmbito da imigração laboral como revelam estudos realizados naquele campo.<sup>282</sup>

Pelo exposto pode afirmar-se que a recusa da plurinacionalidade, em vez de promover a igualdade, comprometerá a realização dos direitos políticos, porquanto recusará a elegibilidade daqueles que doutra forma a teriam adquirido, e que os plurinacionais tendem a concentrar o seu envolvimento político no país de residência apesar de não estar excluída a hipótese de conservarem sérios interesses na condução política do outro país de nacionalidade e que, dadas as circunstâncias, na sua maioria permanecem o tempo suficiente para sentir as consequências da votação.<sup>283</sup>

Outro argumento frequentemente invocado pelos opositores à múltipla nacionalidade, no âmbito da sua integração política plena, consiste na asserção de que os plurinacionais são incapazes de interpretar corretamente a realidade económica, social e política do país, receando-se uma distorção dos seus votos por falta de capacidades cognitivas, nomeadamente por desconhecimento da situação de facto ou por dificuldades no domínio da linguagem, e que, por isso, sejam influenciados por

---

<sup>281</sup> Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.12 ss.; SPIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 111ss.

<sup>282</sup> Cf. *id. loc. cit.*; MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.12 ss.; FAIST, GERDES, *op. cit.* nota 264, pp. 12 ss.

<sup>283</sup> Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.11ss. Vide também SPIRO, Peter J., “Political Rights and Dual Nationality.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolution and Prospects*, de David A., HAILBRONNER, Kay MARTIN, 135-152. Great Britain: Kluwer Law International, 2003, pp. 136 ss. e 150.

políticas e governos distantes (*uninformed voting*).<sup>284</sup> Todavia, este argumento parece tão reprovável quanto o anterior no sentido que a sua concretização parece mais um receio dos principais líderes políticos e do público eleitor residente do que uma realidade concretamente constada. A este propósito Peter J. Spiro salienta que estudos realizados pelo Conselho da Europa, nomeadamente os que resultam do seu *Report on Member State links with citizens living abroad*, levam a concluir que, nos Estados que concedem aos seus expatriados capacidade eleitoral, a taxa de participação apresenta-se de tal forma reduzida que o seu impacto é quase nulo. David A. Martin acrescenta que, embora uma tal situação possa hipoteticamente constituir-se, a rejeição do estatuto do plurinacional não é capaz de fundamentar uma barreira eficaz à eventual verificação do *uninformed voting*, na medida em que o “vulgar” cidadão eleitor é tão apto a alvo de distorção quanto o plurinacional: por um lado, porque as suas capacidades cognitivas são perfeitamente influenciáveis e, por outro, porque as suas escolhas e opções políticas passam pelo crivo da interpretação subjetiva. De acordo com este autor, as escolhas daqueles últimos têm de considerar-se tão legítimas como as dos primeiros, embora não se possa negar que eventuais afinidades externas não possam comprometer, de algum modo e em certa medida, o voto dos indivíduos. No entanto, lembre-se que estão sujeitos a este tipo de interferências externas tanto os plurinacionais como os “mononacionais”.<sup>285</sup>

Outras objeções à múltipla nacionalidade são frequentemente encontradas em sede do próprio processo de sufrágio, porque se teme que o exercício do direito de sufrágio do plurinacional nos países da sua nacionalidade implique o desrespeito do princípio da igualdade de sufrágio, na medida em que, de certo modo, o exercício simultâneo daquele poderá, no entender dos concidadãos, representar a previsão de um estatuto, ainda que simbolicamente, superior àquele garantido aos restantes nacionais. No entanto, tal objeção parece não ter qualquer fundamento concetual porque a compreensão do princípio da igualdade de sufrágio (“uma pessoa, um voto”) necessita de um enquadramento espacialmente delimitado, isto é, a sua validade depende da sua análise no interior de uma realidade política concreta e que, normalmente, constitui a

---

<sup>284</sup> Cf. *id. loc. cit.*; SPIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 110 ss.

<sup>285</sup> Cf. *id. loc. cit.*; SPIRO, *op. cit.* nota 283, p. 138.; MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp. 11 ss. Vide também Council of Europe Parliamentary Assembly, Link Between Europeans Living Abroad and Their Countries of Origin, Doc. 8339 (Mar. 5, 1999), parágrafo 48, disponível em <http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=8660&Language=EN>.; e SPIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 114 ss.

dimensão territorialmente delimitada dos Estados, na qual se observará que aqueles que beneficiam do estatuto da múltipla nacionalidade não estão sujeitos a um tratamento diferenciado: enquanto nacional daquele Estado, o plurinacional será tratado como qualquer outro nacional (ou “mono-nacional”), beneficiando dos mesmos direitos e impondo-se-lhe os mesmos deveres ou obrigações que aos restantes nacionais. Assim, de acordo com Faist e Gerdes, o problema da dupla votação encontra-se sobrestimado no âmbito interno dos Estados conquanto os votos habitualmente se encontrem agregados a eleições e políticas diferentes pelo que, embora o direito de sufrágio possa ser exercido simultaneamente em mais do que um Estado, o voto não conta mais que uma vez.<sup>286</sup>

As mesmas conclusões podem verificar-se quanto ao aspeto prático da problemática acima suscitada porque os Estados, ao regularem as condições para o exercício do direito de sufrágio dos nacionais não residentes, impõem obstáculos ao seu exercício simultâneo, abrangendo não só os “mono-nacionais” não residentes como aqueles que beneficiam do estatuto da múltipla nacionalidade. A este propósito, a prática internacional dos Estados tem revelado o recurso a três formas básicas de restrição do exercício do direito de sufrágio com base na não residência. Primeiro, pode impor-se a perda do direito de sufrágio, quer na sua vertente ativa, quer na vertente passiva, no país de origem, prevendo-se exceções que justificam a manutenção do direito como a ausência por motivo de prestação de serviço ao Estado ou a título de transferência do local de trabalho desde que de uma empresa nacional se trate. É assim que sucede, por exemplo, na Irlanda, na Hungria, na Dinamarca, na África do Sul, na Itália, em El Salvador, na Eslováquia e no Nepal. Segundo, como é prática habitual no Reino Unido, no Canadá e na Nova Zelândia, restringe-se o direito de sufrágio por inabilitação após determinado período de ausência do país. A terceira forma faz depender o exercício do direito de sufrágio da presença dos nacionais não residentes em território nacional para a realização do voto, não se prevendo a sua realização exterior.<sup>287</sup>

Para além das formas típicas a que os Estados recorrem para restringir o exercício do direito de sufrágio dos nacionais não residentes, existem formas

---

<sup>286</sup>Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp. 11 ss.; FAIST, GERDES, *op. cit.* nota 264, pp. 12 ss. A este propósito também Bauböck observa que: «[a]s long as these votes are not aggregated at a higher level, the principle of one person/one vote has not been infringed». Vide BAUBÖCK, Rainer *apud* SPIRO, *op. cit.* nota 267, p. 130.

<sup>287</sup> *id. loc cit.* Cf. *ibid.*, pp. 136 ss. Vide também SPIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 104 ss.

individualizadas para a sua concessão, constituindo aquela, matéria do núcleo da soberania dos Estados. A Bélgica revela uma disciplina bastante própria no domínio, ao permitir aos seus nacionais não residentes o exercício do direito de sufrágio nas legislativas federais, quer por procuração, quer pessoalmente, desde que seja apresentado documento oficial emitido pelo país de residência que comprove a inelegibilidade naquele. Acrescenta-se que um número crescente de Estados possibilita o exercício do direito de sufrágio aos seus nacionais não residentes, incluindo os plurinacionais, através de correio ou do recurso às embaixadas e consulados, permitindo o exercício exterior do direito de sufrágio. Estados que permitem o voto via correio são os Estados Unidos da América, a Espanha, Portugal e, preenchido o requisito supramencionado, o Canadá. Permitem o exercício do direito de sufrágio exterior a nacionais não residentes por via do recurso às embaixadas e consulados, o Reino Unido (desde preenchido o requisito supracitado), a Polónia, a Lituânia, a Columbia, a Venezuela, o Peru, a França, a Rússia, a Arménia, a Síria, a Suécia e a Espanha. Apesar do movimento descrito, com tendência para facilitação do exercício do direito de sufrágio, a realidade comprova que a taxa de participação dos interessados tem-se mostrado bastante baixa<sup>288, 289</sup>.

Deste modo, embora se verifique um movimento tendente à facilitação do exercício do direito de sufrágio aos nacionais não residentes, a maioria dos plurinacionais vê afastado o seu direito de sufrágio no Estado de que (também) é nacional, porque nele não reside. Por este motivo deve concluir-se que o fator determinante para a concessão do direito de sufrágio ou a inelegibilidade de um nacional reside no critério da residência, o que aliás também sucede relativamente ao direito de sufrágio para o PE (art.39º, n.º 1 CDFUE). As ilações anteriores permitem constatar igualmente que a múltipla nacionalidade não impõe o tratamento diferenciado relativamente a outros nacionais.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> A este propósito Spiro refere que apenas 3.000 de 200.000 nacionais colombianos residentes nos Estados Unidos da América exerceram o seu direito de sufrágio para as presidências em 1990 e que apenas uma pequeníssima amostra (14.000) dos nacionais britânicos não residentes participaram nas eleições parlamentares de 1997. Para além dos casos citados verificaram-se situações (como ocorreu nas eleições parlamentares da Suécia em 1997 – 25.000 de 80.000 eleitores não residentes –, na França e na Áustria – taxa correspondente a 25% dos eleitores não residentes) em que a taxa de participação foi consideravelmente superior. Todavia taxas de participação mais elevadas não justificam uma afetação das consequências políticas que resultam das eleições. Cf. SPIRO, *op. cit.* nota 283, p. 138.

<sup>289</sup> Cf. *ibid.*, pp. 136 ss.; MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp. 11 ss.

<sup>290</sup> SPIRO, *op. cit.* nota 283, pp 136 ss.; PIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 103 ss.

### 1.3. O surto dos movimentos “regionalistas” e a ductilidade do processo identitário

O conflito de culturas tem hoje lugar no contexto de uma sociedade mundial e, de acordo com o exposto em parágrafos anteriores, tal circunstância exige que os atores coletivos, independentemente da sua cultura e diferentes tradições, aceitem, para bem ou mal, o estabelecimento de normas de coexistência, porque o isolamento contra influências externas deixou de ser opção num mundo cada vez mais integrado. Mesmo nas sociedades que duma perspetiva cultural são comparativamente homogêneas, uma reformulação reflexiva das tradições dogmáticas prevaletentes é muito mais difícil de evitar.<sup>291</sup> No entanto, o restabelecimento da paz nos espaços crescentemente integrados parece de difícil concretização, por um lado, dado a relutância dos Estados se renderem aos desafios do mundo globalizado, por outro, pelo refortalecimento do nacionalismo na forma do surto das reivindicações de independência ou autonomia regionais.<sup>292</sup> Mas como se explicam estes fenómenos aparentemente contraditórios?

A existência e a proliferação coexistente de fenómenos como a produção identitária regional (regionalização) com fenómenos de produção identitária em esferas mais amplas (internacionalização) explicam-se pelo decurso do processo de globalização que, desenvolvendo fluxos (*flows*) e teias (*networks*) inter-regionais e globais em todas as áreas de vivência social, promovendo a circulação de mercadorias, pessoas, símbolos e informação no tempo e no espaço, formam mosaicos bem definidos de interação entre esferas até então independentes, como a esfera dos atores sociais e a esfera do poder.<sup>293</sup>

Em bom rigor, os nacionalismos minoritários que se têm vindo a desenvolver nos Estados democráticos são fruto do próprio processo de globalização: quanto mais globais se tornarem as necessidades, mais fortes serão as expectativas dos indivíduos nos seus governos regionais e locais, porque só as estruturas políticas locais estão, em última instância, aptas para encontrar soluções adequadas às necessidades concretas dos indivíduos e para enfrentar os seus receios.<sup>294</sup> Se até à data, aqueles foram malogrados,

---

<sup>291</sup> Cf. HABERMAS, *op. cit.* nota 196, p. 99.

<sup>292</sup> Cf. HAARSCHER, *op. cit.* nota 259, p. 27. Vide FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, *cit.*, pp. 82 ss e 298 ss. Vide ainda a propósito do condicionamento dos Estados na concessão dos direitos GEIGER, *op. cit.* nota 69, pp. 261 ss.

<sup>293</sup> SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 10 ss.

<sup>294</sup> FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 522 ss.

tendo sido considerados como uma patologia do corpo político nacional e as suas liberdades foram restringidas em nome da “identidade nacional”, a globalização e o condicionamento dos Estados apresentam-se-lhes como verdadeira oportunidade no sentido da sua “des-etnicização” ou do combate contra o centralismo democrático nacionalista excessivo (*weitgetriebenen demokratisch-nationalstaatlichen Zentralismus*). Adotando o mesmo discurso inclusivo e cívico que em tempos foi instrumento dos nacionalismo nacionais, porque as identidades são um móbil de reivindicação e resistência eficaz em momentos de mudança ou perante modelos dominantes, as minorias regionais tendem a mover-se a par dos movimentos políticos progressistas e a fazer causa comum com os novos movimentos sociais, pelo que estas nações antes procuram constituir o quadro principal da regulação social, e não tanto reivindicar particularismos.<sup>295</sup>

Segundo Langlois, é precisamente o facto de as minorias nacionais se terem tornado “sociedades globais”, em vez de representarem fragmentos étnicos, que explica a necessidade daquelas reivindicarem soberania em grau suficiente para serem sujeitos e não meros objetos do debate constitucional. À semelhança do que sucedeu no processo de “*state-making*” ou “*state building*” ou na luta contra o sistema feudal aristocrático, as minorias nacionais procuram, desta vez, afirmar-se contra o modelo dominante Estado-nação. O autor conclui, portanto, que a proliferação dos regionalismos não deve ser confundida com movimentos de autodeterminação em sentido estrito, que procuram a constituição de um Estado, mas deve ser entendida como exigência de renegociação da posição das minorias no Estado e na ordem transnacional emergentes.<sup>296</sup>

Assim, apesar de se presenciarem fortes movimentos nacionalistas e substancialmente apoiados pela opinião pública, nomeadamente no Reino Unido, na Espanha, na Bélgica e na França, nenhum daqueles procura verdadeiramente a constituição de um Estado no sentido tradicional. A argumentação pode ser apoiada no estudo das realidades presentes e a seguir descritas.<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> Cf. KEATING, *op. cit.* nota 22, pp. 201 ss. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, *cit.*, pp. 522 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 69 ss; RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, p. 32 ss.; RIBEIRO, Rita, *A nação na Europa – breve discussão sobre identidade nacional, nacionalismo e supranacionalismo*, Minho, pp.11 ss., disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5646/4/A%20na%C3%A7%C3%A3o%20na%20Europa.pdf>.

<sup>296</sup> Cf. KEATING, *op. cit.* nota 22 pp. 201 ss.

<sup>297</sup> Cf. *id loc. cit.*

O nacionalismo quebequense sempre reivindicou a sua soberania sem com ela pretender quebrar o seu vínculo com o Canadá. O movimento nacionalista flamengo apenas coloca a hipótese da sucessão de Estado caso verifique a possibilidade da sua absorção por uma União Europeia mais estreita. A coligação *Convergència i Unió*, líder do movimento nacionalista catalão, rejeita claramente a sua independência com base na situação da Catalunha anteriormente a 1714, como uma nação mercantil autónoma no âmbito da “coroa real” de Aragão, fortemente ligada à Espanha e atuando no amplo espaço mediterrânico e europeu. Inclusivamente a *Esquerra Republicana de Catalunya*, de cariz marcadamente mais independentista, apenas defende a separação da Catalunha caso uma federação europeia venha tomar o lugar da Espanha. O movimento nacionalista Basco, apesar de fortemente separatista, na sua opinião dominante tende a favorecer uma visão pós-soberana à semelhança daquela proclamada pelos catalães. Apenas o nacionalismo apelidado pelo *Scottish National Party*, seguindo uma dogmática estadual em sentido mais clássico, procura a sua independência no interior da União Europeia, no entanto, no seu seio dividem-se as opiniões no que concerne à consagração de uma soberania plena ou na adoção de uma variante pós-soberana. O partido nacionalista galês, *Plaid Cymru*, tem evitado a independência galesa a favor da sua autonomia num contexto de formação duma ordem pública europeia.<sup>298</sup>

Pelo exposto, e na opinião de Keating, a opinião pública tende, deste modo, a recusar uma demarcação brusca e rígida da lei local, apoiando a autonomia governamental sem, por esse meio, demonstrar interesse em absorver todas as funções clássicas do Estado, como a defesa e a segurança ou a autonomia monetária.<sup>299</sup> Os processos de formação identitária regional demonstram, por esta via, ser menos irreduzíveis e enquistados do que aparentam numa primeira análise, pelo que, segundo alguns autores como David Held, Simon Langlois, Micheael Keating e outros, pode afirmar-se que a emergência de fenómenos identitários regionais estabelecem uma relação dinâmica bastante complexa com outros processos identitários e que estes fenómenos, ainda que possam ser apreendidos a vários níveis, não apresentam naturezas divergentes, mas são manifestações específicas do processo generalizado de globalização. Para o efeito, as minorias nacionais dos Estados da Europa ocidental (assim como as do Canadá) apenas usaram em seu benefício a crise de legitimação

---

<sup>298</sup> Cf. *id.loc. cit.*

<sup>299</sup> Cf. *id. loc. cit.*



democrática dos Estados soberanos para renegociar as suas posições no Estado e na ordem transnacional emergentes.<sup>300</sup>

Mas, o facto de se reconhecer diferentes níveis ou formas de democracia fora do contexto convencional do Estado, implica reconhecer que existem igualmente diferentes formas de comunidade política paralelas ao círculo formal dos nacionais, contrariamente ao postulado pela doutrina particularistas.<sup>301</sup> Deste modo, o processo identitário espacialmente delimitado caracteriza-se por uma dupla estrutura, constituído por dois processos convergentes, o processo de delimitação vertical e o processo de delimitação horizontal. O processo vertical estabelece-se em relação ao plano nacional, europeu e local (unidade na diferença) e o processo de diferenciação horizontal ao nível regional, em que diferentes espaços de ação formam a unidade pela diferença ao distinguir entre os planos regional e inter-regional. O substrato material dos diferentes planos, formado pelos seus territórios tidos como produto histórico da delimitação política, permitem considerar igualmente os diversos sistemas<sup>302</sup> como índices de produção identitária, na medida em que estabelecem as fronteiras entre o interno e o exterior. Deste modo, a identidade deriva não só de um processo vertical de delimitação, mas também de um processo de delimitação horizontal que permite, em última instância, determinar quais as fronteiras e relações que se estabelecem com unidades territoriais comparáveis.<sup>303</sup>

Da ductilidade do processo identitário acima descrito pode, assim, resultar um fenómeno de concomitância da formação identitária regional (vulgarmente conhecida como questão dos “nacionalismos regionais”) com um crescente desenvolvimento de processos identitários em relação a esferas espaciais mais amplas, situação que se verifica na atualidade: na mesma medida que se desenvolvem elementos necessários à formação de uma “identidade europeia”<sup>304</sup>, outros fenómenos identitários, que parecem

---

<sup>300</sup> *id. loc. cit.*; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp.10 ss.

<sup>301</sup> Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 25 ss.

<sup>302</sup> Por sistema deve entender-se o conjunto atores, estrutura, programa e meio (ambiente).

<sup>303</sup> Cf. SCHMITT-EGNER, Peter, *Europäische Identität: Ein Konzeptioneller Leitfaden zu ihrer Erforschung und Nutzung*, 1ª Edição, Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 209 ss.

<sup>304</sup> A propósito da problemática da formação de uma “identidade europeia”, a análise do *Eurobarómetro* evidencia a presença de elementos necessários à sua formação, embora alguns daqueles possam sugerir a existência de uma identidade distinta daquela classicamente concebida dentro dos moldes do Estado-nação. Segundo Gehards e Hölscher, um projeto de “identidade europeia” parece existir, na medida em que as análises feitas aos resultados do *Eurobarómetro* levam a concluir pela verificação de influências determinantes em pelo menos cinco setores societários relevantes: na religião, na família, na economia, no bem-estar e na política. Os autores concluem que o “Human Development Index”, a formação e o nível de ensino dos inquiridos são fatores positivos determinantes nesta matéria, ainda que os mesmos não possam afirmar que a União Europeia prossiga, por meio da sua política económica, a construção de

assumir feições irreduzíveis e enquistadas, proliferam pela Europa ocidental com o objetivo de garantir uma autonomia ampla aos seus povos, como é o caso dos “regionalismos” sudtirolo na Itália, o esloveno na Áustria, o flamengo na Bélgica, o basco e o catalão na Espanha, o bretão e o alsaciano na França, e o galês e escocês no Reino Unido.<sup>305</sup>

Na medida em que se pode extrapolar as considerações *supra* mencionadas para o plano vertical de delimitação identitária, conclui-se que a identidade nacional, a criar-se uma “identidade europeia”, cujos elementos essenciais parecem desde já existir, não necessita de diminuir na exata proporção de um eventual reforço da identidade europeia. E partindo duma presunção de compatibilidade entre as duas esferas identitárias, a identidade nacional poderia beneficiar com a criação de uma “identidade europeia”, na medida em que aquela proporcionará à identidade nacional a possibilidade de expansão sincrónica dos seus potenciais<sup>306</sup>.

Em suma, as alterações culturais despoletadas pelo processo de globalização não se manifestam na universalização em sentido da unificação dos estilos de vida, dos símbolos culturais e da conduta internacional, mas propiciam o aparecimento de elementos contraditórios, diferenciáveis numa perspetiva inclusiva, mas que devem ser compreendidos como fenómenos unitários<sup>307</sup>: daí que aparentemente se trate de fenómenos opostos, eles são convergentes. Além disso, contrariamente ao que parece postulado pelo nacionalismo, as identidades são flexíveis, fruto da volatilidade das relações sociais e das relações de força que as enformam, tanto podendo ser concêntricas, temporárias, contextuais como fragmentadas, cruzadas e compostas.

#### 1.4. A cidadania da União como identidade partilhada

Do exposto entende-se que a nacionalidade continua um critério de exclusão determinante dos estrangeiros: todos os portugueses, franceses e alemães continuam mais iguais que os outros. Mas, dado a complexidade civil das democracias atuais e

---

uma identidade europeia. No que concerne, no entanto, a medidas como, por exemplo, o Programa Erasmus ou a tentativa de criação de meios de comunicação (*media*) transnacionais (p. ex. pela criação do canal ARTE), segundo os autores, tais medidas indiciam claramente o objetivo de formação de um público europeu, meta inscrita nos projetos nucleares da política da UE. Cf. *ibid.*, pp. 56 ss. Vide *Eurobarómetro*, disponíveis em [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion/index_en.htm).

<sup>305</sup> Vide ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 69 ss; RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, p. 35 ss.

<sup>306</sup> Cf. SCHMITT-EGNER, *op. cit.* nota 303, pp. 204 ss.

<sup>307</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 17.

modernas oculta-se o perigo daquelas não garantirem a igualdade dos seus membros, pelo que a integração, antes de tudo, passa por ser uma questão democrática interna.<sup>308</sup>

Com o reconhecimento de que os direitos sociais, económicos e civis não podem ser limitados nacionalmente e com o alargamento da democracia às formas transnacionais de organização do poder, os direitos políticos ganham uma veste identitária significativa, tornando-se o critério essencial de distinção dos Estados. Em todo o lado irrompem noções regressivas de nação, como no debate de Maastricht sobre o sufrágio municipal dos “estrangeiros”, sem se reconhecer que uma cidadania *pleno iure* é determinante para uma democracia mais inclusiva.<sup>309</sup>

No entanto, ainda que a cidadania seja nacionalmente importante, ela não é uma prescrição de patente: o *demos* pode ser concebido de forma neutra. Assim, em vez de um entendimento tradicional de nacionalidade e cidadania, a globalização exige uma conceção que pondere simultaneamente a universalidade e a diversidade, permitindo ao cidadão seguir os seus projetos políticos quer a nível subnacional, quer a nível transnacional.<sup>310</sup> Um tal conceito reformulado de cidadania parece estar a desenvolver-se através da Cidadania da União.

A cidadania europeia surgiu primeiramente para conciliar um conjunto de direitos económicos que emergiram no âmbito da integração do mercado único, refletindo uma imagem reduzida e funcionalizada do indivíduo<sup>311</sup>. Mais tarde, desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>312</sup>, o tribunal reconheceria o efeito direto das liberdades fundamentais do mercado interno<sup>313</sup>, mas o impulso determinante para o reconhecimento de direitos pessoais não conexos às liberdades fundamentais do mercado, sucedido nos anos 70, emanou da “lei laboral europeia” e da legislação social que, embora inicialmente servisse a liberdade de circulação dos trabalhadores, gradualmente se foi tornando independente da existência

---

<sup>308</sup> KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 254 ss.

<sup>309</sup> *Id. loc. cit.*

<sup>310</sup> SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 112 ss.

<sup>311</sup> À data, a liberdade de circulação apenas era garantida aos nacionais dos Estados-Membros que pretendiam circular na qualidade de agentes económicos, ou seja, tratava-se de uma conceção económica da liberdade de circulação, que visava fundamentalmente assegurar a realização dos objetivos enunciados no Tratado, nomeadamente a realização do Mercado Comum. GORJÃO HENRIQUES, *op. cit.* nota 258, *passim*.

<sup>312</sup> Atualmente Tribunal de Justiça da União Europeia.

<sup>313</sup> KADELBACH, Stefan, “Union Citizenship”, in *Jean Monnet Working Paper 9*, 2003, em colaboração com o Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, p. 6 ss., disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/papers03.html> .

de um contrato de trabalho<sup>314</sup>. Concomitantemente começaram a levantar-se preocupações com o estatuto político dos migrantes dentro da Comunidade Europeia e foram pedidos projetos à Comissão para rever que direitos deveriam ser garantidos aos cidadãos dos Estados-Membros pela Comunidade, avançando-se com a ideia de que lhes devia ser assegurado o direito de sufrágio ativo e passivo nas eleições municipais do local de residência<sup>315</sup>.

Só nos anos 80, começariam os esforços para o reforço e a promoção da identidade e da imagem da Comunidade, já se prevendo à data, nos relatórios do Comité Adonino, quase todos os direitos mais tarde consagrados no Tratado. Foi também nessa altura que o TJCE entendeu, no seu célebre acórdão *Luisi e Carbone*, alargar a liberdade de circulação aos turistas<sup>316</sup>, tendo o Conselho, em 1990, emitido três diretivas sobre a liberdade de circulação e de estabelecimento<sup>317</sup>.

No entanto, apenas com a fundação da União Europeia, que viria a substituir a antiga Comunidade Europeia, o Tratado, agora o de Maastricht, transformaria qualitativamente todo o processo de integração europeia, tendo sido decisiva a introdução no seu art.1º, e que se mantém até data (art.1º TUE), a qualificação da União Europeia como “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa”. A introdução da Cidadania da União (antigo art.17º TCE, atual art.20º TFUE) destacava, assim, o facto de que a Comunidade Económica não constituía apenas uma comunidade de Estados, mas sobretudo uma comunidade de cidadãos, pelo que a associação de Estados e de constituições (*Staaten- und*

---

<sup>314</sup> Refira-se também, a este propósito, a jurisprudência do TJCE, nomeadamente o caso C-118/75, *Watson e Bellman*, de 7.7.1976, no qual o TJCE entendeu por bem estender o direito de livre circulação a todos os destinatários dos serviços. Acórdão disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-118/75&td=ALL&dates=%2524type%253Dpro%2524mode%253DfromTo%2524from%253D1976.7.7%2524to%253D1976.7.7>.

<sup>315</sup> KADELBACH, *op. cit.* nota 313, p.7.; MAAS, Willem, “The Evolution of EU Citizenship.” *Memo for Princeton workshop on The State of the European Union*, vol. 8, 16 de Setembro de 2005, pp. 1-17, disponível em <http://www.princeton.edu/~smeunier/Maas%20Memo.pdf>.

<sup>316</sup> C- 286/86 e C-26/83, *Luisi e Carbone*, de 31.1.1984, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-286/82&td=ALL&parties=Luisi%20e%20Carbone>.

<sup>317</sup> A Diretiva 90/364/EEC sobre o direito de residência (JOUE, L 180, 26), a Diretiva 90/365/EEC relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua atividade profissional (JOUE, L 180, 28) e a Diretiva 90/366/EEC relativa ao direito de residência dos estudantes (JOUE, L 180, 30) que foi anulada pelo TJEC, tendo sido substituída pela Diretiva 93/96/EEC (JOUE, L 317, 59). Diretivas disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=pt>.

*Verfassungsverbund*) estabelecia, em última análise, uma União política de cidadãos ou uma verdadeira associação de cidadãos (*bürgerverbund*).<sup>318</sup>

Todavia, antes da entrada em vigor do Tratado de Maastricht alguns Estados membros, nomeadamente o Estado alemão e o Reino Unido, reivindicaram a sua competência exclusiva em matéria do direito da nacionalidade, pelo que, na “Declaração relativa à nacionalidade de um Estado-membro anexa ao Tratado de Maastricht” foi explicitamente declarado que, onde quer que a nacionalidade fosse abordada no tratado, apenas a legislação nacional deveria ser decisiva. Tal circunstância implicou que a Cidadania da União estabelecesse um vínculo indireto com a nacionalidade e que, em alguns casos, a cidadania viesse a ser adquirida com mais facilidade do que noutros<sup>319</sup>. Assim, ninguém pode renunciar à Cidadania da União, sem prescindir igualmente da sua nacionalidade. Esta circunstância tem a inevitável consequência de dar demasiado destaque ao princípio da nacionalidade e de sujeitar a inclusão no *público europeu* aos mesmos critérios de inclusão nos públicos nacionais.

320

Na medida em que o estabelecimento dos requisitos para a aquisição e perda da nacionalidade continuam, de acordo com o direito internacional, largamente no âmbito da competência dos Estados membros, impossibilitando a União, apesar de reconhecer certos direitos aos indivíduos, de intervir na definição das situações que são determinantes para a aquisição daqueles direitos, a União estaria condenada a render a igualdade e a cidadania a favor das pretensões soberanas dos Estados membros. Foi por esta razão que provavelmente o TJUE declarou que os Estados membros, na determinação das leis da nacionalidade, deviam observar o direito comunitário, na medida em que os critérios para a perda da nacionalidade poderiam levar à perda das liberdades do mercado, nomeadamente, do direito de entrada, permanência e residência, não obstante o próprio princípio da cooperação leal forçar os Estados nesse sentido

---

<sup>318</sup> CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 30 ss.; MOURA RAMOS, Rui Manuel, “Les nouveaux aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers une Citoyenneté Européene.” *Boletim da Faculdade de Direito*, 1992: pp. 17-58, pp. 37 ss.

<sup>319</sup> Sobretudo no que concerne à aquisição derivada da nacionalidade, porque as condições de naturalização diferem em muito de Estado para Estado. Cf. KOSTAKOPOULOU, Dora, *European Union Citizenship: Writing the Future*, disponível em <http://aei.pitt.edu/7943/1/kostakopoulou-d-10b.pdf>; KOCHENOV, Dimitry, “The Present and the Future of EU Citizenship: A Bird's Eye View of the Legal Debate.”, *Jean Monnet Working Paper 2*, 2012, pp. 9 ss, disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers12.html>

<sup>320</sup> KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp. 654 ss.; KOSTAKOPOULOU, *op. cit.* nota 319.

(arts.4º, n.º3 TUE)<sup>321</sup>.<sup>322</sup> Na sua jurisprudência mais recente, o TJUE acaba mesmo por impor uma restrição direta à capacidade dos Estados membros em matéria de nacionalidade ao declarar que a revogação da nacionalidade deve respeitar o princípio da proporcionalidade<sup>323</sup>.

Assim, em vez da Cidadania da União entrar em concorrência com a nacionalidade dos Estados membros, como deve ter sido receado pela Alemanha e o Reino Unido, aquela segue conscientemente a ideia de cidadania<sup>324</sup>. Não se pretende substituir a nacionalidade, porque não se estabelece qualquer soberania pessoal, mas pretende tornar-se a União mais próxima dos seus cidadãos, atribuindo-se a cidadania ao indivíduo enquanto portador de direitos e obrigações (arts.9º TUE e 20º TFUE). A Cidadania da União é, portanto, derivada da nacionalidade dos Estados membros, constituindo uma verdadeira cidadania a vários níveis, cujos destinatários são, quer a União, quer os Estados membros<sup>325</sup>.<sup>326</sup> Nas palavras de Kochenov: «*the EU is turning into 'a laboratory for differentiated citizenship', with all the positive and negative consequences of being the avant-garde of an important transformation*»<sup>327</sup>.

---

<sup>321</sup> Vide a este respeito casos *Micheletti* (C-369/90, de 7.7.1992), *Kaur* (C-192/99, de 20.2.2001) do TJUE. Disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?pro=&nat=&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CCJ%252CCR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=ALL&pcs=O&avg=&mat=or&jge=&for=&cid=3081724>.

<sup>322</sup> KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 262 ss.; GUERRA MARTINS, Ana Maria, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de estados terceiros legalmente residentes na União Europeia – da origem na integração económica ao fundamento na dignidade humana*, Coimbra, Almedina, Julho 2010, pp. 156 ss.

<sup>323</sup> Caso C-135/08, *Rottmann*, de 2.3.2010.

<sup>324</sup> É o que se pode retirar da leitura do *Terceiro Relatório da Comissão sobre a cidadania da União*, no qual a Comissão salienta que «*attempts to draw parallels with national citizenship should be avoided. Because of its origins and the rights and duties associated with it, citizenship of the Union is sui generis and cannot be compared to national citizenship of a Member State*». Cf. Comissão das Comunidades Europeias, *Terceiro Relatório da Comissão sobre a cidadania da União*, Bruxelas, 7.9.2001, COM (2001) 506 final, p. 7, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/COMIndex.do?ihmlang=pt>.

<sup>325</sup> Neste sentido afirmam Dora Kostakopoulou e Miguel Poiars ao defender que a cidadania europeia é um conceito jurídico e político autónomo.

<sup>326</sup> KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp. 659 ss.; KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 262 ss.; NICOLETA, Olteanu Camelia, “European Citizenship versus National Citizenship.” *AGORA Int'l J. Jurid. Sci.*, vol. cclxxxii, 2010; DASCILLU, Andra, IANCU, Daniela, “National and European Citizenship.” *AGORA Int'l J. Jurid. Sci.*, vol. ccxiii, 2010.; TNS Opinion & Social at the request of the European Commission, Directorate-General Justice, “Flash Eurobarometer 365: European Union Citizenship report.”, Survey co-ordinated by the European Commission, Directorate-General for Communication (DG COMM “Research and Speechwriting” Unit), 2013, pp. 2 ss., disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/>; TNS Political & Social at the request of the European Commission, Directorate-General Justice, “Flash Eurobarometer 364: Electoral rights.”, Survey co-ordinated by the European Commission, Directorate-General for Communication (DG COMM “Research and Speechwriting” Unit), 2013, pp. 3 ss., disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/>.

<sup>327</sup> KOCHENOV, *op. cit.* nota 319, p. 3.



dum dos princípios fundamentais de direito: o princípio da igualdade e não-discriminação expresso no seu estatuto de cidadãos. E mais significativo é que os próprios Estados não se encontram nas condições de assegurar aos seus nacionais a igualdade desejada. Além desse facto, muitos daqueles direitos são considerados como formalmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da UE, mesmo que se resida no território do Estado membro da sua nacionalidade. Por isso, ao abraçar equivocadamente a presunção de cidadania numa aceção mono-cultural que, na realidade, nunca existiu, os juízes de Karlsruhe, ao envolver novamente a sua decisão num moralismo político disfarçado de argumento legal, demitiram corajosamente a cidadania europeia.<sup>331</sup>

Note-se que a influência da cidadania da UE sobre as nacionalidades dos Estados membros não é apenas direta, mas a sua influência indireta é sem dúvida muito mais importante. Primeiro, uma vez que todas as nacionalidades dos Estados membros oferecem o acesso ao estatuto único da cidadania da União do qual deriva um acervo progressivamente crescente de direitos, inclusive o direito de não discriminação em razão da nacionalidade, afasta a hipótese, legalmente falando, de haver “melhores nacionalidades”, facto que se torna bastante evidente quando se considera que a residência num Estado membro é o critério subjacente à maioria das pretensões legais decorrentes do estatuto da cidadania europeia. Segundo, a cidadania da união equivale *de facto* a um estatuto de “quase-nacional” do Estado membro de residência e, portanto, corresponde a uma relativização das nacionalidades dos Estados membros através da consagração do princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade nos arts.18º TFUE e 21º, n.º 2 CDFUE. Em bom rigor, nenhum cidadão da união pode ser igualado a estrangeiro: as velhas noções antiquadas de “imigrante”, “estrangeiro residente” e “convidado temporário” não se aplicam aos cidadãos europeus.<sup>332</sup>

Pelo exposto deve, neste ponto, ser fácil subsumir que a natureza imperfeita que a cidadania da união e o princípio da igualdade viriam adquirir deveu-se sobretudo à “sensibilidade” dos Estados membros. Esta circunstância parece, aliás, ser apoiada pelo TCFA na sua recente Decisão de Lisboa pelo apego que faz a conceções políticas e doutrinárias que não estão em condição de garantir a igualdade dos seus cidadãos (se alguma vez esteve?). Pior! A inexistência da até então aparentemente clara correlação entre território, Estado e democracia, determina que sejam os próprios Estados membros

---

<sup>331</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 59 ss.

<sup>332</sup> Cf. KOCHENOV, *op. cit.* nota 319, pp. 24 ss.; KOSTAKOPOULOU, *op. cit.* nota 319.



a enfraquecer os princípios que fundamentaram os seus ordenamentos constitucionais.<sup>333</sup>

Incapazes de aplicar a lei a todos os nacionais que se encontrem no seu território sem nenhuma razão aparente, nenhum Estado membro pode legitimamente afirmar que a igualdade é salvaguardada, situação que terá igualmente repercussões para a União. Assim, não obstante a UE se fundamente no princípio da igualdade e reconheça cada nacional dos Estados membros como seu cidadão, infelizmente, a maioria dos cidadãos da união não podem considerar-se efetivamente iguais, porquanto domina a presunção da sua incomparabilidade com base em critérios meramente formais (nacionalidade). Deste modo, o formalismo legal ameaça aniquilar as considerações essenciais de justiça que fundamentam a lei e a democracia, pois a igualdade é o elemento principal da cidadania e parte da sua definição enquanto estatuto de igualdade na comunidade politicamente organizada.<sup>334</sup>

Assim, por exemplo, se a Cidadania da União, com o objetivo de aproximar a União dos seus cidadãos e encorajar a formação da chamada “*Euroconsciousness*”, produz novamente uma ligação indireta à nacionalidade nos termos *supra* expostos, a Comunidade de Nações e a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) não fazem depender a concessão dos direitos políticos da aquisição do estatuto formal da nacionalidade, mas meramente do critério de residência. No caso da CPLP, e dando apenas relevo à relação que se estabelece entre Portugal e o Brasil, verifica-se que é conferida a quase totalidade dos direitos aos cidadãos brasileiros sem depender da nacionalidade.<sup>335</sup>

Conforme estabelecido na *Convenção sobre Igualdade de Direitos entre Brasileiros e Portugueses*, concluída em Brasília em 7 de Setembro de 1971, revogada e substituída pelo *Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil* assinado em Porto Seguro em 22 de Abril de 2000<sup>336</sup>, estabelece-se um estatuto de igualdade entre portugueses e brasileiros, prevendo-se a igualdade de direitos e deveres dos respetivos nacionais, incluindo os direitos políticos, cujo exercício nem implica a perda das respetivas nacionalidades nem o termo do exercício de todos os direitos e deveres inerentes às respetivas

---

<sup>333</sup> KOCHENOV, *op. cit.* nota 330, pp. 3ss.

<sup>334</sup> *id. loc. cit.*

<sup>335</sup> Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 25 ss.

<sup>336</sup> Ratificado por Decreto do Presidente da República n.º79/2000 14 de dezembro e entrou em vigor a 5 de Setembro de 2001. Disponível em <http://dre.pt/sug/1s/diplomas-lista.asp>.

nacionalidades, desde que não ofendam a soberania nacional e a ordem pública do Estado de residência. Acrescenta-se que a condição temporal de residência a que subjaz o gozo de direitos políticos passou de cinco para três anos.<sup>337</sup>

Contudo, ainda que o princípio da equiparação e a sua aplicação estejam normalmente dependentes ou do critério da residência ou permanência no território do respetivo Estado ou do critério da permanência regular ou irregular no mesmo, em bom rigor, a maior ou menor extensão dos direitos concedidos depende sempre das opções políticas de cada Estado. Assim, contrariamente ao que sucede na UE, em que a maior ou menor amplitude da reserva relativa de direitos fundamentais se baseia nas obrigações assumidas por via convencional decorrentes da participação no projeto de integração económico e político dos Estados membros, no caso da CPLP pode dizer-se que aquela depende principalmente de fatores de ordem cultural, como a língua falada e escrita e os laços históricos.<sup>338</sup> Não admira que os cidadãos da União Europeia, apesar de terem mais direitos de participação política do que outros estrangeiros em geral, tenham, em regra, menos direitos que os cidadãos de países de língua portuguesa (ainda que, na prática, o disposto no art.15º, n.º3 da CRP, apenas respeite aos cidadãos de nacionalidade brasileira).<sup>339</sup>

Por esta razão, segundo Canotilho e Vital Moreira, apesar da cláusula de reciprocidade ser uma “cláusula de diferenciação” ou um “instrumento de diferenciação jurídico-internacionalmente legítima”, aquela precisa de ser repensada jurídico-constitucional ou jurídico-internacionalmente face à criação dos ordenamentos jurídicos supranacionais ou dos ordenamentos estatais com cooperações reforçadas com outros estados membros de uma comunidade política.<sup>340</sup>

Do exposto entende-se que enfatizar a “bandeira nacional” no contexto da criação e desenvolvimento da União significa ignorar as conquistas e o potencial da cidadania europeia, porque a proteção de valores nacionais efémeros questiona e põe em risco a salvaguarda de relevantes direitos que os cidadãos têm vindo a adquirir, diminuindo as suas oportunidades. Nesta medida, são os cidadãos que mais saem prejudicados com as tentativas de bloqueio ao processo de integração, porque não só os Estados, mas também o próprio projeto de integração europeia existem, por definição,

---

<sup>337</sup> Cf. MESQUITA, *op. cit.* nota 269, pp. 30 ss. e 183 ss.

<sup>338</sup> *ibid.*, pp. 141 ss.; MARQUES DOS SANTOS, Victor, “Lusofonia e Projecção Estratégica. Portugal e a CPLP.” *Nação e Defesa*, n.º 109, Outono de 2004, pp. 123-151, pp. 125 ss, disponível em <http://www.idn.gov.pt/publicacoes/consulta/NeD/NeD109/NeD109.pdf>.

<sup>339</sup> MESQUITA, *op. cit.* nota 269, pp. 213 ss.

<sup>340</sup> *id. loc. cit.*

para o bem-estar dos cidadãos. Nas palavras de Kochenov, «*the body of EU citizens is by far the most important thing that the two legal orders in Europe actually have in common*»<sup>341</sup>.

Ora, também o TJUE afirmou que o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados membros<sup>342</sup> e que o art.20 ° TFUE se opõe a medidas nacionais suscetíveis de privar os cidadãos do gozo efetivo do núcleo essencial dos seus direitos enquanto cidadãos da União Europeia<sup>343</sup>. Se inicialmente o meio mais direto para a tutela dos direitos dos cidadãos era feita ao associar a cidadania da união ao mercado único, neste estágio, a cidadania já não é *per se* orientada para a realização do mercado: a cidadania europeia adiciona uma dimensão europeia a cada *demos* nacional, enquanto estatuto de igualdade dos cidadãos e, apesar de profundamente instrumental, ela é a pedra angular indispensável à ideia da legitimidade política nas democracias representativas.<sup>344</sup>

A transferência de competências exige que o Estado já não seja visto como o único ponto de referência quanto à garantia de direitos individuais e que se repense, de forma crítica, o papel da nacionalidade enquanto critério de atribuição do direito de sufrágio, ponto de vista que supõe a leitura da liberdade de circulação e da igualdade de tratamento nos termos dos direitos fundamentais e cuja fundamentação se baseia nos direitos humanos. A residência durante um número específico de anos, o pagamento de impostos e a observância das leis nacionais podem igualmente ser considerados critérios suficientes para a integração dos não-nacionais e a criação de um laço razoável entre aqueles e o Estado de acolhimento que justifiquem a atribuição do direito de sufrágio, na medida em que a cidadania, antes de tudo, deve ser analisada à luz das relações de poder que se estabelecem entre Estado e indivíduo. Assim sucede, por exemplo, nos sistemas cuja organização institucional se fundamenta no pluralismo, como os estados federais e os estados "regionais" -como a Itália e a Espanha- em que os laços que um

---

<sup>341</sup> KOCHENOV, *op. cit.* nota 330, p. 67.

<sup>342</sup> Por exemplo, Caso C-184/99 *Grzelczyk*, de 20.09.2001, par. 31.

<sup>343</sup> Caso C-34/09, *Ruiz Zambrano*, de 8.03.2011.

<sup>344</sup> KOCHENOV, *op. cit.* nota 319, pp. 13 ss.; Comissão Europeia, "Report from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions under Article 25 TFEU On progress towards effective EU Citizenship 2011-2013.", COM(2013) 270 final, Bruxelas, 2013, pp. 3 ss.

indivíduo estabelece com uma determinada unidade subnacional são determinados através do critério da residência.<sup>345</sup>

Sob esta perspectiva, a novidade da cidadania europeia reside precisamente na sua capacidade de mudar a nossa compreensão da comunidade e tornar os limites da participação política mais abertos e flexíveis.<sup>346</sup> Pois, apesar de a União não constituir uma identidade em termos tradicionais ou clássicos, na verdade, podem identificar-se já hoje uma série de elementos que indiciam a génese de uma sociedade europeia. O indicador mais importante, parte, sem dúvida, da Europa como uma comunidade política, económica e jurídica. Constituem suas manifestações institucionais uma *polity* e governança europeia através das políticas comuns, da união económica e monetária, do mercado único ou interno, do sistema europeu de bancos centrais e do Euro enquanto elementos estruturais e símbolos de um espaço de atuação transnacional claramente definido. Por sua vez, os indicadores centrais que identificam a UE como comunidade jurídica ou de Direito são formados pelo Espaço de liberdade, segurança e justiça (arts.67-69 TFUE), incluindo o Espaço Schengen, assim como a CEDH e a CDFUE, que poderão inclusive ser indício da formação de uma comunidade de valores, na medida em que é difícil ignorar que os ordenamentos jurídicos dos Estados membros e o ordenamento jurídico da União acabam por ser submetidos ao mesmo padrão constitucional de juridicidade (União de Direito) e jusfundamentalidade (direitos fundamentais).<sup>347</sup>

Fundamental é não confundir o declínio da soberania do Estado, conceito fundado na redução da lei à vontade do Estado como macro sujeito autónomo, e o declínio da soberania dos cidadãos, pois a soberania do povo é, presumivelmente, reforçada pela capacidade de escolher a comunidade política que se quer integrar.<sup>348</sup>

#### **1.4.1.O papel dos direitos fundamentais no processo de integração: o Tratado de Lisboa e a CDFUE**

---

<sup>345</sup> WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 31 ss.; KOSTAKOPOULOU, *op. cit.* nota 319; STRAZZARI, *op. cit.* nota 231, pp. 4 ss.

<sup>346</sup> Cf. KOCHENOV, *op. cit.* nota 330, pp. 66 ss.

<sup>347</sup> Cf. SCHMITT-EGNER, *op. cit.* nota 303, pp.54 ss.; SILVEIRA, Alessandra, “União Europeia: Da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope polifemo).” In *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, coordenado por Alessandra SILVEIRA, pp. 7-42, Lisboa, Quidjuris, 2010, pp. 19 ss.

<sup>348</sup> Cf. KOCHENOV, *op. cit.* nota 319, p. 40.

Como dito em parágrafos anteriores, em 1993, o Tratado de Maastricht definiu a cidadania da UE e concedeu um conjunto de direitos a todos os cidadãos da UE, quer economicamente ativos quer não, incluindo o direito de participar nas eleições municipais aos cidadãos residentes num Estado membro, cujo objetivo consistia em extenuar a perda de acesso à participação política por exercício do direito à livre circulação. Mas, políticas de integração económica bem sucedidas, por um lado, e políticas de exclusão política, por outro, formaram uma lacuna que deveria ter sido preenchida precisamente através do conceito de cidadania europeia, incluindo a “desnacionalização” dos direitos políticos.<sup>349</sup>

A atribuição e o reconhecimento de direitos jurídicos e políticos operados através da instituição da Cidadania da União revelar-se-ia na rutura do vínculo direto entre o Estado e os seus cidadãos, razão pela qual a conexão lógica entre a “comunidade de cidadãos”, de um lado, e a “comunidade de sentimento”, do outro, deixou de existir. A UE tornaria arcaico o esquema conceitual de Estado, na medida em que aquele deixava de ser capaz de fornecer soluções jurídicas adequadas aos problemas ligadas ao “novo fenótipo organizativo” como, entre outros, a aplicação preferente de normas de ordenamentos jurídicos diferentes e o grau mais elevado de proteção de direitos fundamentais.<sup>350</sup> A integração política iniciada com Maastricht abandonaria a base axiológica ancorada nos valores do mercado e da livre concorrência e tornar-se-ia numa integração assente numa lógica de legitimação democrática da comunidade humana, social e política, pressupondo a participação dos indivíduos nesse processo. O ser humano deveria ocupar o lugar central na construção da UE e fá-lo-ia a partir dessa data. A União passaria a comungar dos fundamentos axiológicos que resultam de uma herança cultural, política e jurídica comum europeia, não sendo dela exclusivos como resulta do 2º considerando do TUE, e tornar-se-ia parte integrante de uma “rede constitucional”<sup>351</sup>, de um constitucionalismo multinível (*multi-level constitutionalism* de Ingolf Pernice e Martin Morlock), ou da interconstitucionalidade<sup>352</sup>, partilhando valores com as comunidades internas mais restritas, tal como se afirma no art.2º TUE.<sup>353</sup>

---

<sup>349</sup>Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 36 ss.; Comissão Europeia, “EU Citizenship Report 2013.”, Bélgica, 2013, p. 1, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/>

<sup>350</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 230 ss.

<sup>351</sup> Vide CANOTILHO, *op. cit.* nota 13, pp. 1369 ss. e 1426 ss.

<sup>352</sup> Neste contexto Canotilho refere-se à *interconstitucionalidade* e *interculturalidade*. Para o autor, no que toca especificamente à União Europeia, como comunidade constitucional específica que é, deverá, por isso, estudar-se as “relações interconstitucionais” de concorrência, convergência, justaposição e

Assim, apesar da União não se confundir com um Estado, por causa do impacto direto que a sua ação produz na esfera dos particulares, impõem-se a sua sujeição a uma constituição material no sentido mais originário de instrumento jurídico de garantia da liberdade individual e conseqüentemente de limitação e legitimação do poder. O TUE, o TFUE e a CDFUE, por que se dispersa o estatuto jurídico-político fundamental da UE, refletem, deste modo, a natureza constitucional dos Estados membros, regulando as mesmas questões que qualquer constituição estadual regula, mas não as substitui.<sup>354</sup>

O Tratado de Lisboa (TL) marca, portanto, um ponto culminante no reforço da dimensão cidadã da integração europeia. Primeiro, como *supra* exposto, reforçou o protagonismo e os poderes do Parlamento Europeu, enquanto órgão representativo dos cidadãos europeus; segundo, enfatiza o valor da participação cidadã na esfera pública europeia através da consagração, no art.11º TUE, do direito de iniciativa de convidar a Comissão a apresentar uma proposta legislativa; e, *last but not least*, no plano dos valores, a dimensão cidadã da União resulta realçada, quer pelo reconhecimento de força jurídica vinculativa, e no mesmo plano que os Tratados, à CDFUE, quer pela decisão de adesão da UE à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art.6º, n.º 2 TUE).<sup>355</sup>

---

conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político de modo a que se forme uma rede de constituições de estados soberanos, evitando-se por esse meio o problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas. Com a solução exposta, Canotilho pretende a manutenção do valor e da função das constituições estaduais, como auto descrição das entidades nacionais, conservando a memória e a identidade política dos estados membros, embora reconheça que a rede constitucional que assim se forma relativizará forçosamente os princípios estruturantes da soberania interna e externa – independência, hierarquia de normas e competência das competências (*kompetenz kompetenz*). No entanto, e fundamentalmente, as linhas de marca das formatações constitutivas dos estados membros manter-se-ão na própria rede interconstitucional. Na medida em que as cristalizações e objetivações culturais contidas nos textos constitucionais permitem avançar com interpretações abertas a valores como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, democracia e socialidade, as Constituições nacionais não só informam os textos inicialmente concebidos como convenções interestatais, como se converterão em instrumentos da *hermenêutica europeia*, passando aqueles a constituir textos “constitucionalmente intraorganizativos” pela necessidade autodescritiva da União Europeia, articulando-se o reconhecimento de identidades nacionais (na medida em que asseguram o respeito pelas entidades nacionais - atual art.4º, nº 2 TUE) com a formação de uma identidade cultural europeia. Cf. CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 261 ss.

<sup>353</sup> Cf. GUERRA MARTINS, Ana Maria, “Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2º do TUE.” In *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 47-98, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 49 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp.73 ss.

<sup>354</sup> PIÇARRA, Nuno, “O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de 20 meses de vigência.” In *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – aspectos centrais*, coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 15-37, Coimbra, Almedina, Outubro 2011, pp. 18 ss.

<sup>355</sup> Cf. VITORINO, António, “A “Casa Europeia” de Lisboa.” In *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 39-45, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 41 ss.

Decisivo no contexto constitucional da UE é, embora o art.2º do TUE replique *ipsis verbis* o artigo com o mesmo número do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE), que o atual preceito vincula quer o legislador e o administrador, quer os tribunais da União e os tribunais nacionais, por força do art.6º, n.º1 TUE. Ou seja, os valores em que se fundamenta a União—, a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de Direito e o respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das minorias—, que são valores “comuns aos Estados membros numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”, vinculam tanto os órgãos da União como os Estados membros. Neste sentido, a CDFUE como parte integrante do Tratado de Lisboa (*hard law*), bem como os próprios objetivos do Tratado (art.2 TUE) constituem o núcleo central do cânone de valores europeus, alargado pelo reconhecimento do Tribunal dos Direitos Humanos enquanto instância normativa integrante da EU, e que são a expressão da “comunidade europeia de valores”.<sup>356</sup> O TL, em observância do valor da democracia, pretende, deste modo, criar uma União mais aberta e cada vez mais próxima dos seus cidadãos, mais eficaz e mais transparente.<sup>357</sup>

A atribuição de força jurídica vinculativa à CDFUE é de extrema importância porque vai determinar uma tendencial equiparação das posições jurídicas fundamentais dos cidadãos em todos os Estados membros, uma vez que da perspetiva da segurança jurídica existiam défices na proteção judicial dos direitos fundamentais, dado que a tutela daqueles dependia predominantemente da jurisdição do TJUE que, em cada caso, necessitava “encontrar” e moldar o direito fundamental. Este facto é de tal modo determinante porque, desde os primórdios da integração europeia, o valor da igualdade funda um dos princípios mais importantes do direito da União – o princípio da igualdade e da não discriminação. Assim, o TL não apenas confere uma ampla proteção à igualdade e à não discriminação por previsão de normas tais como os arts.3º, n.º 3 e 9º TUE e os arts.10º, 18º, 19º e 157º TFUE, como reforça aquela através da atribuição de força jurídica vinculativa idêntica aos Tratados à CDFUE (art.6º, n.º1 TUE).<sup>358</sup>

A CDFUE tem, por isso, não apenas importância jurídica, mas igualmente simbólica, na medida em que, de acordo com Vital Moreira, constitui um marco na

---

<sup>356</sup> Cf. GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 353, pp. 51 ss.; SCHMITT-EGNER, *op. cit.* nota 303, pp.69 ss. ZILLER, Jacques, *O Tratado de Lisboa*, 1ª Edição, Alfragide, Texto Editores, Junho 2010, pp. 29 ss., 43 ss. e 105 ss.

<sup>357</sup> *id. loc. cit.*

<sup>358</sup> CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 321 ss.; GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 353, pp.71 ss.

história universal do reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos, porque até à data todas as declarações de direitos eram declarações nacionais ou declarações internacionais destinadas a vincular os Estados nacionais. Ela representa uma verdadeira “*bill of rights*” destinada sobretudo a defender e vincular os cidadãos e residentes da União contra os atos políticos, legislativos e administrativos da UE. Além disso, a Carta é fornecida de um nível de legitimação democrática nunca antes atingida a nível europeu, pelo que se poderá dizer que ela é a primeira expressão “autoconsciente” da própria União, através dos seus próprios órgãos.<sup>359</sup>

A contemplação dos direitos fundamentais na CDFUE enquanto princípios gerais da UE, permitem ainda ao TJUE ultrapassar as limitações do efeito direto horizontal das diretivas. Além disso, a CDFUE secundariza os instrumentos de proteção nacional sempre que se esteja a aplicar o direito da União ou os Estados membros atuem no seu âmbito de aplicação (art.51º, n.º1 e 53º CDFUE).<sup>360</sup>

No entanto, sem embargo, o compromisso de Lisboa acabou por consentir num extenso elenco de derrogações aplicáveis ao Reino Unido, à Polónia e à República Checa que, nos termos de protocolo e declaração anexa ao Tratado de Lisboa<sup>361</sup>, fizeram declarações de “*opting out*” em relação a alguns dos seus aspetos. Porém, o seu alcance prático, no plano jurídico, depende da sua futura evocação junto dos tribunais nacionais ou do TJUE. Acrescenta-se que, na medida em que a Carta, no seu preâmbulo, reafirma os direitos que decorrem das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, parece que os receios daqueles Estados em nada se confirmam. Aliás, ao contrário do que sucedeu na declaração de direitos aditada à Constituição federal norte-americana de 1971, o sistema de proteção dos direitos fundamentais na UE tem-se construído “de baixo para cima”, ou seja, dos Estados membros para a União, como resulta, antes de mais, do próprio art.6º, n.º3 do TUE. Além disso, a Carta é destinada a ser aplicada pelas instituições da União e apenas pelos Estados membros quando estes apliquem o direito da União (art.51º, n.º 1 CDFUE). Por último, do ponto de vista político, trata-se de uma manifestação desnecessária e inoportuna de intergovernamentalidade, porque a

---

<sup>359</sup> Cf. MOREIRA, Vital, “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Anotação Geral.” In *Tratado de Lisboa comentado e anotado*, coord. por Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 1395-1408, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1398 ss.; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 321 ss.

<sup>360</sup> *Ibid.*, pp. 308 ss.; SILVEIRA, *op. cit.* nota 347, 28 ss.

<sup>361</sup> Protocolo (n.º30) Relativo à Aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido e Declaração n.º1, n.º 53 e n.º 61.



soberania dos Estados membros continua respeitada, sob forma de identidade constitucional, por força do art.4º, n.º 2 do TUE.<sup>362</sup>

Por outras palavras, as declarações representam a “insistência obsessiva” dos Estados membros, que receiam perder a sua soberania. Infelizmente, do ponto de vista constitucional, esta solução não é ideal. Em bom rigor, parece que o Protocolo não pretendia verdadeiramente instituir um *opt out*, mas apenas interpretar a Carta. Aliás, segundo Guerra Martins, do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, a possibilidade de limitar o acesso à justiça dos nacionais da Polónia e do Reino Unido (art.1º do Protocolo), implicando uma violação do princípio da igualdade entre cidadãos da União sem justificação razoável, afigura-se discutível.<sup>363</sup>

No mesmo sentido devem ser entendidos os limites a que o carácter vinculativo da Carta está sujeito, nomeadamente os arts.6º, n.º 1, 2ª parte e 51º, n.º 2 CDFUE, porque a Carta não gera obrigações novas, apenas codifica direitos já reconhecidos como parte integrante do Direito da União. Como *supramencionado*, a função principal da Carta é, através da limitação do poder e da liberdade de atuação da União, colocar a integração europeia sob a égide dos direitos fundamentais em prol dos direitos nela enunciados.<sup>364</sup>

Em suma, o direito originário, pela primeira vez na história da integração europeia, refere expressamente os valores sobre os quais se funda a UE (art.2º TUE), circunstância que não pode deixar de ter valor simbólico na ótica do constitucionalismo.<sup>365</sup> No entanto, a CDFUE não deixa de ser o elemento mais proeminente da constitucionalização da União na medida em que procura uma «“relação complementar entre identidade e alteridade”, através da qual várias ordens jurídicas envolvidas “reconstroem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade»<sup>366</sup>. Assim, nas palavras de Maria Luísa Duarte, com a Carta completa-se a evolução que concretiza a autonomização dos direitos em relação ao

---

<sup>362</sup> Cf. PIÇARRA, *op. cit.* nota 354, pp. 27 ss.; VITORINO, *op. cit.* nota 355, pp. 41 ss.; ZILLER, *op. cit.* nota 356, pp. 129 ss.; GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 347, pp. 72 ss.; DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais.” In *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coord. por Nuno PIÇARRA, pp. 81-98, Coimbra, Almedina, Outubro 2011, pp. 93 ss.

<sup>363</sup> GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 353, pp. 72 ss.

<sup>364</sup> CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 312 ss.; DUARTE, Maria Luísa, *op. cit.* nota 362., pp. 93 ss.; MOREIRA, *op. cit.* nota 359, pp. 1401 ss.

<sup>365</sup> GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 353, pp. 77 ss.; GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 322, pp. 215 ss.

<sup>366</sup> SILVEIRA, *op. cit.* nota 347, p. 41.

vínculo económico e parte-se «de uma base plural e heterógena para chegar a uma proclamação de direitos que é, por um lado, tendencialmente completa, e é, por outro lado, impulsionada por uma concreta Ideia de Direito Partilhada pelos Estados-Membros e pela União Europeia que são, na sua essência, uns e outra, *comunidades políticas de Direito*»<sup>367</sup>.

## Conclusão e recomendações

O Estado encontra-se hoje num processo de “desagregação” ou “fragmentação” assistindo-se à repartição da autoridade política que deixa de se encontrar exclusivamente representada pelo Estado central. A globalização, a regionalização e a nacionalização desafiam os princípios da personalidade e da territorialidade dos Estados, implicando a revalorização conceptual do Estado e da Democracia territorialmente concebida, que se encontram em profunda crise.

A partilha de competências entre Estados e organizações transnacionais reflete um processo de erosão progressiva da soberania dos Estados, figurando como a tentativa mais evoluída daquela integração a UE. Para além disso, a crescente inclusão do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, corrobora os questionamentos normativos e concetuais subversivos à noção vestefaliana de supremacia territorial que emergiram das perspetivas revolucionárias sobre a reformulação das relações entre Estados e Estado e sociedade.

A soberania de *per se* deixa de constituir garantia de legitimidade internacional e passa a cumprir essencialmente funções retóricas, porque os Estados dependem cada vez mais de autoridades externas para a prossecução das suas funções. A nível europeu verifica-se uma limitação material significativa da soberania dos Estados, podendo inclusivamente falar-se, como já anteriormente referido, do desenvolvimento de uma nova forma de soberania: a soberania partilhada ou *pooled sovereignty*.

As comunidades de destino “desnacionalizam-se” e passam a englobar esferas concêntricas de identificação, dificultando o papel do Estado enquanto criador e defensor da identidade nacional, na medida em que se quebra a congruência entre *decision-makers* e *decision-takers* em que reside a “crise do constitucionalismo”. Urge

---

<sup>367</sup> DUARTE, 362, p. 85.

constitucionalizar a ordem jurídica internacional e a salvaguarda dos princípios democráticos externos ao molde do Estado-nação.

A homogeneidade social só é corolário democrático conforme seja implicitamente introduzido como axioma básico do princípio democrático e pressuposto como elemento do Estado. Assim, os défices democráticos do constitucionalismo global deixam-se reconduzir a uma ordenação lógica, sequencial e silogística de natureza funcional, fundamental e processual, reflexa de um determinado entendimento normativo e juridicamente fixado de Democracia.

A tarefa essencial é determinar como se poderá tornar o governo transnacional adequadamente democrático tendo em conta o tipo de entidade em que assenta. É esta tarefa que o TCFA parece desconhecer ao conceber a homogeneidade nacional como condição da democracia nas Decisões de Maastricht e Lisboa, sendo que as estruturas doutrinárias existentes são as principais barreiras que previnem um desenvolvimento efetivo de uma doutrina democrática da UE, porque em todas as áreas políticas enumeradas pelo tribunal observam-se interdependências entre os níveis europeu e nacionais.

A diferenciação entre determinadas entidades e as suas fronteiras são abstrações que não consideram o fluxo e a abertura das relações sociais, pelo que o *demos* pode ser concebido de forma tendencialmente neutra, porque são os princípios universais comuns que unem as sociedades nas democracias multiculturais e liberais modernas. A filiação cultural não é determinante para a formação da opinião pública, porque a democracia é sobretudo um concurso de interesses coletivos ou de grupo divergentes. Nesta ordem de ideias o poder político transnacional emergente deveria ser encarado como uma mais-valia constitucional e democrática face ao constitucionalismo nacional.

O princípio democrático contém em si um mandado de otimização que visa o esgotamento de todas as modalidades de participação, apenas podendo persistir enquanto for composta por sucessivas “democratizações”, pelo que as instituições democráticas não se tornam mais democráticas por se introduzir mais instrumentos da mesma natureza. Também as constituições devem permitir uma compreensão atualizada dos princípios, estar abertas a propostas interpretativas e, se necessário, ao alargamento da disciplina constitucional a novos problemas, refletindo as mutações sociais e políticas. Só o reconhecimento pelos membros das comunidades democráticas da legitimidade de participação “dos outros” na vida política através da atribuição do estatuto de cidadão pode constituir uma iniciativa fundamental no sentido de mais

democratização. A génese de novas solidariedades é um indício preponderante de que as fidelidades nacionais podem ter uma origem diferente da nacionalidade e que as legitimidades políticas não se manifestam obrigatoriamente em ambições soberanas.

As condições que permitem aos cidadãos ser livres exigem a segmentação do governo democrático numa multiplicidade de unidades de dimensões variadas porque os direitos se dirigem cada vez mais ao indivíduo sem atender aos seus enraizamentos particulares ou às regras positivas da coletividade particular a que lhe coube pertencer. O Estado deve garantir e fixar os limites da liberdade individual e, conforme a autonomia pública e privada estão intrinsecamente ligadas na sua realização, a garantia dos direitos fundamentais deve ser indissociável dos direitos políticos: a cidadania *pleno iure* é determinante para uma democracia mais inclusiva. Acrescenta-se que a proteção e a promoção dos direitos humanos dependem da realização do princípio democrático pelo que a cidadania deve ser estudada em relação ao aparelho de Poder. É de extrema importância manter as esferas cultural e política separadas, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável do conceito de cidadania.

As alterações culturais desencadeadas pelo processo de globalização, contrariamente ao que se possa esperar, não se manifestam na universalização, mas propiciam o aparecimento de elementos contraditórios, que devem ser compreendidos como fenómenos unitários, exigindo-se uma conceção que pondere simultaneamente a universalidade e a diversidade, permitindo ao cidadão seguir os seus projetos políticos quer a nível subnacional quer a nível transnacional. Como se infere do presente trabalho, a Cidadania da União parece estar a desenvolver-se no sentido da ponderação simultânea entre universalidade e diversidade.

Neste sentido, a construção europeia não deve ser vista apenas como um jogo de natureza estratégica onde rege a imposição da vontade “soberana” dos Estados mais fortes nem como mero instrumento para a prossecução dos interesses seculares próprios dos Estados membros. O princípio da igualdade dos Estados e o princípio da subsidiariedade devem ser os princípios mestres da integração política da União. Em geral, o TL revela o seu compromisso com o fortalecimento da legitimidade democrática institucional europeia. Deve considerar-se como decisivo para a constituição de um cânone de valores europeus a previsão da CDFUE como parte integrante do TL e o reconhecimento do Tribunal dos Direitos Humanos enquanto instância normativa integrante da EU, através dos quais o constitucionalismo europeu passa a fornecer o melhor exemplo de uma ordem reflexiva, democrática e transnacional

que, no entanto, necessita ir além da conceção jurídica atual dos direitos de participação política.

O entendimento que nega aos cidadãos da União o direito de sufrágio para participar nas eleições legislativas dos Estados membros de residência, ignora os recentes desenvolvimentos em matéria de direito e decorre de uma lógica de defesa do Estado-nação, relegando o indivíduo para segundo plano. O facto de o *demos* europeu ser constituído pelos povos europeus – *dêmoi* – e não por um único povo europeu não constitui nem constituirá um defeito, antes pelo contrário, tal circunstância corresponderá melhor à realidade institucional da União enquanto *Staaten- und Verfassungsverbund*, ao passo que aquela futuramente continuará a concorrer com os laços de identidade, significativamente mais fortes, que se estabelecem a nível regional e nacional. Por esta razão, a cláusula de reciprocidade precisa de ser repensada jurídico-constitucional ou jurídico-internacionalmente face à criação dos ordenamentos jurídicos supranacionais ou dos ordenamentos estatais com cooperações reforçadas com outros estados membros de uma comunidade política, porque a cidadania europeia adiciona uma dimensão europeia a cada *demos* nacional, enquanto estatuto de igualdade dos cidadãos.

A atribuição do direito de sufrágio a não-nacionais residentes deve ter em conta os critérios materiais que atrás referi como a residência, o pagamento de impostos e a observância das leis nacionais. Análogo aos argumentos invocados a propósito da múltipla nacionalidade sobre a problemática do exercício responsável dos direitos políticos, do *uninformed voting* e do problema da dupla votação, sem dúvida sobrestimado, e pelas razões expostas, é necessário que se repense, de forma crítica, o papel da nacionalidade enquanto critério de atribuição do direito de sufrágio, ponto de vista que supõe a leitura da liberdade de circulação e da igualdade de tratamento nos termos dos direitos fundamentais e cuja fundamentação se baseia nos direitos humanos: *Political Exclusion as a response to Fears of “Überfremdung” (desnacionalização) is undemocratic*<sup>368</sup>.

A desconexão lógica entre a “comunidade de cidadãos”, de um lado, e a “comunidade de sentimento”, do outro, justificam a “desnacionalização” dos direitos políticos, porque a residência num Estado membro é o critério subjacente à maioria das pretensões legais decorrentes do estatuto da cidadania europeia. Só deste modo é que a

---

<sup>368</sup> JESSURUN D’OLIVEIRA *apud* WEYSS, *op. cit.* nota 158, p. 68.

UE se pode transformar num verdadeiro *burgerverbund*, numa “união cada vez mais estreita entre os povos da Europa” (art. 1º TUE).

Para o efeito propõe-se que os direitos de participação política sejam atribuídos com base no critério da residência em vez da nacionalidade ou da cláusula de reciprocidade, sem prejuízo da exigência de um período mínimo de residência, também utilizado na prática internacional estadual no que concerne ao processo de naturalização. O estabelecimento daquela condição não viola as normas internacionais de Direitos Humanos e pode ser visto como meio legítimo para a verificação de uma ligação social de pertença (*membership*), desde que o período temporal exigido não seja demasiado longo. A prática mais corrente entre os Estados é o estabelecimento de uma condição temporal equivalente a 5 anos de residência, mas nunca mais de 15 anos.<sup>369</sup> Além disso, como verificado *supra*, o fator determinante para a concessão do direito de sufrágio ou a inelegibilidade de um nacional nos termos do direito interno dos Estados assenta igualmente no critério da residência.

No que concerne ao alargamento dos direitos políticos dos cidadãos da União deve entender-se ser suficiente uma condição temporal equivalente a 5 anos de residência a coincidir com a condição temporal de elegibilidade do direito de residência permanente de acordo com o art.16º da Diretiva 2004/38/CE <sup>370</sup>, na medida em que parece sugerir uma inclusão suficiente do cidadão por força do afastamento das condições previstas no Capítulo III, nomeadamente as condições impostas pelo art.7º da mesma diretiva, nos termos acima expostos.

A elegibilidade no Estado membro de residência não deve prejudicar a elegibilidade dos direitos de participação política do Estado de origem, recomendação que tem em conta a opinião pública europeia<sup>371</sup>, nem deve implicar a perda das respetivas nacionalidades. A previsão desta possibilidade não apresentaria obstáculo ao princípio da igualdade de sufrágio no que concerne às eleições para o PE, na medida em que o exercício do direito é dependente do critério de residência (art.39º, n.º1 CDFUE). Acrescenta-se que a naturalização, apontada por alguns autores como alternativa ao

---

<sup>369</sup> J. SPIRO, *op. cit.* nota 235, pp. 725 ss.

<sup>370</sup> Cf. JO L 158 de 30.4.2004, Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (Texto relevante para efeitos do EEE, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0038:PT:NOT>).

<sup>371</sup> Cf. Comissão Europeia, *op. cit.* nota 349, pp. 35 ss.

reconhecimento de direitos políticos aos não-nacionais, não pode ser aqui apoiada por entrar em contradição com os valores da União, nomeadamente os valores do pluralismo, da não discriminação e do multiculturalismo: a manutenção da nacionalidade de origem não pode nem deve fundamentar uma recusa de assimilação.<sup>372</sup>

Nesta medida, a globalização não terá apenas uma conotação negativa, mas apresentará também a oportunidade ao Estado de se redefinir a nível da natureza política e do conceito de Estado-nação, enquadrando-o no complexo ambiente da nacionalização, regionalização e internacionalização. Os Estados continuarão a ter um papel determinante no governo transnacional, contudo deixarão de constituir a principal forma de organização democrática, pelo que passarão a fundar não mais do que um *dêmoi* e um dos sistemas políticos organizados no interior da comunidade política humana. No entanto, caber-lhes-á o protagonismo principal na luta por mais democratização.

---

<sup>372</sup> WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 8 ss.

## Bibliografia

### 1.Literatura

ALEIXO, Manuel Lopes, “TFUE art. 70.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes, Anastácio, Gonçalo Porto, pp. 379-381. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities*, London/New York, Verso, 1991.

ASSENBRUNNER, Benedikt Franz, “Europäische Demokratie und nationalstaatlicher Partikularismus: Theoretischer Entwicklungsrahmen, unionsrechtliche Ansätze und Perspektiven europäischer Demokratie nach dem Reformvertrag von Lissabon.”, *Leipziger Schriften zum Völkerrecht, Europarecht und ausländischen öffentlichen Recht*, Nomos, n.º 21, 2012.

AUBERGER, Tobias, LAMPIG, Wolfram, “Zwischen Scheinparlamentarisierung, Selbstbehauptung und strategischer Ressource: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon.”, in *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im verfassten politischen Primärraum*”, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 89-107. Wiesbaden, Springer VS, 2013.

AVELÃS NUNES, António José, “Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo.” *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, 2011.

AYDIN, Yaşar, *Topoi des Fremden: Zur Analyse und Kritik einer sozialen Konstruktion*, Konstanz, UVK, 2009.

BAKKE, Elisabeth, “Towards a European Identity?”, *ARENA Working Paper, nº 10*, Advanced Research on Europeanisation of the Nation-state, 1995, disponível em [http://folk.uio.no/stveb1/Towards\\_a\\_European\\_Identity.pdf](http://folk.uio.no/stveb1/Towards_a_European_Identity.pdf) (consultado em Fevereiro de 2013)

BELLAMY, Richard, *Citizenship - A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2008.

BELLAMY, Richard, “Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Three Models of the State, Democracy and Rights within the Eu.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil Walker, pp. 167-189, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.

BERTHOLD, Rittberger, *Building Europe's Parliament: Democratic Representation Beyond the Nation-State*, New York, Oxford University Press, 2005.

BLATTER, Joachim K., ERDMANN, Stefanie, SCHWANKE, Katja, “Acceptance of Dual Citizenship: Empirical Data and Political Contexts.”, *Working Paper Series „Glocal Governance and Democracy”*, n.º 2, Institute of Political Science University of



Lucerne, Fevereiro 2009, disponível em [http://www.unilu.ch/eng/workingpapers\\_287648.aspx](http://www.unilu.ch/eng/workingpapers_287648.aspx) (consultado em Maio 2012)

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004,

BOGDANDY, Armin von, “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law.”, *The European Journal of International Law* 15, 2004, pp. 885-906.

BOHMAN, James, *Democracy across Borders: From Demos to Demoi*. Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology (MIT), 2007.

BONNANO, Alessandro, “A globalização da economia e da sociedade: fordismo e pós-fordismo no sector agroalimentar.”, *Departamento de Sociologia da Universidade de Sam Houston*, disponível em [http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism\\_materials/bonanno.pdf](http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism_materials/bonanno.pdf) (consultado a 21.05.2013)

BREDOW, Wilfried von, “Abschied vom Westfälischen System? Die Zukunft der internationalen Staatenwelt.”, in *Globalisierung und nationale Souveränität - Festschrift für Wilfried Röhrich*, de Dieter S. LUTZ, pp. 159 - 178, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

CALLIESS, Christian, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, s/d.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *"Brançosos" e interconstitucionalidade - Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, Agosto de 2008.

CARVALHAIS, Isabel Estrada, “O tratado de Lisboa e participação cidadã - indagando o potencial democrático da Iniciativa de Cidadania Europeia (ICE).”, in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Coordenado por Sandra SILVEIRA, pp. 103-121, Lisboa, Quidjuris, 2010.

CARVALHO, Edson Ferreira de, *Meio Ambiente e Direitos Humanos*, 1ª Edição, Curitiba, Juruá Editora, 2006.

CEIA, Eleonora Mesquita, “A Decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a Constitucionalidade do Tratado de Lisboa.”, *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, n.º49, 2009, pp. 29-64.

CRICK, Bernard, *Democracy: A Very Short Introduction*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio, FERRER, Gabriel Real, *Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica*, em *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Acção Jean Monnet (Information and Reserch Activities), Coordenado por Alessandra SILVEIRA, pp. 345 -370, Lisboa, Quid juris, 2010.

D. SMITH, Antony, *National Identity*, England, Penguin Books, 1991.

DALARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

DASCILLU, Andra, IANCU, Daniela. “National and European Citizenship.”, *AGORA Int'l J. Jurid. Sci.*, 2010.

DE QUADROS, Fausto, GONÇALVES PEREIRA, André, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª Edição revista e aumentada, Coimbra, Almadina, 2009.

DI FABIO, Udo, “A European Charter: Towards a Constitution for the Union.”, *Columbia Journal of European Law*, 2001, pp. 159-172.

DONATH, Liliana Eva, CISMAŞ, Laura Mariana, “Determinants of Financial Stability.”, *The Romanian Economic Journal*, vol. 3, 2008, pp. 27-44.

DUARTE, Maria Duarte, LOPES, Carlos Alberto, *Tratado de Lisboa*, 2ª Edição, Lisboa, aafdl, Maio 2010.

DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais.”, in *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 81-98. Coimbra: Almedina, Outubro 2011.

FAIST, Thomas, GERDES, Jürgen, “Dual Citizenship in an Age of Global Mobility.” Washington DC, Migration Policy Inatitute, Disponível em <http://www.migrationpolicy.org/> (consultado a 21.04.2013)

FALK, Richard, *Globalização Predatória: Uma Crítica*, Lisboa, Instituto Piaget, 1999.

FASSBENDER, Bardo, “Sovereignty and Constitutionalism in International Law.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil WALKER, pp. 115-143, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.

FELDSTEIN, Martin, *The risk of Economic Crisis*, University of Chicago Press, Janeiro, 1991.

FERRO, Pedro Rosa, *Democracia Liberal: A Política, o Justo e o Bem*, Coimbra, Almedina, Abril 2012.

FETSCHER, Iring, “Demokratie und Toleranz in den europäischen Nationalstaaten.”, in *Globalisierung und nationale Souveränität - Festschrift für Wilfried Röhrich*, de Dieter S. LUTZ, pp. 43-59, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

FLEINER, Thomas, BASTA FLEINER, Lidija R. “Allgemeine Staatslehre - Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt.”, *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Montagem por H. HONSELL e P. LERCHE, Compilado por F. v. LISZT e W. KASKEL, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2004.

FRIEDRICH, Müller, *Demokratie in der Defensive: Funktionelle Abnutzung, Soziale Exclusion, Globalisierung*, Berlin, Duncker und Humbolt GmbH, 2001.

GALVÃO TELES, Patrícia, “TFUE art.24º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 264-267, Coimbra, Almedina, 2012.

GEIGER, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht - mit Europarecht*, 5ª Edição, München, C. H. Beck, 2010.

GELLNER, Ernest, *Nations and Nationalism*, Oxford, Basil Blackwell, 1983.

GORJÃO HENRIQUES, Miguel, “Aspectos gerais dos Acordos de Schengen na perspectiva da livre circulação de pessoas na união europeia.”, *Temas de Integração*, vol. 1, n.º 2, 1996, pp. 47-96.

—.“TUE Art. 16º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 78-84, Coimbra, Almedina, 2012.

GUERRA MARTINS, Ana Maria, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de estados terceiros legalmente residentes na União Europeia – da origem na integração económica ao fundamento na dignidade humana*, Coimbra, Almedina, Julho 2010.

—.“Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2º do TUE.”, in *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 47-98, Coimbra, Almedina, 2011.

—.“TFUE art.352º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 1232-1235, Coimbra, Almedina, 2012.

—.“TUE art.48.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 175-182, Coimbra, Almedina, 2012.

HAARSCHER, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Instituto Piaget, 1993.

HABERMAS, Jürgen, “Remarks on Legitimation through Human Rights.”, *The Modern Schoolman*, Janeiro de 1998, pp. 87-100, disponível em [http://www.pdcnet.org/852578C8004D9D72/file/AF1847625083A5E38525796400620C02/\\$FILE/schoolman\\_1998\\_0075\\_0002\\_0005\\_0018.pdf](http://www.pdcnet.org/852578C8004D9D72/file/AF1847625083A5E38525796400620C02/$FILE/schoolman_1998_0075_0002_0005_0018.pdf) (consultado a 27.06.2013)

—.“Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas.”, *ZaöRV*, vol. 72, 2012, pp. 1-44, disponível em <http://www.zaoerv.de/>(consultado a 27.06.2013)

HAILBRONNER, Kay, “Rights and Duties of Dual Nationals: Changing Concepts and Attitudes.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolutions and Prospects*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 19-26, Kluwer Law International, 2003.

HAILBRONNER, Kay, RENNER, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 4ª Edição, München, Verlag C.H. Beck, 2005.

HOBBSBAWN, Eric J, *Nationen und Nationalismus - Mythos und Realität seit 1780*, 3ª Edição 2005, Traduzido por Udo Rennert. Frankfurt/Main: Campus Verlag, 1990.

HÖRETH, Marcus, “Die Demokratieverflechtungsfälle - Warum die EU nach dem Lissabon-Urteil demokratisch defizitär bleiben muss.”, in *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp.37-67, Wiesbaden, Springer VS, 2013.

KADELBACH, Stefan, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Compilado por Dirk Ehlers, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2009.

— . *Einleitung*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, vol. 12, de Stefan KADELBACH, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 9-19, Baden-Baden, Nomos, 2009.

— . “Union Citizenship.”, *Jean Monnet Working Paper 9/03*, 2003, disponível em [www.JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org).(consultado em Maio de 2012)

KALINA, Ondrej, *Ein Kontinent- eine Nation?: Prolegomena zur Bildung eines supranationalen Demos in Rahmen der EU*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009.

KEATING, Michael, “Sovereignty and Plurinational Democracy: Problems in Political Science.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil Walker, pp. 191-208, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.

KETTELHUT, Jörn, “Das Bundesverfassungsgericht und die Konstitutionelle Dimension der europäischen Integration.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Helmar SCHÖNE, Roland LHOTTA e Jörn KETELHUT, pp. 15-37, Wiesbaden, Springer VS, 2013.

KIIVER, Philipp, *Die Einzelstaatliche Parlamente in den europäischen verträgen: Ein neuer Ansatz zur Würdigung parlamentsfreundlicher Vertragsklauseln*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung*, vol. 12, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 115-131, Baden-Baden, Nomos, 2009.

KJAER, Poul F, *Between Governing and Governance: On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2010.

KLEGER, Heinz, *Postnationale oder transnationale Demokratie?*, em *Integration durch Partizipation: «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, vol. 35, de Christian BÜTTNER e Berthold MEYER, pp. 251-273, Frankfurt, Campus Verlag, 2001.

KOCHENOV, Dimitry, “Double Nationality in the EU: An Argument for Tolerance.” *European Law Journal*, vol. 17, n.º 3, Blackwell Publishing, Maio 2011, pp. 323–343, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1641090](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1641090) (consultado em Maio de 2012)

— “Citizenship without Respect: The EU's Troubled Equality Ideal.”, *Jean Monnet Working Paper*, 2010, disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers10.html> (consultado em Maio de 2012)

— “The Present and the Future of EU Citizenship: A Bird's Eye View of the Legal Debate.”, *Jean Monnet Working Paper*, 2012, disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers12.html> (consultado em Novembro de 2012)

KOJANEC, Giovanni, “1st European Conference on Nationality.”, *Council of Europe*, Strasburgo, 3 de Fevereiro de 2000, disponível em [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference%201%20\(1999\)Proceedings.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference%201%20(1999)Proceedings.pdf) (consultado em Abril de 2013)

KOKOTT, Juliane, “Die Staatsrechtlehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung.”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSt)*, vol. 63, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag-GmbH, 2004, pp. 7-40.

KÖNIG, Helmut, *Europas Gedächtniss. Sondierungen in einem unübersichtlichen Gelände*. em *Europas Gedächtniss: Das neue Europa zwischen nationalen Erinnerungen und gemeinsamer Identität*, Europäische Horizonte III, de Helmut, SCHMIDT, Julia, SICKING, Manfred KÖNIG, pp. 9-39, Bielefeld, transcript Verlag, 2008.

KOSTAKOPOULOU, Dora, “European Union Citizenship: writing the future.”, disponível em <http://aei.pitt.edu/7943/1/kostakopoulou-d-10b.pdf> (consultado em Julho de 2013)

LAVOURAS, Matilde, ROCHA ANDRADRE, Fernando, “TFUE art. 314º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Gonçalo Anastácio Manuel Lopes Porto, pp. 1114-1117, Coimbra, Almedina, 2012.

LEGOMSKY, Stephen H, “Dual Nationality and Military Service: Strategy Number Two.” In *Rights and Duties of Dual Nationals*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 79-134, Kluwer Law International, 2003.

LHOTTA, Roland, “Integrationsverantwortung und parlamentarische Repräsentation: Ein Rückzugsgefecht- und Rettungsversuch.”, in *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 67-89, Wiesbaden, Springer VS, 2013.

LISTER, Mathew, “Citizenship in the immigration context.”, *Maryland Law Review* 70, 2010, pp. 175-233.

LOCK, Grahame, “The Concept of Europe.”, *RES-PUBLICA: Revista Lusófona de Ciência Política e Relações Internacionais*, 2005, pp. 23-32.

LOPES, Dulce, VEIGA, Paula, “TUE art. 11º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes, ANASTÁCIO, Gonçalo PORTO, pp. 54-57, Coimbra, Almedina, 2012.

LUCAS PIRES, Francisco, *A integração económico-política dos grandes espaços transnacionais: o caso da União Europeia*, Montagem por Paulo de Almeida Sande e Filipa Gomes Teireira. Gabinete do Parlamento Europeu em Portugal, Novembro de 2007.

M. FEITOSA, Maria Luiza Alencar, “A desregulação dos mercados e as recentes crises económicas.”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, 2006.

MAAS, Willem, “The Evolution of EU Citizenship.”, *Memo for Princeton workshop on The State of the European Union*, vol. 8, 16 de Setembro de 2005, pp. 1-17, disponível em <http://www.princeton.edu/~smeunier/Maas%20Memo.pdf> (consultado em Maio de 2012)

MACHADO, Jónatas E.M, *Direito da União Europeia*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Outubro 2010.

—, *Direito Internacional: Do paradigma clássico ao Pós-11 de Setembro.*, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

MANGANZA, Giorgio, “Can the enlarged European Union continue to be that United?”, *Fordham International Law Journal* 34, 2011, pp. 1269-1286.

MARGIOTTA, Constanza, VONK, Olivier, “Nationality Law and European Citizenship: The Role of Dual Nationality.”, *EU Working Papers RSCAS*, n.º 66, Institute European University, Itália, 2010, disponível em <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchumanCentre/Publications/Index.aspx> (consultado a 21.04.2013)

MARQUES DOS SANTOS, Victor, “Lusofonia e Projecção Estratégica. Portugal e a CPLP.”, *Nação e Defesa*, assunto 109, Outono de 2004, pp. 123-151, disponível <http://www.idn.gov.pt/publicacoes/consulta/NeD/NeD109/NeD109.pdf> (Consultado 16.07.2013)

MARTIN, David A, “Introduction: The Trend Toward Dual Nationality.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals - evolution and prospects*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 3-18, Kluwer Law International, 2003.

MAURER, Andreas, *Mehrebenendemokratie und Mehrebenenparlamentarismus: Das Europäische Parlament und die nationalen Parlamente nach Lissabon*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, Vol. 12, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 19-59, Baden-Baden, Nomos, 2009.

MEEHAN, Elizabeth, “Europeanization and Citizenship of the European Union.”, *Yearbook of European Studies*, 2000, pp. 157-177.

MENDONÇA MENDES, Ana Catarina, CANAS, Vitalino, “TUE art. 12º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 58-62, Coimbra, Almedina, 2012.

MESQUITA, Maria José Rangel de, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: uma Perspetiva Constitucional*, Coimbra, Almedina, Janeiro 2013.

MEYER, Berthold, *Die gesellschaftliche Integration von Zuwanderern braucht politische Partizipation - Eine Einführung*, em *Integration durch Partizipation : «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, vol. 35, de Christian, MEYER, Berthold BÜTTNER, pp. 9-31, Frankfurt/New York, Campus Verlag, 2001.

MEYER, Franz C, “Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon.”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.º 67, 2007, pp. 1141-1217, disponível em <http://www.zaoerv.de/> (consultado em Maio de 2012)

MILIOPOULOS, Lazaros, “Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Staatstheoretische und rechtsdogmatische Einordnung.”, in *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 107-137, Wiesbaden, Springer VS, 2013.

MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Maio de 2002.

MOREIRA, Adriano, *Ciência Política*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012.

MOREIRA, Vital, “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Anotação Geral.”, in *Tratado de Lisboa comentado e anotado*, coordenado por Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 1395-1408, Coimbra, Almedina, 2012.

—, “TUE art.14º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 66-71, Coimbra, Almedina, 2012.

MOURA RAMOS, Rui Manuel, “Les nouveaux aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers une Citoyenneté Européene.”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1992, pp. 17-58.

—, “La Double nationalité et les liens spéciaux avec d'autres pays. Les développements et les perspectives au Portugal.”, *Revista de Direito e Economia Ano XVI/XIX*, 1990 a 1993, pp. 577-605.

—, “Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, 2002.

—, “TUE arts. 9º-10º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, de Manuel Lopes, ANASTÁCIO, Gonçalo coordenado por PORTO, 51-53. Coimbra: Almedina, 2012.

NICOLETA, Olteanu Camelia, “European Citizenship versus National Citizenship.”, *AGORA Int'l J. Jurid. Sci.*, 2010.

NORONHA RODRIGUES, José, *A Identidade e (Des)identidade dos Valores Europeus*, 1ª Edição, Datajuris, 2010.

PALMA, Maria João, “TFUE art.329º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 1160-1163, Coimbra, Almedina, 2012.

PARISOT, Françoise, CRESSON, Édith, *Cidadanias Nacionais e Cidadania Europeia*, 1ª Edição, Traduzido por Prof. Dr. Jacques Silva, Lisboa, Didática Editora, Janeiro de 2001.

PEREIRA DA SILVA, Vasco, *Verde Cor de Direitos - Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, Almedina, Janeiro 2005.

PIÇARRA, Nuno, “O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de 20 meses de vigência.”, in *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – aspectos centrais*, coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 15-37, Coimbra, Almedina, Outubro 2011.



POIARES MADURO, Miguel, “O superavit democrático europeu.”, *Análise social* XXXVI (158-159), 2001, pp. 119-152.

POLLAK, Michael, “Memória e Identidade social.”, *Estudos Históricos*, n.º 10, 1992, 200-212.

QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, Novembro 2011.

RIBEIRO, Rita, *A Europa na Identidade Nacional*, Porto, Edições Afrontamento, Dezembro de 2011.

— *A nação na Europa – breve discussão sobre identidade nacional, nacionalismo e supranacionalismo*, Minho, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5646/4/A%20na%C3%A7%C3%A3o%20na%20Europa.pdf> (consultado em Fevereiro de 2013)

RODRIGUES MORAIS, Daniel de Bettencourt, “O Acórdão Micheletti e as suas repercussões em matéria de direito da nacionalidade dos Estados-membros.”, *Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, 2003, pp. 271-347.

SCHMITT-EGNER, Peter, *Europäische Identität: Ein Konzeptioneller Leitfaden zu ihrer Erforschung und Nutzung*, 1ª Edição, Baden-Baden, Nomos, 2012.

SCHOCH, Bruno, *Wer ist das Volk? Integration verlangt Bürgerrechte*, em *Integration durch Partizipation: «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, vol. 35, de Christian BÜTTNER e Berthold MEYER, pp. 219-250, Frankfurt, Campus Verlag, 2001.

SCHÖNE, Helmar, LHOTTA Roland, KETELHUT, Jörn, “Einleitung.”, in *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Helmar SCHÖNE, Roland LHOTTA e Jörn KETELHUT, pp. 7-15, Wiesbaden, Springer VS, 2013.

SCHWERT, Kai, *Demokratie und Globalisierung: Zur Zukunft der territorial verfassten Demokratie in einer globalisierten Welt*, Marburg, Tectum Verlag, 2003.

SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2010.

SHÄFER, Armin, “Die demokratische Grenze output-orientierter Legitimation.”, *Integration*, n.º 3, 2006, pp. 187-200, disponível em [http://www.iep-berlin.de/fileadmin/website/09\\_Publikationen/integration\\_2006/schaefer.pdf](http://www.iep-berlin.de/fileadmin/website/09_Publikationen/integration_2006/schaefer.pdf) (consultado em Abril de 2013)

SHAW, Martin, *Theory of the Global State - Globality as an Unfinished Revolution*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2000.

SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, Setembro 2011.

SILVEIRA, Alessandra, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos: Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Coimbra, Almedina, Junho de 2007.

—, “União Europeia: Da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope polifemo).”, in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, coordenado por Alessandra SILVEIRA, pp. 7-42, Lisboa, QuidJuris, 2010.

SOBRAL, José Manuel, “A formação das nações e o nacionalismo: os paradigmas explicativos e o caso português.”, *Análise Social*, XXXVII (165), 2003, pp. 1093-1126, disponível em

<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218736434J0eQU4wx7Ro77GX9.pdf>

(consultado em Fevereiro de 2013)

SPIRO, Peter J, “A new international law of citizenship.”, *The American Journal of International Law* 105, 2011, pp. 694-794.

—, “Dual Citizenship as Human Right.”, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 8, n.º 1, 2010, pp. 111-130, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1489005> (consultado a 21.04.2013)

—, “Perfecting Political Diaspora.” *New York University Law Review*, vol. 81, n.º 207, 2006, pp. 101-125, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=876955](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876955) (consultado a 21.04.2013)

—, “Political Rights and Dual Nationality.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolution and Prospects*, de David A., HAILBRONNER, Kay MARTIN, pp. 135-152, Great Britain, Kluwer Law International, 2003.

STEINBACH, Armin, “The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court - New Guidance on the Limits of European Integration?”, *German Law Journal*, vol.11, n.º 4, 2010, pp. 367-390.

STRAZZARI, Davidei, “The New Functionalist Approach of the ECJ Towards the European Freedom of Movement and Residency: Some Lessons from a Constitutional Comparative Survey.”, *Jean Monnet Working Paper*, 2008, disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/081301.html> (consultado em Agosto 2013)

TÖLLER, Annette Elisabeth, *Die Rolle der nationalen Parlamente im europäischen Rechtsetzungsprozess. Probleme und Potentiale des Ländervergleich*, em *Schriften zur Europäische Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, vol. 12, de Stefan KADELBACH, pp. 75-115, Baden-Baden, Nomos, 2009.

VITORINO, António, “A "Casa Europeia" de Lisboa.”, in *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 39-45, Coimbra, Almedina, 2011.

VOGEL, Klaus, “Von der Territorialhoheit zur Unionsbürgerschaft.”, in *Die Ordnung der Freiheit - Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, de Ines Härtel, Karl Hain, E. Schmidt. Reiner Grote, pp. 679-686, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

WALKER, Neil, “Late Sovereignty in the European Union.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil WALKER, pp. 3-32, Oxford- Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.

WALTER, Maja, “Integrationsgrenze Verfassungsidentität –Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive.”, *ZaöRV*, 2012, pp. 177-200, <http://www.zaoerv.de/> (consultado em Maio 2013)

WEYSS, Birgit, “Where do Aliens come from?: Political Rights at the Local Level depending on the Country of Origin a Discrimination according to International Human Rights Standards?”, *European Master's Degree in Human Rights and Democratisation*, Coimbra, 2001-2002.

ZILLER, Jacques, *O Tratado de Lisboa*, 1ª Edição, Alfragide, Texto Editores, Junho 2010.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre - Politikwissenschaft*, 16ª Edição, Munique, C.H. Beck, 2010.

## 2. Documentos

Comissão Europeia, “EU Citizenship Report 2013.”, Bélgica, 2013, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/> (consultado a 24.07.2013)

Comissão Europeia, “Report from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions under Article 25 TFEU On progress towards effective EU Citizenship 2011-2013.”, COM(2013) 270 final, Bruxelas, 2013 (consultado a 24.07.2013)

Comissão das Comunidades Europeias, “Terceiro Relatório da Comissão sobre a cidadania da União.”, COM (2001) 506 final, Bruxelas, 2001.(consultado em Maio de 2012)

Council of Europe Parliamentary Assembly, *Link Between Europeans Living Abroad and Their Countries of Origin*, Doc. 8339 (Mar. 5, 1999), disponível em <http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=8660&Language=EN>.(consultado em Maio de 2012)

HUDSON, Manley O, “Report on Nationality, Including Stateless .”, *Extract from the Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Document A/CN.4/50, 1952, pp. 3-24.(consultado em Maio de 2012)

TNS Political & Social at the request of the European Commission, Directorate-General Justice, “Flash Eurobarometer 364: Electoral rights.”, Survey co-ordinated by the European Commission, Directorate-General for Communication (DG COMM “Research and Speechwriting” Unit), 2013, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/>.(consultado a 16.07.2013)

TNS Opinion & Social at the request of the European Commission, Directorate-General Justice, “Flash Eurobarometer 365: European Union Citizenship report.”, Survey co-ordinated by the European Commission, Directorate-General for Communication (DG COMM “Research and Speechwriting” Unit), 2013, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/> (consultado a 16.07.2013)

### 3. Documentos Legais

Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158 de 30.4.2004), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0038:PT:NOT> (consultado 16.08.2013)

*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=7&DF=18/04/2013&CL=ENG> (consultado em Maio de 2012)

*Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and on Military Obligations in Cases of Multiple Nationality*, disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/043.htm> (consultado a 21.04.2013)

League of Nations, *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law*, 13 April 1930, League of Nations, Treaty Series, vol. 179, p. 89, No. 4137, disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3b00.html> (consultado a 21.02.2013)

Lei n.º 43/2006 de 25 de Agosto sobre o Acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do processo de construção da União Europeia, disponível em [http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Lei43\\_2006.pdf](http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Lei43_2006.pdf). (consultado 25.06.2013)

Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que Instituem as Comunidades Europeias e alguns Actos Relativos a Esses Tratados (JO C 340 de 10 de Novembro de 1997), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html> (consultado 25.06.2013)

*Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil*, assinado em Porto Seguro em 22 de Abril de 2000, Ratificado por Decreto do Presidente da República n.º79/2000 14 de dezembro, com entrada em vigor a 5 de Setembro de 2001, disponível em <http://dre.pt/sug/1s/diplomas-lista.asp> (consultado 16.07.2013)

Tratado da União Europeia (JO C 191 de 29 de Julho de 1992), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html> (consultado 25.06.2013)

#### 4. Sites consultados

[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1029](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029) (consultado a 24.04.2013)

[http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_xiv/236-248.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_xiv/236-248.pdf) (consultado a 24.04.2013)

<http://pt.scribd.com/doc/29110625/Esphahanian-dual-nationality-case-US-Iran-Claims-Tribunal> (consultado a 24.04.2013)

<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/pressroom/content/20120523IPR45627/html/No-vo-imposto-comum-sobre-as-transa%C3%A7%C3%B5es-financeiras-no-combate-%C3%A0-crise> (consultado a 15.05.2013)

<http://www.presseurop.eu/pt/content/news-brief/2049461-eurodeputados-aprovam-taxa-tobin>. (consultado a 15.05.2013)

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2> (consultado a 17.05.2013)

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=nus&case=70&k=66&p3=0> (consultado a 20.05.2013)

<http://www.wahlrecht.de/wahlpruefung/19520405.htm> (consultado 7.7.2013)

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/education\\_training\\_youth/lifelong\\_learning/c11088\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/lifelong_learning/c11088_pt.htm) (consultado a 8.7.2013)

<http://pt.euronews.com/2013/05/24/disturbios-em-estocolmo-incendeia-debate-sobre-integracao-de-imigrantes-na/> (consultado 12.7.2013)

<http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/eu-welcomes-28th-member-state-croatia?lang=pt> (consultado a 15.7.2013)

[http://ec.europa.eu/languages/languages-of-europe/eu-languages\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/languages/languages-of-europe/eu-languages_pt.htm) (consultado a 15.7.2013)

[http://ec.europa.eu/languages/euromosaic/euromosaic-study\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/languages/euromosaic/euromosaic-study_pt.htm) (consultado a 15.7.2013)

## Introdução

“Se reconstruísse a Europa, não começava pelo mercado, mas pela cultura”

Jean Monnet (1888-1979)

É necessário alargar-se os direitos conferidos pela cidadania europeia nomeadamente aos direitos de participação política no Estado membro de residência? Esta questão torna-se fundamental para o futuro da integração europeia e para a formação dum verdadeiro público europeu, porque a cidadania europeia não só corresponde a uma relativização das nacionalidades dos Estados membros como também carrega em si a capacidade de mudar a compreensão e tornar os limites da participação política mais abertos e flexíveis.

Se, numa aceção histórica, a cidadania foi considerada uma questão de autodeterminação nacional tendo sido equacionada como uma questão de identidade (ou pertença), na maioria dos casos coincidente com marcadores comunitários como, entre outros, a etnia e a religião desenvolvidos em espaços territorialmente demarcados, o processo de “desnacionalização” ou “fragmentação” do Estado exige a reconstrução do conceito de cidadania baseando a sua fundamentação axiológica nos direitos e nunca na identidade. Assim, as democracias europeias perdem consecutivamente o seu aspeto representativo, conquanto ignoram a realidade sociopolítica e excluem do processo de participação política populações crescentes de imigrantes.

O recurso a concepções doutrinárias retrógradas que colocam no centro do seu estudo o Estado ignoram os progressos do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos e o facto de o Estado contemporâneo se encontrar fortemente condicionado na realização das suas tarefas pela necessidade de cooperação internacional. A sua soberania encontra-se inevitavelmente afetada pelos processos de globalização.

O atual estágio da integração europeia, nomeadamente o desenvolvimento de uma comunidade política europeia de valores, impõe que a elegibilidade dos direitos de participação política dos cidadãos da União seja conferida apenas sob condição de um determinado período de residência capaz de assegurar uma integração razoável na comunidade do Estado membro de acolhimento. A sua atribuição não deve, portanto,

ser condicionada quer pela nacionalidade, quer pelo critério da reciprocidade, porque a natureza *sui generis* da União assim o exige.

Desta maneira as reflexões desenvolvidas no presente trabalho não podiam ser mais oportunas num período em que o projeto europeu atravessa uma fase conturbada da sua existência.

## PARTE I

### 1. A crise do Estado-nação. As transformações do Estado europeu como consequência da globalização e da proliferação de entidades supraestaduais

Atualmente definido por Paul Kirchhof, que consegue articular os três elementos clássicos do Estado com as suas componentes democracia e direito, o Estado é uma comunidade política autodeterminada e organizada que forma uma entidade soberana com um ordenamento jurídico próprio, atribuindo aos órgãos estatais a competência última para fazer e impor direito num determinado território<sup>1</sup>. Porém, o Estado nacional soberano, moderno ou europeu, nascido da Europa e largamente difundido pelo mundo, comumente definido através de três elementos ou condições de existência – povo, território e poder político –, é apenas um dos tipos possíveis de Estado. Deste modo, em correlação com causas ou acontecimentos locais, o Estado aparece, na história, numa variedade de formas (Georg Jellinek) que possibilitam o conhecimento das suas particularidades, quer os aspetos histórico-políticos, quer os jurídicos, que demonstram a sua continuidade histórica e cuja consideração implica o reconhecimento da natureza evolutiva do conceito de Estado, revelando a sua sujeição a alterações qualitativas e quantitativas que o conformam.<sup>2</sup>

Conforme o Estado moderno e os seus elementos constitutivos sofreram influências profundas desde o final do conflito leste-oeste e o término da divisão do

---

<sup>1</sup> Cf. KIRCHHOF, Paul *apud* KOKOTT, Juliane, “Die Staatsrechtlehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung.”, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSt)* (De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag-GmbH) 63 (2004), pp. 7-40, p. 11.

<sup>2</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, Maio de 2002, pp. 34 ss.; DALARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1995, pp. 51 ss.

mundo, que marcaram o início de uma nova ordem mundial e propiciaram o desenvolvimento de novos fenómenos, também a globalização desafia os princípios da personalidade e da territorialidade dos Estados implicando a revalorização conceptual do Estado. A crescente descentralização e regionalização interna do Estado envolvem o incremento da efetividade da legitimação interna e o desenvolvimento de uma identidade ainda mais complexa, ao passo que o fomento da individualização obriga ao reconhecimento simultâneo de valores transnacionais e regionais. A redefinição da territorialidade implica, por seu turno, a interrogação dos alicerces da Democracia constitucional, da soberania e do Estado-providência. Em última análise, o processo “globalização”, associado ao mau hábito de tantos governos apontarem os seus próprios fracassos à cooperação internacional, redundando na ideia da superfluidade do tradicional Estado de direito democrático que, para prejuízo dos seus cidadãos, se torna incapaz de acompanhar os desafios daquela. Paradoxalmente tal sucede precisamente no momento em que a democracia, organizada sob a forma do Estado-nação, quase acaba por completar o seu triunfo mundial.<sup>3</sup>

Na medida em que «*the nation-state is becoming too small for the big problems of life and too big for the small problems of life*»<sup>4</sup>, as vozes dos que discutem os limites doutrinários da democracia territorialmente limitada tornam-se progressivamente mais frequentes, passando o seu discurso por questionar a natureza até então autocompreendida dos Estados. O discurso científico torna-se cada vez mais profundo e abrange gradualmente áreas mais vastas. Assim, nas ciências sociais não há área que não aborde ou discuta os aspetos e as consequências da globalização. O conceito “globalização” torna-se polimorfo, descrevendo um processo, ou melhor, uma série de processos estritamente interligados: numa aceção económica a globalização passa a designar a internacionalização da economia capitalista, a ciência política responsabiliza-a pelo fortalecimento das relações internacionais entre os Estados e na formação de uma política internacional, a sociologia descreve-a como criadora de uma rede inter-comunitária com tendência para o desenvolvimento de uma comunidade mundial, a

---

<sup>3</sup> Cf. SCHWERT, Kai, *Demokratie und Globalisierung: Zur Zukunft der territorial verfassten Demokratie in einer globalisierten Welt*, Marburg, Tectum Verlag, 2003, pp. 5 ss., MIRANDA, Jorge, *Teoria do... cit.*, pp. 35 ss e 335 ss; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 11 ss.; BOGDANDY, Armin von. “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law.”, in *The European Journal of International Law* 15 (2004), pp. 885-906, pp. 886 ss.; FLEINER, Thomas, BASTA FLEINER, Lidija R., “Allgemeine Staatslehre - Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt.”, *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Montagem por H. HONSELL e P. LERCHE, Compilado por F. v. LISZT e W. KASKEL, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2004, pp. 279 ss.

<sup>4</sup> BELL, Daniel *apud* SCHWERT, Kai, *op. cit.*, nota 3, p.5.



antropologia cultural emprega-a no seio da comunicação global questionando uma uniformização cultural, e a história procura uma “história mundial global”.<sup>5</sup>

A globalização enquanto

*[...] process (or a set of processes) which embodies a transformation in the spatial organization of social relations and transactions – assessed in terms of their extensity, intensity, velocity and impact – generating transcontinental or inter-regional flows and networks of activity, interaction, and the exercise of power*<sup>6</sup>,

exige a reconceptualização do Estado, devendo este passar a desempenhar o papel determinante na reconciliação dos antagonismos e na salvaguarda da identidade conjunta, de forma a possibilitar a atuação flexível e eficaz da comunidade internacional.<sup>7</sup>

Se a formação de uma ordem pós-Vestefaliana<sup>8</sup> não determina o fim do Estado soberano<sup>9</sup>, então ela envolve uma reflexão sobre as características e funções tradicionais do Estado, sobre a eficácia e a legitimação do seu poder soberano e a exploração dos meios adequados a adaptá-lo ao mundo contemporâneo. Tais considerações devem-se

---

<sup>5</sup> Cf. *ibid.*, pp. 5 ss.; SCHOCH, Bruno. *Wer ist das Volk? Integration verlangt Bürgerrechte*. Vol. 35, em *Integration durch Partizipation: «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, de Christian BÜTTNER e Berthold MEYER, 219-250. Frankfurt: Campus Verlag, 2001, pp. 219 ss.

<sup>6</sup> HELD, David *apud* SCHWERT, *op. cit.*, nota. 3, p. 10.

<sup>7</sup> Cf. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.*, nota 3, pp. 279 ss. No sentido acima exposto, Francisco Lucas Pires refere que «[...] o Estado-Nação continua a ser um valor insubstituível como quadro de identidade e democracia [...], que ele continuará a constituir [...] a rede de segurança de um reduto doméstico, qual «lar» no meio da «casa comum» [...], funcionando [...] como o último «valor-refúgio» na reorganização dos espaços políticos que se iniciou a seguir à queda do muro de Berlim e ao fim da bipolaridade internacional». LUCAS PIRES, Francisco, *A integração económico-política dos grandes espaços transnacionais: o caso da União Europeia*, pp. 69-81, Montagem por Paulo de Almeida Sande e Filipa Gomes Teireira, Gabinete do Parlamento Europeu em Portugal, Novembro de 2007, p. 70.

<sup>8</sup> Por ordem pós-Vestefaliana deve entender-se o período que se segue à ordem internacionalmente estabelecida a partir de 1648 (Paz de Vestefália), data em que foram assinados os Tratados de Vestefália, e que marcam o estabelecimento da ordem internacional assente no poder dos Estados soberanos e a criação do Estado moderno, baseada numa estrutura legal bipolar, assente em duas premissas, a da lei Constitucional ou lei instituidora da ordem interna dos Estados e a da lei internacional ou lei reguladora das relações entre os Estados soberanos, mas cuja autoridade era exercida exclusivamente pelos Estados. WALKER, Neil, “Late Sovereignty in the European Union.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil WALKER, pp. 3-32, Oxford- Portland Oregon; Hart Publishing, 2003, p. 9.; DALARI, *op. cit.*, nota. 2, pp.58ss.

<sup>9</sup> Na medida em que a soberania não se reduz à soberania externa, mas também, e sobretudo, se dirige ao interior do Estado (soberania interna) como poder supremo daquele e como base da sua legitimação democraticamente concretizada, o Estado não deverá perder o seu papel como ator predominante no Sistema internacional, razão pela qual dificilmente se poderá supor a sua extinção, muito embora, uma partilha cada vez mais acentuada da soberania entre o Estado, Organizações Internacionais e unidades políticas regionais (*subestatais*) seja previsível. Cf. FLEINER, BASTA FLEINER, , *op. cit.*, nota. 3, pp. 281 ss.; BREDOW, Wilfried von, “Abschied vom Westfälischen System? Die Zukunft der internationalen Staatenwelt.”, in *Globalisierung und nationale Souveränität - Festschrift für Wilfried Röhrich*, de Dieter S. LUTZ, pp. 159 - 178, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 175 ss.

sobretudo à tendencial autonomização do Poder que tem levado os aparelhos governativos do Estado da experiência secular a partilhar a sua soberania com «*aparelhos de Poder erráticos* que se defrontam com os aparelhos governativos tradicionais sem reclamarem o domínio d[o] Estado»<sup>10</sup>. A Teoria Geral do Estado ganha, por isso, uma atualidade renovada, questionando-se designadamente o Estado concebido à luz dos critérios do século XIX, porque os efeitos da globalização sobre o Estado não podem ser negados e porque a crescente interconexão dos Estados-Nação determina a alteração do seu caráter e das suas funções, o que forçosamente comprometerá o atual entendimento do Homem, do que se deve entender por eficiência política, por democracia nacional e a quem cabe a legitimação dos sistemas democráticos nacionais.<sup>11</sup>

Assim, nas palavras de Martin Shaw:

*We can identify three main reasons why sovereignty is now seen as more problematic. First, states have increasingly 'pooled' their sovereignty. Through permanent interstate institutions, sovereignty has been internationalized in new forms of its cooperative exercise. Second, individual states' jurisdictions are increasingly understood extraterritorially as well as territorially. Hence territorially they overlap rather than being mutually exclusive. [...] Third, and possibly more important, judicial sovereignty, constitutionally and legally defined, is often seen to have diverged from the substance of power relations. This is largely because power is recognized as residing in economic rather than formal political relations.*<sup>12</sup>

Conforme o exposto, a tradicional sinonímia entre Estado e Governo não corresponde mais à realidade globalmente considerada, porque o Estado deixa de ser a estrutura única que monopoliza a força suprema dentro da comunidade e passa a constituir “uma qualquer comunidade política”, à semelhança das organizações internacionais e supranacionais que também detêm soberania. Reconhecendo-se que o Estado nunca teve uma soberania suprema, independente e impermutável, em nenhum

---

<sup>10</sup>MOREIRA, Adriano, *Ciência Política*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 25.

<sup>11</sup>Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 29 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 281 ss.; MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 19 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 9 ss.; *op. cit.* nota 9, pp. 159 ss.

<sup>12</sup>SHAW, Martin, *Theory of the Global State - Globality as an Unfinished Revolution*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2000, pp. 9 ss. Vide igualmente SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 186.

momento histórico anterior o Estado apresentou-se tão integracionista e tão pouco autárquico como na atualidade.<sup>13</sup>

Enquanto forma histórica de organização jurídica do poder, o Estado encontra-se em profunda alteração, caminhando de um *tipo soberano de Estado* para um *tipo aberto de Estado* que comunica com outras entidades soberanas, supranacionais e independentes (*verselbständigten supranationale Hoheitsgewalten*), com as quais partilha gradual e irreversivelmente a sua qualidade soberana. De acordo com Canotilho, «o Estado já não é nem o monopólio de edição do direito positivo, nem o monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos»<sup>14</sup> e a Constituição perde sucesivamente a sua função de «*self-contained order of state polity*», porque as novas e distintivas ordens legais que se formam no seio daquelas organizações internacionais e supranacionais irrompem no espaço político de atuação dos Estados, desenvolvendo-se relacionamentos hetero-hierárquicos (*heterarchical*) entre os Estados e as entidades não-estaduais - como a União Europeia -, processo que mais desafia e põe em causa a aceção clássica de soberania, premissa fundamental da autoridade do Estado e suporte da ciência política moderna. Muito embora a soberania da União Europeia tenha sido estabelecida e delegada pelos seus Estados-membros (soberania derivada), será difícil negar que aquela manifesta um número crescente de características e funções que tradicionalmente eram reservadas aos Estados.<sup>15</sup>

A configuração multidimensional descrita, em que as organizações políticas estatal e não-estatal se relacionam, implica, por isso, uma reflexão sobre o entendimento de soberania e sobre a compreensão e conceção dos aparelhos do Poder. Assim, conceitos importantes como democracia, direitos fundamentais, igualdade, segurança, cidadania, separação e distribuição de poderes, princípios gerais de direito, independência do judiciário, vocabulário secular desenvolvido à luz do Estado-nação e de um sistema internacional unidimensional de Estados, e, em geral, toda a ideia de

---

<sup>13</sup> Cf. MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp.27 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, p. 11 ss.; CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, s/d, pp. 89 ss.

<sup>14</sup>CANOTILHO, *op. cit.* nota 13, p. 90.

<sup>15</sup>Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "*Brançosos*" e interconstitucionalidade - *Inerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, Agosto de 2008, pp. 263 s.; KOKOTT, Juliane, "Die Staatsrechtlehre und...", *cit.*, p. 11 ss.; MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp.27 ss.; SHAW, *op. cit.* nota 12, pp. 185 ss. Vide também MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Outubro 2010, pp. 87 ss.

constitucionalismo em si, apresentam uma especial dificuldade de tradução para o panorama das sociedades *supraestaduais*.<sup>16</sup>

O panorama acima descrito, sobretudo quando associado à propensão para o aceleração drástico dos movimentos migratórios, e que constitui um dos principais impactos da globalização, tem desafiado a democracia territorialmente concebida em dois dos seus elementos essenciais: por um lado torna-se necessário questionar a legitimidade da nação ou do *demos* como fonte exclusiva da soberania dos Estados e, por outro, impõem-se o repensar das tradicionais formas de governo, dos procedimentos de decisão e da responsabilidade democrática perante o povo. Em suma, face ao aumento dos fluxos migratórios e à criação de um Espaço de liberdade, de segurança e justiça comum - no que concerne ao espaço europeu - e na medida em que a sociedade se torna progressivamente numa realidade ainda mais dinâmica, pondo em questão o dogma nacionalista que, encorajado por um movimento de homogeneização, postula a coincidência territorialmente delimitada das unidades políticas e nacionais (*princípio da nacionalidade*), questiona-se a possibilidade de “desnacionalização” da democracia. Isto, porque a conceção do povo como sujeito político e que tem subsumido na sua base a pré-existência de uma nação, dificilmente se adapta à urgência de inclusão democrática dos imigrantes, quer por resguardo dos princípios democráticos em si, quer pelas exigências resultantes do reconhecimento dos Direitos Humanos, oximoro que tem como mais grave resultado a sedimentação da distinção política entre cidadãos e não-cidadãos que assinala um verdadeiro *défice democrático* no interior dos Estados: a desproporção entre o número dos que estão submetidos às leis e aos deveres do Estado e dos que sobre aquelas podem decidir tem aumentado significativamente e põe em causa a legitimação democrática - *no taxation without representation* -, tendência que lamentavelmente ignora o desenvolvimento histórico do entendimento moderno de liberdade, responsável pela eliminação sucessiva das restrições resultantes da censura, da origem e do sexo.<sup>17</sup>

Deste modo, o dogma da nacionalidade, ao ignorar o próprio processo de “*state-building*”, não contempla a complexidade que é própria das sociedades, razão pela qual deve ser afastado. O Estado é não só constituído por uma sociedade política complexa, como também é, ele próprio, fator de criação de sociedades, o que explica a variedade histórica das formas que pode assumir. Ele é fruto da interdependência de causas e

---

<sup>16</sup>Cf. *id. loc.cit.*, WALKER, *op. cit.* nota 8., pp. 4 ss.

<sup>17</sup>Cf. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 282 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 5 ss.

acontecimentos locais e da coerência de importantes processos no plano da Antropologia histórica -a conquista, a migração, a aglutinação por laços de sangue ou por laços económicos, a evolução social pura e simples<sup>18</sup>. Acrescenta-se que as sociedades, enquanto substrato do Estado, são primordialmente constituídas por relações humanas e, em lugar de tribos, civilizações, nações ou comunidades religiosas pré-existentes, as sociedades antes integram diversos grupos ou diferentes estratos pela cultura, pela posição social e pelo papel na divisão de trabalho, sendo plurais e dinâmicas (*common consciousness of human society on a world scale*). Precisamente em razão da sua pluralidade, o seu sistema político tende a organizar-se progressivamente em funções diferenciadas, especializadas, ligadas umas às outras por uma rede complicada de relações hierárquicas. Quer os Estados, quer as sociedades *supraestaduais* – confederações ou outros tipos de agrupamento de Estados, ou a própria comunidade internacional – coexistem para a obtenção de um relacionamento perfeitamente harmónico no pluralismo social. Ao Estado, em cujo poder e atividade assentam as organizações internacionais e enquanto instância mediadora entre aquelas e os cidadãos, cabe, nesta medida, um papel predominante na pacificação dos antagonismos sociais.<sup>19</sup>

Neste sentido, a globalização não terá apenas uma conotação negativa, mas apresentará uma oportunidade para o Estado: a conveniência de redefinir, por um lado, a natureza política do Estado e, por outro, o conceito de Estado-nação, enquadrando-o no novo e complexo ambiente da nacionalização (movimentos de construção social no seio de um território claramente definido), regionalização (movimento de agregação de transações e interações entre grupos funcionais ou geograficamente definidos de Estados), e internacionalização (movimento de coesão dos padrões internacionais e cooperação entre Estados, independentemente da sua localização geográfica). Não obstante a alteração da liberdade de atuação política dos Estados por via da globalização, tal não significará o fim da soberania dos Estados, mas apenas a reestruturação e a redefinição dos limites das suas autonomia e esfera de atuação.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup>Assim, por exemplo, no processo de criação dos Estados modernos, são exatamente fatores antropológicos, científicos e tecnológicos, como o rompimento das barreiras do mediterrâneo, as Cruzadas, o melhoramento das comunicações internas, o alargamento das áreas de segurança, o surgimento de novas tendências literárias e artísticas (cujo expoente será o movimento renascentista), a criação de novas metrópoles e a manifestação de novos pensamentos de espírito burguês, de economia mercantilista e capitalista, que desencadeiam a crise geral da mentalidade e da vida medievais. Cf. MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 49ss., 59 ss., e 84 ss.; DALARI, *op. cit.* nota 2, pp. 56ss.

<sup>19</sup>Cf. *ibid.*, pp. 31 ss; MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 19 ss.; SHAW, *op. cit.* nota 12, pp. 12 ss.

<sup>20</sup> Cf. SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 9 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 279 ss.

## 1.1. A crise do Estado e da Democracia territorialmente concebidos

A conceção de Estado que emergiu dos Tratados de Paz de Vestefália (1648) e que marca a rutura com o Estado Medieval encontra-se hoje na mira da discussão doutrinal, não sendo poucas as vozes que, desde os anos setenta do século passado, questionam o futuro do Estado. A globalização confronta em termos normativos e práticos o padrão bem estabelecido de Estado, dificultando-lhes o exercício da sua autoridade suprema e territorialmente delimitada conforme a integração dos espaços se acentua. Concomitantemente, a diferenciação social perde lugar para uma crescente interligação das redes societárias a nível internacional e uma maior heterogeneização a nível regional e local. A formação de uma sociedade global (*Weltgesellschaft*) reduz a capacidade dos Estados na adoção de políticas socioeconómicas, externas e de defesa independentes e dificulta o papel do Estado enquanto criador e defensor da identidade nacional, capaz de sustentar a fidelidade ao bem público e às instituições políticas, para uma definição e execução responsável das suas políticas. Em suma, pelo menos na perspetiva funcional, o Estado tradicionalmente concebido revela a sua progressiva desadequação, o que não significa que ele se tenha tornado obsoleto mas, dadas as evoluções do mundo contemporâneo, quer se omita, quer se negue, nada impedirá a progressiva perda das suas competências.<sup>21</sup>

Assim, na medida em que os Estados falham no cumprimento dos seus objetivos de forma isolada, quer porque se tornam incapazes de controlar as suas fronteiras, quer pela natureza global dos problemas suscitados, aqueles concedem parcelas crescentes da sua soberania a entidades transnacionais para atuação numa panóplia gradualmente crescente de áreas, incluindo a regulação económica, os Direitos Humanos e a segurança. A União Europeia é o exemplo paradigmático de organização *supra-estadual*, constituindo uma estrutura política completamente inovadora: o direito que dela imana goza de aplicabilidade direta nos seus Estados-membros, representando uma

---

<sup>21</sup>Cf. BELLAMY, Richard, "Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Three Models of the State, Democracy and Rights within the Eu.", in *Sovereignty in Transition*, de Neil Walker, pp. 167-189, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, pp. 167 ss.; BREDOW, *op.cit.* nota 9, pp. 159 ss.; DI FABIO, Udo, "A European Charter: Towards a Constitution for the Union.", *Columbia Journal of European Law*, n.º 7 (2001), pp. 159-172., pp. 168 ss.; BOGDANDY, *op.cit.* nota 3, pp. 885 ss.; SCHWERT, *op.cit.* nota 3, pp.40 ss.; KOKOTT, *op.cit.* nota 1, pp. 15 ss.

imiscuição intensa no poder centralizado dos Estados, mesmo que se reconheça a natureza derivada das suas competências<sup>22</sup>. A sua atuação forja energeticamente o quotidiano político e social da União. O Direito da União em si promove a interdependência e vincula Estados, órgãos e União: os tribunais dos Estados-membros são tribunais da comunidade e o direito dos Estados-membros é direito da União.<sup>23</sup>

A crescente necessidade dos Estados controlar determinados aspetos externos para reduzir as pressões reivindicativas internas e salvaguardar o bem-estar dos seus cidadãos, e a emergência de novos atores e estruturas de atuação que doravante partilham competências com os Estados ou que, por vezes, chegam mesmo a substituí-lo, configuram uma mudança institucional no plano internacional. O Estado moderno encontra-se pois sob forte pressão, quer interna, quer externa, e as suas estruturas históricas interestaduais, ao estilo vestefaliano, encontram-se em mutação acelerada, assistindo-se a uma transformação do Estado com perda de governança no contexto do governo nacional aos níveis local, regional, transnacional e global. De facto, na maioria dos casos, o Estado-nação deixou de ser autossuficiente, quer para exercer as suas

---

<sup>22</sup> São fundamentos da autonomia e da primazia do Direito da União Europeia nomeadamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) *van Gend & Loos* e *Costa./E.N.E.L.* dos inícios da década de sessenta do século passado. De acordo, o TJUE declara no caso *van Gend & Loos*: «[...] a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais». Mais tarde, no caso *Costa./E.N.E.L.* o TJUE declara ainda a autonomia do Direito da União em relação ao Direito Internacional Público na medida em que menciona que o Direito da União é um ordenamento jurídico que emana de fonte própria. De acordo, cita-se: «O primado do direito comunitário é confirmado [...] [a]o direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade [...] A transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária [...] implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos [...]».

A autonomia e a natureza constitucional do Direito primário da U.E. em contraposição ao Direito Internacional Público é ainda reafirmado e consolidado pela jurisprudência mais recente do TJUE (caso *Kadi*).

Cf. ASSENBRUNNER, Benedikt Franz. “Europäische Demokratie und nationalstaatlicher Partikularismus: Theoretischer Entwicklungsrahmen, unionsrechtliche Ansätze und Perspektiven europäischer Demokratie nach dem Reformvertrag von Lissabon.” *Leipziger Schriften zum Völkerrecht, Europarecht und ausländischen öffentlichen Recht*, Nomos, n.º 21 (2012), pp. 27 ss. Vide Ac. TJUE de 5.02.1963, proc. N.º 26/62, caso *van Gend & Loos*, p. 210. disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:DE:NOT>; Ac. TJUE de 15.07.1964, proc. n.º 6/64, caso *Costa./E.N.E.L.*, p. 556, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:DE:NOT>; Ac. TJUE de 3.09.2008, proc. C-402/05 P e C-415/05 P, caso *Kadi*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0402:DE:NOT>.

<sup>23</sup> Cf. *ibid. loc. cit.*; KEATING, Michael, “Sovereignty and Plurinational Democracy: Problems in Political Science.”, in *Sovereignty in Transition*, de Neil Walker, pp. 191-208, Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 198 ss.; KOKOTT, *op.cit.* nota 1, pp. 15 ss.

funções típicas de defesa, segurança, coesão social, estabilização monetária e económica e de produção legislativa, quer para lidar com problemas de índole global.<sup>24</sup>

Deste modo, o desenvolvimento do sistema de conjuntura mundial acima descrito e a arquitetura normativa complexa que lhe é inerente rompem com as tendências secularizantes nos domínios da política e da economia, que visavam sobretudo a centralização da autoridade interna ao nível do Estado e a sua laicização, modelo ideológico que encontrava no seu centro o Estado territorialmente delimitado e constitucionalmente independente (soberano). O fenómeno da globalização, que inclui elementos de supranacionalidade, acarreta a transformação da comunidade política e, conseqüentemente, a alteração das normas que definem o lugar da autoridade política. O território, enquanto elemento essencial do Estado e fator de garantia da eficácia do poder e da estabilidade da ordem interna - *quidquid est in territorio, est etiam territorium* –, padece gradualmente da sua clareza e rigor geométrico, facto para o qual contribuem os movimentos de emancipação política, quer dos povos vulneráveis e sem governo de Estado próprio, quer das minorias oprimidas, procedimentos internos de autodeterminação que inevitavelmente conduzem a uma cedência da supremacia territorial do Estado (processo de “refeudalização/retribalização”). A soberania e o quadro dos relacionamentos internacionais encontram-se em processo de mutação.<sup>25</sup>

Em razão das transformações políticas, jurídicas, económicas e sociais, o Estado nacional perdeu o monopólio, a centralidade e a relevância quer na ordem externa e no relacionamento internacional, quer na ordem interna. O Estado «perdeu competências pelo topo, transferidas para a decisão colectiva dos grandes espaços; perdeu competências pelas bases reordenadas pela descentralização e pela regionalização; perdeu áreas da antiga zona de jurisdição interna; perdeu recursos pelos efeitos das leis da competitividade».<sup>26</sup> Por seu turno, a transformação do conceito tradicional de fronteira, que se tornou mais abrangente e múltiplo, passa a contemplar as fronteiras da

---

<sup>24</sup>Cf. FALK, Richard, *Globalização Predatória: Uma Crítica*, Lisboa, Instituto Piaget, 1999, pp.52 ss.; QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, Novembro 2011, pp.7ss.; FERRO, Pedro Rosa, *Democracia Liberal: A Política, o Justo e o Bem*, Coimbra, Almedina, Abril 2012, pp. 122 ss.

<sup>25</sup>Cf. FALK, *op.cit.* nota 24, pp. 46 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op.cit.* nota 3, pp. 281 ss.; SCHWERT, *op.cit.* nota 3, pp.40 ss.; ZIPPELIUS, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre - Politikwissenschaft*, 16ª Edição, Munique, C.H. Beck, 2010, pp. 73 ss.; DALARI, *op.cit.* nota 2, pp. 73 ss.; QUEIROZ, *op.cit.* nota 24, pp.7 ss.; FETSCHER, Iring, “Demokratie und Toleranz in den europäischen Nationalstaaten.”, in *Globalisierung und nationale Souveränität - Festschrift für Wilfried Röhrich*, de Dieter S. LUTZ, pp. 43-59, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 45 ss.

<sup>26</sup> MOREIRA, Adriano *apud* FERRO, *op. cit.* nota 24, pp. 122 ss.



“geografia de segurança”, da “geografia política e económica” e da “geografia da identidade”. O núcleo jurídico da soberania, embora se mantenha enquanto sinónimo da autoridade política máxima e da independência constitucional, sofre uma alteração considerável de conteúdo. Tal circunstância acarreta ainda o problema da relação entre Estado e Democracia e mais detalhadamente da “crise do constitucionalismo” que haveria de resultar do reforço das instâncias internacionais no contexto do pós-guerra e do triunfo do modelo de constituição liberal em resultado da queda do regime soviético.<sup>27</sup>

Sob o ponto de vista das sociedades civis transfronteiriças, transnacionais ou cosmopolitas, o Estado deixa de ser o paradigma do Direito Internacional (clássico) e do Direito Constitucional. Simultaneamente, a aplicação concorrente de distintivas ordens legais no espaço político de atuação dos Estados somente corrobora os questionamentos normativos e concetuais subversivos à noção vestefaliana de supremacia territorial que emergiram das perspetivas revolucionárias sobre a reformulação das relações entre Estados e o Estado e a sociedade, nomeadamente das reivindicações pelos direitos civis e políticos do cidadão, pela legitimidade de atuação do aparelho de poder e da introdução, no quadro político e jurídico, de noções como a solidariedade racial e de classe, preocupações que têm sido alvo de enquadramento normativo internacional nas últimas décadas. Assim, a génese de novas solidariedades são um forte indício de que as fidelidades em sede da soberania podem ter uma origem diferente da nacionalidade e que as legitimidades políticas não são forçosamente nacionais ou que as nações manifestam obrigatoriamente ambições de soberania própria e exclusiva. O vínculo entre Estado e Democracia não é impreterível. Em primeiro lugar porque nem todos os Estados modernos satisfazem o critério democrático e, segundo, porque é impossível identificar a génese do Estado com a origem da Democracia. Aliás, conforme a observação de Alexis de Tocqueville, foi o absolutismo que preparou o terreno da formação dos Estados nacionais modernos e não a democracia<sup>28, 29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cf. *ibid loc. cit.* ; QUEIROZ, *op.cit.* nota 24, pp.7 ss.; SILVA, Suzana Tavares, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, Setembro 2011, pp. 9 ss.

<sup>28</sup> De acordo com Bernard Crick: *it is always necessary to remember that we are considering a term that has had no meaning at all in most societies for most human history, and that while most governments in the modern world feel the need to call themselves democratic, many are at or beyond the outer limits of any of the main usages of the term historically.*

CRICK, Bernard, *Democracy: A Very Short Introduction*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2002, p. 3.

<sup>29</sup> Cf. FALK, *op. cit.* nota 24, pp.46 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 35 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp.7 ss.; FERRO, *op. cit.* nota 24, pp. 122 ss.; FETSCHER, *op. cit.* nota 25, pp. 43 ss.

A partilha das competências entre Estados e organizações transnacionais reflete uma limitação *de facto* do exercício da autonomia de atuação dos Estados, limitação voluntária e que surge como resposta à impotência dos Estados na prossecução isolada dos seus objetivos. Deste modo, a construção europeia não deve ser vista apenas como um jogo de natureza estratégica onde rege a imposição da vontade “soberana” dos Estados mais fortes, ou como mero instrumento para prossecução dos interesses seculares nacionais próprios dos velhos Estados-nação. O princípio da igualdade dos Estados, próprio do modelo federal, e o princípio da subsidiariedade devem ser os princípios ou as linhas mestras que regem a união política, permitindo valorizar a diversidade cultural enquanto parte constituinte essencial da riqueza europeia, tanto quanto a sua unidade civilizacional.<sup>30</sup>

Conforme as considerações *supra* apontam a necessidade do estudo da soberania enquanto objeto da globalização, nomeadamente quais os impactos desta sobre a conceção tradicional do Estado e se os ideais da democracia liberal e a legitimação do poder apenas poderão ser satisfeitos, de forma plena, nos moldes do Estado-nação.

### **1.1.1. A erosão da Ordem Vestefaliana e a crise do Estado soberano**

Quer para a caracterização da Ordem Vestefaliana quer para a Teoria das Relações internacionais o conceito de soberania é de importância central, embora o seu significado não seja unânime. O conceito de soberania emerge nos finais do século XVI, no termo das *guerras religiosas*, e, em particular, nos escritos de Jean Bodin (*Les six livres de la republique - 1579*), identificando-se com o absolutismo e a centralização do poder. Como espelho da relação entre o território e o Estado, exprimindo a autoridade suprema e indivisível do soberano sobre todos os residentes do território, a soberania define-se como o poder absoluto, indivisível e perpétuo da República. Mais tarde, sob a experiência da guerra civil, Thomas Hobbes desenvolve um conceito idêntico de soberania cuja força se torna ainda mais centralizadora. Como resultado das conceções clássicas de Bodin e Hobbes emerge no pensamento político a ideia de um ente capaz de regular, de forma absoluta, qualquer comportamento. Nestes termos, o Estado surge historicamente, como a formação política que serve de suporte ao exercício do poder

---

<sup>30</sup> Cf. SCHWERT, op. cit. nota 3, pp. 40 ss.; FERRO, op. cit. nota 24, pp. 122 ss.

público, dotado de um alto grau de autonomia interna e externa, convertendo-se, após a Segunda Guerra Mundial, na forma universal de organização política.<sup>31</sup>

No centro do Sistema ou Ordem Vestefaliana, que se desenvolveu a partir da celebração dos Tratados de Münster e Osnabrück no final da Guerra dos Trinta Anos e que representa um modelo ideológico das relações internacionais, figura a ideia do Estado territorialmente organizado que age num meio anárquico. Segundo David Held, o Sistema Vestefaliano resumir-se-ia da seguinte forma: o mundo é concebido por Estados soberanos que não reconhecem quaisquer formas de autoridade subordinada; o poder legislativo, executivo e judicial encontra-se no domínio reservado dos Estados; o Direito Internacional constitui um direito mínimo indispensável à coexistência pacífica dos Estados; os problemas e conflitos de cariz transfronteiriços apenas envolvem as partes interessadas; a todos os Estados é reconhecida igualdade formal independentemente de eventuais desigualdades fáticas; eventuais conflitos que possam ocorrer entre Estados deverão ser esclarecidos pelo uso da força e, por último, a eliminação de quaisquer entraves à liberdade de atuação dos Estados é prioridade coletiva.<sup>32</sup>

No entanto, o progresso do direito internacional, após a Segunda Guerra Mundial e desde a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, extravasou as fronteiras do Direito da Paz e da Guerra, absorvendo progressivamente matérias que até então eram do monopólio da soberania dos Estados, passando a configurar como Direito Internacional da cooperação e da solidariedade, o que pôs em causa a centralidade do Estado nas relações internacionais e a tradicional conceção de soberania. A ideia da igualdade dos Estados adotada na Conferência de São Francisco passa a prevalecer sobre a própria ideia de soberania, marcando o início do processo de erosão progressiva da soberania ao mesmo tempo que a comunidade internacional passa a impor restrições crescentes à liberdade de atuação dos Estados, relevando para a mudança progressiva da valoração e do balanço entre interesses particulares dos Estados e interesses da Humanidade. A União Europeia figura a tentativa mais evoluída daquela integração, pretendendo prosseguir não apenas com uma integração económica e monetárias, mas também social e política. A progressiva absorção pelo Direito Internacional de matérias

---

<sup>31</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 45 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp.10 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 2, pp. 17 ss. *Vide* MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 28 ss.; DALARI, *op. cit.* nota 2, pp. 62 ss.; FASSBENDER, Bardo, "Sovereignty and Constitutionalism in International Law.", in *Sovereignty in Transition*, de Neil WALKER, pp. 115-143, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, pp. 115 ss.

<sup>32</sup> Cf. HELD *apud* SCHWERT, *op.cit.* nota 3, p. 41. *Vide* também SHAW, *op.cit.* nota 12, pp. 30 ss.

que tradicionalmente caberiam na soberania dos Estado, implica o reconhecimento do princípio segundo o qual a soberania dos Estados nem se configura como absoluta nem como indivisível.<sup>33</sup>

Deste modo, a constituição, reestruturação e desagregação das componentes caracterizadoras do Sistema Vestefaliano traduzem-se na modificação da repartição do Poder e na transformação profunda da Ordem Vestefaliana. Como defende James A. Caporaso, tanto a crescente incapacidade dos Estados de se imporem a autoridades externas como a alteração significativa das principais estruturas do Estado e das relações que entre elas se estabelecem constitui critério suficiente para a gradual erosão do Sistema Vestefaliano. Qualquer incongruência entre territorialidade, autoridade e cidadania afetará necessariamente o paradigma vestefaliano.<sup>34</sup>

Deste modo, o conceito de soberania cumpre essencialmente funções retóricas. Aliás, a doutrina do Direito público não conhecerá termo mais controverso e impreciso do que soberania. Alvo de uma multiplicidade de teorias, ditadas pelas conveniências, a soberania tornou-se argumento do debate político, tendo adquirido, durante os séculos uma qualidade quase mítica. Por isso, Kaplan e Katzenbach observaram recentemente que a soberania revela uma natureza bastante embaraçosa sobretudo no âmbito do Direito Internacional pelo seu uso recorrentemente impreciso e indisciplinado, facto que se deve à circunstância da soberania se ter tornado num «*símbolo altamente emocional*», amplamente utilizado para conquistar simpatias em face de tendências nacionalistas que vêm marcando a nossa época»<sup>35</sup>. Correspondentemente, a determinação do sentido jurídico de soberania tem-se demonstrado bastante difícil, na medida em que o termo tem servido frequentemente como cobertura jurídica para meras políticas de força (*power politics*). Neste sentido Fassbender afirma:

*since it was invented, sovereignty has a strong political dimension – it has, in fact, been more about making claims for a change of the status quo, or claims to power, than a careful observation of legal rules [...] The clearest manifestation of that impulse is still war*<sup>36, 37</sup>

---

<sup>33</sup> QUADROS, Fausto de, GONÇALVES PEREIRA, André, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª Edição revista e aumentada, Coimbra, Almadina, 2009, pp. 660 ss.; FASSBENDER, *op. cit.* nota 31, pp. 124 ss. Vide também FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3., pp. 327 ss.

<sup>34</sup> Cf. HELD *apud* SCHWERT, *op.cit.* nota 3, p. 41.; CAPORASO *apud ibid.*, p. 44.

<sup>35</sup> DALARI, *op.cit.* nota 2, p. 62.

<sup>36</sup> FASSBENDER, *op.cit.* nota 31, p.141. E conclui mais tarde, ser absurdo pretender-se que a soberania tenha perdido o seu carácter político ou que ela se tenha subordinado totalmente a regras jurídicas porque: «*sovereignty still stands for freedom in action by states when the need is for central coordination and*

A natureza relativamente indeterminada do termo soberania dificulta ainda a averiguação da dimensão do impacto da globalização sobre a soberania dos Estados, na medida em que algumas disciplinas recorrem indiscriminadamente à noção de soberania e autonomia, recurso que alude ao duplo Standard da soberania *De-jure* e *De-facto*, isto é, à distinção implícita entre soberania formal e soberania material. Assim, a equiparação de soberania formal e material leva à consideração de resultados antagónicos: enquanto as ciências políticas concebem um Estado não-soberano mas, no entanto, capaz de manobrar a sua capacidade de ação autónoma na resolução de determinados problemas coletivos, as Relações Internacionais concebem o Estado formalmente soberano, mas incapaz de resolver eficaz e autonomamente os problemas coletivos. Estas considerações tornam evidente que a validade do princípio da soberania pode variar consoante a conceção de soberania assumida, pelo que as posições assumidas variam desde a afirmação que a soberania equivale a um mito sem correspondência com a realidade e um perigo para a resolução adequada das controvérsias (como nos casos de violação dos Direitos Humanos), passando pela defesa veemente da doutrina da soberania e pela declaração da existência da soberania com base no reconhecimento recíproco dos Estados como unidades soberanas, até ao postulado da infrutuosidade do recurso à soberania na ciência política.<sup>38</sup>

#### **1.1.1.1. A perda de autonomia ou capacidade de controlo dos Estados**

Na década de 60 do séc. XX assistiu-se a grandes alterações económicas e sociais. A segmentação da força de trabalho, a ampla e complexa organização do corpo profissional, gerencial e técnico e os meios de comunicação, informação, transporte e controle extremamente sofisticados (fordismo) na década de 60, tanto nos EUA como na Europa, levaram a uma coordenação da produção, do consumo em massa e à acumulação constante de bens que geraram um crescimento económico e uma abundância sem precedentes, tendo-se assistido, por força dessas mutações, a alterações nos paradigmas societários, testemunhando-se a ascensão de uma classe média,

---

*control, and it evokes the fear of unpredictable and irresponsible state behavior instead of progress toward the international rule of law.» IL CLAUDE apud ibid., p. 142.*

<sup>37</sup>Cf. KOKOTT, *op.cit.* nota 1, pp. 17 ss.; DALARI, *op.cit.* nota 2, pp. 62 ss.; MOREIRA, *op.cit.* nota 10, pp.27 ss.; FASSBENDER, *op.cit.* nota 31, pp.115 ss.

<sup>38</sup> Cf. SCHWERT, *op.cit.* nota 3, pp. 45 ss. Vide também KOKOTT, *op.cit.* nota 1, pp. 19 ss.

constituída por trabalhadores, com padrões de vida cada vez mais elevados e que, por sua vez, se vieram a refletir na expansão dos direitos civis, políticos e sociais (direitos de segunda geração), na ampliação da legislação regulatória dessa nova realidade (nomeadamente no que concerne à legislação laboral) e num intervencionismo e papel crescentes do Estado<sup>39</sup>.

Todavia, se durante os anos 60 o novo paradigma socioeconómico funcionava perto do seu ponto ótimo, uma série de circunstâncias ocorridas na viragem da década, nomeadamente o crescimento de novos movimentos sociais, como o protesto dos estudantes e assalariados; o aumento da competitividade dos mercados internacionais, resultantes da recuperação total da Europa e da Ásia; a insuficiência do investimento de capital em novas tecnologias; a estagnação organizacional dos meios de produção; o fracasso do desenvolvimento industrial; o aumento dos custos do bem-estar social, e a crise do petróleo de 1973, traduziram-se em graves crises político-económicas que, em conjunto com a maior competitividade dos mercados internacionais, levaram à definição de novas estratégias por parte dos Estados. A partir de então, o esforço dos Estados dirigido à redução da inflação (políticas protecionistas), que levou a que o crescimento se tornasse mais lento, o que veio a traduzir-se na redução do poder das organizações trabalhistas, na aceitação de níveis mais elevados de desemprego e na redução dos salários sociais, fez com que as políticas de intervenção dos Estados, até então bem-vindas à economia, se viessem a “transformar” na principal causa da retração económica, não se fazendo esperar por uma resposta dos economistas apologista do liberalismo económico (Milton Friedman, Escola de Chicago).<sup>40</sup>

Assim, segundo Susan Strange, *«today it seems that the heads of governments may be the last to recognize that they and their ministers have lost authority over national societies and economies that they used to have»*<sup>41</sup>. Respetivamente, a análise das ciências sociais critica o facto de se pretender enquadrar a perda da capacidade de controlo do Estado através do emprego de conceitos obsoletos e de teorias ultrapassadas, uma vez que correspondem a um paradigma, no qual a territorialidade do Estado ainda desempenhava um papel determinante. No entanto, esse mundo já não

---

<sup>39</sup> Cf. BONNANO, Alessandro, *A globalização da economia e da sociedade: fordismo e pós-fordismo no sector agroalimentar*, Departamento de Sociologia da Universidade de Sam Houston, p. 28ss., disponível em [http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism\\_materials/bonanno.pdf](http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism_materials/bonanno.pdf). Vide também MACHADO, Jónatas E.M., *Direito Internacional – do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro 2006, p. 372 ss.

<sup>40</sup> Cf. *id. loc. cit.*

<sup>41</sup> STRANGE, Susan *apud* SCHWERT, op. cit. nota 3, p. 50.

existe: assiste-se a uma assimetria crescente entre a soberania formal dos Estados e a capacidade fáctica daqueles controlarem a economia e a sociedade, conforme o progresso tecnológico, o peso dos mercados financeiros internacionais e a integração dos mercados nacionais nos mercados globais aumenta. Concomitantemente, as responsabilidades fundamentais do Estado respetivas à regulação do mercado tornam-se desprovidas na medida em que os vetores característicos da política neoliberal envolvem tendências e medidas como a liberalização e a privatização, acentuando-se o papel do Estado enquanto gestor.<sup>42</sup>

A aceitação dos princípios da livre convertibilidade da moeda e da livre circulação internacional de capitais<sup>43</sup>, por exemplo, traduziram-se numa enorme aceleração da mobilidade geográfica dos capitais e na corrosão da autonomia do Estado, aumentando cada vez mais os lucros dos especuladores e transformando os Estados «em “reserva de caça”, à mercê da chantagem da retirada dos capitais para países mais atrativos»<sup>44</sup>. A gradual desintegração da autoridade formal e da capacidade de controlo do Estado pela dinâmica da globalização, transformam profundamente o Estado enquanto instrumento de bem-estar humano, relegando-o progressivamente e em diferentes graus para uma relação de subordinação com as forças globais de mercado. Vários têm sido os Estados que se tornaram quase impotentes e/ou até cúmplices desse desenvolvimento, seguindo orientações políticas destrutivas, diluindo gradualmente os programas de segurança pública e de previdência social destinados aos seus cidadãos. A difusão do materialismo e a ênfase ao consumismo pelos meios de comunicação globalizados que apoiam o desenvolvimento económico desenfreado contribuem diariamente para a corrosão dos alicerces ecológicos e culturais. O principal impulso reformista é exercido pelas forças globais de mercado que procuram transferir a lealdade governamental para o plano financeiro e comercial<sup>45</sup>. Por esta via, o recém-

---

<sup>42</sup> Cf. *ibid.*, pp. 50 ss.; FALK, op. cit. nota 24, pp. 15 ss. e 52 ss.

<sup>43</sup> Que a partir da década de 70 do séc. XX condicionava a aceitação do apoio pretendido por um país quando recorria aos serviços do Fundo Monetário Internacional (FMI). Cf. AVELÃS NUNES, António José. “Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo.” *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, 2011, pp. 8 ss.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>45</sup> Assim, segundo Edson Ferreira de Carvalho:

«A globalização estabeleceu novo cenário político e económico, no qual algumas companhias transnacionais possuem maior poder que vários Estados reunidos. Esse fenómeno promoveu a transferência do poder dos governos, das empresas nacionais e dos trabalhadores para as companhias transnacionais, que são, ao mesmo tempo, os principais impulsionadores e beneficiários da globalização. A maioria delas não assumiu a responsabilidade que resultou dessa transferência de poderes. Nessa seara, a autorregulação raramente funciona [...]».

criado sistema de atividade económica global constitui um fator determinante na erosão da soberania nacional.<sup>46</sup>

Com a perda da soberania, os Estados deixam de ser capazes de desempenhar a sua função reguladora de forma plena. Como resultado do Estado de *laissez-faire* e da liberdade pessoal e económica, o mercado, deixado a si, gera concorrência imperfeita, assimetria de informações, irracionalidades, comportamento colusivo, tráfico de influências, gigantismo setorial, desemprego, poluição, e outros males. As desintermediação, descompartimentação e desregulamentação, acrescidas da introdução de novas tecnologias de comunicação e do desenvolvimento dos sistemas de transporte, que, doravante, incrementam drasticamente a mobilidade das empresas, possibilitam às sociedades multinacionais “jogar” com a fixação dos locais de investimento, produção, fiscalização e estabelecimento de modo a atingir maiores vantagens, circunstância da qual resulta, todavia, uma limitação das políticas económicas a adotar pelo Estado, encurtando-se os espaços de manobra e de decisão livre e independente daquele e sujeitando a política fiscal e monetária aos interesses do mercado financeiro internacional.<sup>47</sup>

Segundo Strange, o problema é agravado pelo facto de a regulação económica não ter sido alvo da disciplina de um regime internacional económico eficaz, pelo que constata que «*the diffusion of authority away from national governments has left a yawning hole of non-authority, ungovernance it might be called.*»<sup>48</sup> Como consequência deste desenvolvimento, o Estado fica privado de recorrer a determinados instrumentos para a regulação económica, nomeadamente daquelas medidas que resultam da adoção de uma política intervencionista do tipo Keynesiana<sup>49</sup>. Paralelamente, o desenvolvimento de poderosos conglomerados financeiros e o aumento do seu poder, nomeadamente político, torna as atividades de regulação e de

---

CARVALHO, Edson Ferreira de, *Meio Ambiente e Direitos Humanos*, 1ª Edição, Coritiba, Juruá Editora, 2006, p.138

<sup>46</sup>Cf. FALK, *op. cit.* nota 24, pp. 93 ss.; HELD *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 50.

<sup>47</sup>Cf. KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 21 ss.; M. FEITOSA, Maria Luiza Alencar, “A desregulação dos mercados e as recentes crises económicas.”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, 2006, pp. 3 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 50 ss.; AVELÁS NUNES, *op. cit.* nota 43, pp. 9 ss.

<sup>48</sup> STRANGE, Susan *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 50.

<sup>49</sup> No entanto, o Parlamento Europeu aprovou, no seu parecer de 25 de Maio de 2012, um novo imposto sobre as transações financeiras (ou Taxa Tobin), por 487 votos, através de Resolução Comum do Parlamento. Ainda que aquele seja apenas consultivo, o Parlamento Europeu é da opinião que a implementação do imposto deve ser seguida mesmo que nem todos os Estados Membros o adotem. *Vide* <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/pressroom/content/20120523IPR45627/html/Novo-imposto-comum-sobre-as-transa%C3%A7%C3%B5es-financeiras-no-combate-%C3%A0-crise;> [http://www.presseurop.eu/pt/content/news-brief/2049461-eurodeputados-aprovam-taxa-tobin.](http://www.presseurop.eu/pt/content/news-brief/2049461-eurodeputados-aprovam-taxa-tobin)



supervisão de cada um dos setores de atividade financeira ainda mais difíceis e complexas. Assim, por exemplo, denunciam-se no *Relatório da Comissão de Inquérito à Crise Financeira*, elaborado a propósito da reunião dos G7 em Fevereiro de 2007, pressões das instituições financeiras sobre os decisores políticos e sobre as entidades reguladoras através do financiamento das campanhas eleitorais dos políticos e através do pagamento de muitos milhares de milhões de dólares às sociedades de *lobbying*.<sup>50</sup>

A desintermediação e a plena liberalização dos capitais, por seu turno, favorecem investimentos a curto prazo e aumentam o fluxo de capitais potenciadores da ameaça do *risco sistémico*<sup>51</sup> e conduzem à submissão do capital produtivo ao capital puramente especulativo. Na medida em que os Estados correm perigo de importantes parcelas do capital ou investimento privado serem canalizadas para o exterior, eles são forçados a adotar políticas compatíveis com as tendências verificadas nos mercados de capitais internacionais. Deste modo cria-se uma interdependência sistémica que reduz o campo de atuação política do Estado. O resultado é a menor criação de emprego e a maior pressão no sentido da baixa salarial, tentativas de compensar o aumento dos encargos financeiros das empresas.<sup>52</sup>

Tendo em conta o paradigma acima descrito, Krasner entende que a globalização económica realmente afeta os aspetos essenciais da soberania. Na terminologia do autor, os Estados são afetados na sua “domestic” e “interdependence sovereignty”. Tal significa, por outras palavras, que os Estados, muito embora continuem a possuir uma plena e efetiva “international legal sovereignty” – ou seja, é lhes reconhecida independência jurídico-formal-, estão sujeitos a uma tendencial e gradual perda de Autoridade e de capacidade de controlo (“domestic” e “interdependence sovereignty”) nos seus próprios territórios. Todavia, o autor adverte que o diagnóstico da limitação do espaço de atuação do Estados apenas se verifica quanto a um aspeto parcial da soberania, porque a globalização económica apenas influencia a capacidade do Estado controlar a circulação de mercadorias e capitais. Em face destas circunstâncias e de acordo com Krasner, a perda da capacidade de controlo por parte do Estado não significa o fim da soberania

---

<sup>50</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 50 ss.; AVELÃS NUNES, *op. cit.* nota 43, pp. 29 ss.

<sup>51</sup> Agravado pelo comportamento mimético dos grandes especuladores, o risco sistémico é o risco global de desmoronamento do sistema financeiro à escala mundial. O risco sistémico é a ocorrência de um evento que vai desencadear uma perda de valor económico ou confiança num sector ou numa parte do sistema financeiro e que, pela sua gravidade, irá ter consequências nefastas na economia real. A sua ocorrência poderá ser repentina e inesperada ou poderá ser gradual. Cf. DONATH, Liliana Eva, CISMAȘ, Laura Mariana, “Determinants of Financial Stability.”, *The Romanian Economic Journal*, XI, n.º 29, pp. 27-44, (3)2008, pp. 27 ss.

<sup>52</sup> Cf. AVELÃS NUNES, *op. cit.* nota 43, pp. 29 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 50 ss.

interna, na medida em que as modalidades da soberania que, na sua essência, traduzem autoridade (“international legal sovereignty” e “Westphalian sovereignty”) não são afetadas.<sup>53</sup>

Também Held e outros autores, que defendem o caráter qualitativamente recente da globalização, negam a ligação perentória entre a perda da soberania e a limitação da autonomia de atuação dos Estados. Deste modo, Held constata que

*[...]sovereignty is eroded only when it is replaced by forms of “higher” and/or independent authority which curtail the rightful basis of decision-making within a national Framework. For I take sovereignty to mean the political authority within a community which has the acknowledged right to exercise powers of the state and to determine the rules, regulations and policies within a given territory<sup>54, 55</sup>*

De acordo com o *supra* citado, pode concluir-se que para a doutrina dominante, pelo menos no que concerne à globalização económica, os Estados ainda não perderam o núcleo da sua soberania. A autoridade exercida pelos mercados de bens, serviços e capitais representa antes uma perda da autonomia (Held) ou da capacidade de controlo (Krasner) dos Estados.<sup>56</sup>

#### **1.1.1.2. A erosão da autoridade ou da soberania Estadual**

A globalização não é todavia um fenómeno que se reduz à economia. Antes constitui um conjunto de processos, na sua conotação mais ampla, um fenómeno de intensificação das relações económicas, políticas, sociais e culturais, e apenas a sua consideração conjunta permite entender a sua complexidade. Assim, o Direito Internacional preocupar-se-á, no limiar do século XXI, não simplesmente com uma *Nova Ordem Económica Internacional* (NOEI), como defendida desde o termo da Primeira Guerra Mundial, mas com uma *Nova Ordem Mundial* (NOM) política e não apenas económica, fundada no primado do Direito Internacional, dos valores da Democracia e do Estado de Direito na Comunidade Internacional, para cuja edificação a União Europeia tem desempenhado um papel fundamental. No seio da NOM, também a salvaguarda dos Direitos Humanos passa a ganhar centralidade, tornando-se num

---

<sup>53</sup> Cf. *ibid. loc.cit.*

<sup>54</sup> HELD, David *apud ibid*, p. 54.

<sup>55</sup> *ibid*, pp. 50 ss.

<sup>56</sup> Cf. *ibid. loc. cit.*

critério universal que doravante não pode ser questionada pela arbitrariedade dos interesses públicos locais<sup>57</sup>. A universalização dos valores citados questiona a grandeza dos antigos Estados-nação, marginalizando-os e reduzindo-os a meras unidades locais.<sup>58</sup>

Deste modo, se é verdade que os Estados não perderam a sua soberania formal através da globalização económica, deve questionar-se quais os seus impactos sobre aqueles aspetos da soberania que dizem respeito à autoridade dos Estados, ou seja, que consequências acarretam para a “international legal sovereignty” e a “Westphalian sovereignty”.<sup>59</sup>

Assim, quando observada, a realidade internacional demonstra que o reconhecimento jurídico-formal da independência dos Estados (“international legal sovereignty”), quando comparado com outras modalidades de soberania, parece manter-se intacto. Nada aponta no sentido de os Estados terem perdido o interesse do reconhecimento mútuo enquanto unidades soberanas ou que as vantagens ligadas àquele reconhecimento (imunidade diplomática, independência judicial formal, o direito de celebrar convenções internacionais, etc.) se tenham tornado abomináveis para os Estados.<sup>60</sup>

Todavia, quando se considera que é sobretudo aquela soberania externa e formal que constitui a base para o número crescente dos Tratados e das obrigações internacionais entre Estados e que, não raras as vezes, se destinam a enfraquecer a “Westphalian sovereignty” daquelas Nações, entende-se que a soberania dos Estados europeus se tem modificado de forma significativa nas últimas décadas. De uma perspetiva formal, portanto, a natureza vinculativa das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e especialmente o reconhecimento do primado do Direito Europeu sobre o Direito dos Estados-membros implica uma limitação da “Westphalian sovereignty” dos Estados (membros), na medida em que, em parte, estão submetidos a uma autoridade superior. A este propósito Keohane sublinha que, muito embora os governos nacionais dominem o processo de decisão «[...] *they do so within an institutional context involving the pooling and sharing of sovereignty, and in*

---

<sup>57</sup> Como, aliás, foi defendido pela doutrina do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) no caso *Barcelona Traction* (Bélgica v.s. Espanha, de 5 de Fevereiro de 1970). Caso disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>.

<sup>58</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 12 ss.; QUADROS, GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.* nota 33, pp. 660 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 9 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 29 ss.

<sup>59</sup> SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 50 ss.

<sup>60</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 54 ss.

*conjunction with a commission that has a certain degree of Independence»*<sup>61</sup>. De acordo com o mencionado, pode concluir-se que, pelo menos no contexto da União Europeia, se verificam perdas determinantes da soberania dos Estados, podendo inclusivamente falar-se do desenvolvimento de uma nova forma de soberania (*pooled sovereignty*).<sup>62</sup>

Porém, tais tendências não são exclusivas do Direito Europeu. Também o Direito Internacional Público tem contribuído para a supressão da soberania nacional enquanto ordenamento jurídico complementar. Assim, o gradual e crescente alargamento das áreas de intervenção do Direito Internacional que vinculam juridicamente os Estados, são igualmente indício no sentido da erosão da soberania vestefaliana. De especial importância para a supressão do entendimento tradicional de soberania assinala-se a crescente inclusão do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, testemunhando-o as matérias objeto dos Tratados celebrados desde o término da primeira Guerra Mundial, tais como a autodeterminação dos povos, a proteção das minorias, a declaração dos direitos humanos em sede das Nações Unidas (1948) e a criação, em 1998, do Tribunal Penal Internacional (TPI).<sup>63</sup>

O incremento dos Direitos Humanos e de instituições «que tem (sic) vindo a enfatizar a consideração do indivíduo como *unidade primária e sujeito por excelência do direito internacional*»<sup>64</sup>, proliferando-se o entendimento de que os Estados são sobretudo recursos institucionais ao serviço dos cidadãos e não pessoas morais, representa, ao contrário da *supracitada* limitação do poder de controlo e da autonomia de atuação dos Estados, uma verdadeira ameaça à autoridade exclusiva dos Estados. Held, relativamente ao assunto escreve que: «*Global human rights are a direct challenge to one aspect of the authority of the state, its right to regulate relations between its subjects and their rulers free of external interference*»<sup>65</sup>. Na medida em que a soberania estadual passa a estar associada à responsabilidade de proteção dos Direitos Humanos, passa a encontrar-se subordinada ao direito internacional e aos valores transnacionais do respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos seus direitos mais básicos, situação que se torna bastante evidente no conflito entre validade universal dos

---

<sup>61</sup> KEOHANE *apud ibid.*, p.55.

<sup>62</sup> *Cf. ibid.*, pp. 54 ss.

<sup>63</sup> *Cf. ibid. loc. cit.*; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 21 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 39., pp. 213 ss. e 359 ss. QUADROS, GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.* nota 33., pp.392 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 197 ss.

<sup>64</sup> MACHADO, *op. cit.* nota 39., p. 214.

<sup>65</sup> HELD, David *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p.58.

Direitos Humanos e reivindicação da soberania nacional nos casos de intervenção humanitária.<sup>66</sup>

De acordo com Ernst-Otto Czempiel, enquanto elemento multidimensional do processo de globalização, o incremento da interdependência dos Estados pode permitir não apenas uma intervenção direta como uma intervenção indireta dos Estados numa panóplia crescente de situações, quer através da imposição de sanções económicas, quer através de incentivos. Assim, por um lado, o leque das intervenções legais aumentam e deixam de estar perentoriamente dependentes do mandato do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (CS-ONU)<sup>67</sup> e, por outro, a interdependência entre os Estados se agrava implicando uma limitação do desempenho efetivo e autónomo das suas funções de segurança e providência social, o autor defende uma gradual perda de significado do *princípio da não intervenção*, derivado direto do postulado da igualdade dos Estados (art.2, n.º1 da Carta das Nações Unidas) e frequentemente sublinhado pela jurisprudência internacional do TIJ<sup>68</sup>, determinando uma alteração fundamental da conceção de soberania.<sup>69</sup>

Por último, no contexto da supressão do entendimento tradicional da soberania, é ainda de especial importância considerar-se o aparecimento e o papel crescentemente decisivo de novos atores internacionais, quer das organizações internacionais governamentais, quer das não governamentais (ONG's), cuja proliferação se tem acentuado no século XX e cuja atuação tem sido determinante para a realização dos standards internacionais. Apesar do seu espaço de atuação ser limitado, sobretudo no que concerne à afirmação coercitiva dos standards acima referidos, porque, na sua maioria, não beneficiam de competência executiva própria (como as Instituições da ONU), dependendo o sucesso da sua atuação da realização de convenções internacionais, apelos morais e da pressão pública, as organizações internacionais

---

<sup>66</sup> Cf. *ibid.*, pp. 54 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 39., pp. 213 ss. e 359 ss. Vide igualmente FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 197 ss.

<sup>67</sup> Apenas estão dependentes daquele as intervenções de natureza militar.

<sup>68</sup> Nomeadamente no caso *Nicarágua vs. E.U.A.*, de 9 de Abril de 1984, o TIJ parece ter sido bastante claro ao afirmar que:

«[...] *the United States in recruiting, training, arming, equipping, financing, supplying and otherwise encouraging, supporting, aiding, and directing military and paramilitary actions in and against Nicaragua, has violated and is violating its express charter and treaty obligations [...] the United States, in breach of its obligation under general and customary international law, has violated and is violating the sovereignty of Nicaragua [...].*»

Vide TIJ, *Nicarágua vs. E.U.A.* (9 de Abril de 1984), p. 16, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=nus&case=70&k=66&p3=0>.

<sup>69</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 58 ss.; GEIGER, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht - mit Europarecht*, 5ª Edição, München, C. H. Beck, 2010, pp. 293 ss.

afetam a regulação e o controle do Estado sobre um determinado território e população. Dada a natureza avançada no que concerne à sua capacidade de imposição as instituições da União Europeia revelam-se de especial relevância, não restando dúvidas que a jurisprudência do TJUE, assim como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), são adequadas para impor restrições substanciais à soberania dos Estados.<sup>70</sup>

Em suma, no que concerne à soberania estritamente formal (“international legal sovereignty”) e considerando-se os novos processos de globalização, pode concluir-se que a soberania formal não sofre limitações significativas. No entanto, muito embora permaneça quase inteiramente intacta, os Estados têm celebrado Tratados com base naquela, fazendo-os depender de autoridades externas, o que afeta a soberania vestefaliana dos Estados, situação que se torna bastante visível no quadro da União Europeia e à luz da análise feita à problemática da proteção dos Direitos Humanos. De forma complementar, a proliferação de organizações internacionais traduz-se na ideia de que os Estados deixaram de ser os principais atores políticos no palco internacional, pelo que «[...] *sovereignty per se is no longer a straight-forward guarantee of international legitimacy*»<sup>71</sup>. No paradigma descrito, a globalização afeta, sem dúvida, a soberania dos Estados. No entanto, o seu grau varia consoante se diferencia entre as diferentes modalidades (ou tipos) de soberania, restando a dúvida: de que maneira a erosão da soberania acaba por influenciar a democracia territorialmente concebida?

### **1.1.2. A erosão da Ordem Vestefaliana e da soberania dos Estados como obstáculos fundamentais à realização da democracia territorialmente concebida**

O crescimento exponencial da interação entre os níveis local, nacional, regional e global, sobretudo no começo dos anos 90 do século passado, a perda da centralidade do Estado e o seu envolvimento num conjunto de “redes” de políticas públicas, que compreendem organismos governamentais, organizações não governamentais (ONG’s) e outros atores internacionais de natureza pública ou privada, cujo objetivo é solucionar os problemas que a atividade dos Estados deixou de desempenhar de forma suficiente, indicam que a globalização não é apenas um fenómeno económico, mas um conjunto de

---

<sup>70</sup>Cf. QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 29 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 54 ss.

<sup>71</sup> HELD, David *apud ibid.*, p. 64.

processos, igualmente políticos, sociais e culturais<sup>72</sup>, que vai muito além da simples interdependência entre Estados soberanos.<sup>73</sup>

Porque a decrescente capacidade dos Estados controlarem as fronteiras do seu território (“interdependence sovereignty”) resulta essencialmente da incongruência entre a extensão dos problemas e a capacidade para resolução dos mesmos e porque as decisões tomadas ou os desenvolvimentos ocorridos num determinado local do globo podem ter profundas repercussões ou uma variedade ampla de efeitos negativos em áreas bastante longínquas, tal significa, em relação à Democracia Liberal, que «[...]both the rightful scope of democratic political communities and the extent of reciprocal obligations, responsibilities, and rights can no longer be located exclusively at the level of nation alone»<sup>74</sup>. Na medida em que a capacidade de resolução dos problemas globais, derivado à sua natureza transcendente, não se encontra no quadro das competências dos governos dos Estados mas, a sua responsabilidade de salvaguarda do bem-estar dos cidadãos persiste, começa a questionar-se a aptidão dos Estados para fundamentarem comunidades políticas autónomas e autorreguladas.

Assim, o alastramento descontrolado dos efeitos da globalização económica, proporcionada pela criação de infraestruturas económicas globais e pelo desenvolvimento das telecomunicações e dos transportes, não só fomenta a proliferação dos efeitos das decisões dos principais decisores económicos para “além” fronteiras, pelo que uma decisão tomada por uma multinacional no hemisfério sul pode afetar o bem-estar social e económico de uma pequena comunidade situada no hemisfério norte do planeta, mas também afeta a capacidade de atuação dos Estados e influencia o défice público e a dívida externa daqueles –risco sistémico. Para além disso, como demonstrou

---

<sup>72</sup> Nas palavras de Vasco Pereira da Silva:

«A ecologia como problema da comunidade, ou como questão política, é uma realidade dos nossos dias. (...) remonta à crise do modelo do Estado Social ou de Providência, surgida no final dos anos 60 e cujos sintomas mais agudos foram sentidos nos anos 70, com a denominada crise do petróleo, que obrigou a uma tomada generalizada de consciência dos limites do crescimento económico e da esgotabilidade dos recursos naturais. Mas o surgimento da “questão ambiental” anda também associado, ou foi contemporâneo, de outros fenómenos de ordem política, social e cultural, designadamente o movimento de “Maio de 68”, a “revolução hippie” e a “doutrina” (verde-psicadélica) do “flower power”, o pacifismo e a filosofia da “não-violência”... ».

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde Cor de Direitos - Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, Janeiro 2005, p. 17.

<sup>73</sup> Cf. QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 29 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 29 ss. e 65 ss. CRUZ, Paulo Márcio, FERRER, Gabriel Real, *Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica*, em *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Acção Jean Monnet (Information and Research Activities), coordenado por Alessandra SILVEIRA, pp. 345 -370, Lisboa, Quid juris, 2010, pp. 351 ss.

<sup>74</sup> GOLDBLATT *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 66.

a crise Asiática de 1997 e a crise que abalou a economia dos EUA no início deste século (anos 2000-2002), com graves repercussões para a economia europeia<sup>75</sup>, «*financial difficulties faced by a single or several institutions in one country...have major knock-on effects on the rest of the global financial sector*»<sup>76,77</sup>

Mas, a globalização não é apenas responsável pela «*criação de cadeias globais respaldadas na associação conveniente de fatores de produção que transcendem os sistemas dos Estados nacionais*»<sup>78</sup>, como ainda pelo surgimento, desde a década de 60 do séc. XX, de uma série de catástrofes ecológicas<sup>79</sup> que, à semelhança do exposto para a globalização económica, afetam igualmente a autonomia dos Estados. Decisões soberanas tomadas no espaço nacional, sobretudo aquelas que dizem respeito às políticas de energia, do ambiente e de transporte, podem traduzir-se numa limitação sensível da autonomia de atuação de outros Estados<sup>80</sup>, pelo que, quer a globalização económica, quer as ameaças ecológicas globais, apresentam um problema à conceção tradicional da soberania e da democracia, na medida em que os seus efeitos não se manifestam exclusivamente ao nível nacional e porque revelam que a comunidade de destino é, nestes casos, mais ampla do que a comunidade política dos Estados-nação.<sup>81</sup>

Se «*[t]he operation of states in an ever more complex international system both limits their autonomy (in some spheres radically) and impinges increasingly upon their sovereignty*»<sup>82</sup>, a erosão da soberania não pode deixar de ter consequências para a teoria

---

<sup>75</sup> Saliente-se a este propósito que as três agências de *rating* (ou agências de classificação do risco de crédito) que representam cerca de 95% do negócio à escala mundial, o que constitui um verdadeiro monopólio, e que orientam a tomada de decisões do Banco Europeu de Investimento, do Banco Central Europeu (BCE) e dos maiores investidores institucionais dos EUA e da Europa, são privadas e americanas. Para além desse facto, a Moody's, a Standard and Poor's e a Fitch, são as únicas agências de *rating* acreditadas pelo BCE e o Banco Europeu de Investimentos.

Do meu ponto de vista, uma vez que pelo menos duas das agências de *rating* são maioritariamente controladas por poderosas sociedades financeiras e fundos de investimento, não pode ser aceitável que, agências tão grandes como as referidas e que certamente atuam em causa própria, possam ser competentes e acreditadas para analisar e avaliar Estados, ditando as opções dos governos. Parece claro que aqui houve um desvio democrático: os mercados passam a ditar a política. *Vide* AVELÃS NUNES, *op. cit.* nota 43., pp. 87 ss.

<sup>76</sup> HELD, David *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 67.

<sup>77</sup> *Cf. ibid.*, pp. 65 ss.; AVELÃS NUNES, *op. cit.* nota 43, pp. 29 ss.; M. FEITOSA, *op. cit.* nota 47, pp. 5 ss. *Vide* também FELDSTEIN, Martin, *The risk of Economic Crisis*, University of Chicago Press, Janeiro 1991, pp. 1 ss., disponível em <http://www.nber.org/chapters/c6228.pdf>; DONATH, CISMAŞ, *op. cit.* nota 51, pp. 27 ss.

<sup>78</sup> BONNANO, *op. cit.* nota 39, p. 64.

<sup>79</sup> A título de exemplo enumeram-se as seguintes catástrofes: Torrey Canyon (1967), Amoco Cadiz (1978), Seveso (1976), Bhopal (1984), Tchernobil (1986), Sandoz (1986) e Exxon Valdez (1989).

<sup>80</sup> *Cf. ibid.*, pp. 34 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 65 ss.

<sup>81</sup> *Cf. ibid.*, pp. 65 ss. *Vide* também BOHMAN, James, *Democracy across Borders: From Demos to Demoi*, Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology (MIT), 2007, pp. 1 ss.

<sup>82</sup> HELD, David *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 64.



e a prática democrática, na medida em que ambas pressupõem o Estado territorial «*as the highest unit of political loyalty, identity and democratic participation*»<sup>83</sup>. Quer a ligação histórica entre Democracia liberal e Estado soberano, quer a suposição geral da perentoriedade do vínculo entre Estado, território, nacionalidade, soberania, democracia e legitimidade, postuladas pela Teoria da Democracia, deixam antever que aquela transformação terá profundas consequências para a Democracia territorialmente concebida, na medida em que, no limite, o fruto e os desenvolvimentos múltiplos a que a globalização deu azo conduziram a uma “desnacionalização” dos Estados e das políticas públicas.<sup>84</sup>

Não só o aperfeiçoamento do processo de integração europeia como a crescente abertura dos Estados para participar em formas internacionais de cooperação e regulação realçam a urgência de constitucionalização da ordem jurídica internacional e a salvaguarda dos princípios democráticos alheios ao molde do Estado-nação. A proteção da Democracia enquanto forma legítima do governo é temática principal no contexto dos desenvolvimentos *supramencionados*, sobretudo o debate em torno da “Democracia e a Europa” que, desencadeado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, especialmente a partir da decisão sobre o Tratado de Maastricht, preocupa a opinião científica. No entanto, apesar de se imporem problemas variados à praticabilidade de um governo democraticamente configurado ao nível europeu, em última instância, a maioria dos trabalhos elaborados neste âmbito giram, afinal, em torno das questões relativas à soberania e à finalidade do Estado, dificultando o desenvolvimento de pontos de referência, diretrizes e características básicas para um entendimento democrático europeu.<sup>85</sup>

Assim, o principal desafio que a globalização lança à democracia territorialmente limitada reside no facto daquela quebrar a congruência entre o círculo dos que tomam a decisão e do conjunto dos que por ela serão afetados, pelo que, no decurso da globalização, os membros das comunidades democráticas serão crescentemente afetados pelas consequências das decisões alheias e frequentemente irão legitimar decisões cuja externalidade poderá representar dificuldades de realização

---

<sup>83</sup> MCGREW *apud ibid.*, p. 65.

<sup>84</sup> *ibid.*, pp. 64 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 29 ss.; DALARI, *op. cit.* nota 2, pp. 123 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 301 ss.; FERRO, *op. cit.* nota 24, pp. 126 ss.; BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 890 ss.

<sup>85</sup> ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 19 ss.

interna para outras comunidades<sup>86</sup>. Apesar «*The very essence of democracy is the “rule by people”*»<sup>87</sup> a verdade é que, «*constrained by global market forces and fronting problems wich, like ecological degradation, deny purely national resolution, the liberal democratic state ... has only limited control over forces wich shape its destiny*»<sup>88</sup>, pondo em causa a ideia de autorregulação coletiva das comunidades políticas nacionais, o que se traduz, para muitos autores, num défice democrático estrutural, na medida em que as comunidades de destino se “desnacionalizam” e passam igualmente a englobar esferas mais amplas de identificação, como as regionais, inter-regionais e globais, constituindo *overlapping communities of fate*.<sup>89</sup>

A realidade acima mencionada apresenta principalmente dois problemas do ponto de vista da Teoria democrática: por um lado, na medida em que o consentimento dos afetados (ainda) não pode ser assegurado através do procedimento democrático a nível internacional, o baixo grau de “legitimação prévia” (*input legitimacy*) da atuação das instituições internacionais representaria um défice democrático estrutural, o que, apesar da influência dos processos de globalização, não sucede no Estado-nação onde o grau de legitimação prévia ainda é relativamente elevado; por outro lado, a gradual perda de Autoridade e de capacidade de controlo (“domestic” e “interdependence sovereignty”) dos Estados, que se deve sobretudo à globalização económica, representa uma perda de “legitimação pelos resultados” (*output legitimacy*), afetando gravemente a integração política dos cidadãos, na medida em que os Estados se tornam incapazes de garantir a produção dos bens públicos, sem o aumento dos custos, e a redistribuição efetiva da riqueza, com a agravante da incapacidade dos Estados fornecerem bens públicos em forma de segurança pública afetar não só a *output legitimacy*, como ainda a *input legitimacy*, consoante o incremento da desigualdade e da desintegração social reduz o ensejo de participação política e a viabilidade do consentimento dos membros da comunidade.<sup>90</sup>

O debate sobre globalização e Democracia é único. Não só se questiona a autoridade do Estado, ao desafiar-se a ideia de que a democracia reside atualmente numa unidade viável, como desafia implicitamente o modelo de autorregulação que

---

<sup>86</sup> SHARPF *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p.72.

<sup>87</sup> MCGREW *apud* *ibid.*, p. 67.

<sup>88</sup> *id. loc.cit.*

<sup>89</sup> *Cf. ibid.*, pp. 65 ss.; BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 886 ss. e 891 ss.; CRICK, *op. cit.* nota 28, pp. 1 ss.; HELD, David, *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 80.

<sup>90</sup> *ibid.*, pp. 73 ss. *Vide* também QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 34 ss.

constitui a base democrática do Estado Constitucional, de modo que a complexidade social e a interdependência não afetam apenas o ideal de justiça (John Rawls, Amartya Sen), mas também a capacidade do *demos* exercer o controlo sobre os processos sociais. É nesta medida que a globalização afronta as instituições democráticas e a sua assunção de congruência entre governantes (*decision-makers*) e governados (*decision-takers*), numa comunidade política territorialmente delimitada.<sup>91</sup>

Assim, apesar das democracias corresponderem historicamente a uma forte interdependência numa variedade de formas e sendo natural que tentem exercer o controlo no sentido da limitação da complexidade e da extensão global das interações sociais, políticas e económicas, reforçando as suas fronteiras e consequentemente tentem incrementar o aumento do poder centralizado, uma tal resposta não pode, todavia, ser tida como efetiva nos dias que correm, na medida em que os poderes centrais do Estado são progressivamente desnacionalizados e delegados a uma multiplicidade de regimes e instituições, pelo que a questão principal não é um real ou suposto défice democrático, mas o critério democrático em si. Por outras palavras, a principal tarefa não consiste em questionar como seria um governo transnacional para ser totalmente democrático, mas passa por determinar de que forma o governo transnacional pode ser adequadamente democrático tendo em conta o tipo de entidade em que assenta.<sup>92</sup>

Desta forma, na medida em que, do ponto de vista interno, os Estados se tornam cada vez mais plurais (caraterizando-se por sentimentos nacionais diferenciados, uma complexidade institucional crescente e uma organização variada a diferentes níveis que partilham os mesmos poderes e competências), as condições institucionais que permitem aos cidadãos ser livres já não podem ser satisfeitas no molde do Estado-nação, mas apenas pela segmentação do governo democrático numa multiplicidade de unidades de dimensões variadas. A verificação de novos fatos sociais exige, portanto, um novo entendimento normativo e concetual de Democracia e da sua geografia política.<sup>93</sup>

Assim, apesar de a Democracia ser um ideal de autodeterminação, no qual os termos e limites da democracia são estabelecidos pelos cidadãos, tal não significa que aquela requeira a conceção mais específica de autodeterminação que tem alimentado a

---

<sup>91</sup> BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 6 ss.; SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 426 ss.

<sup>92</sup> *Cf. id. loc. cit.*

<sup>93</sup> *Cf. id.*

teoria democrática desde o séc. XVIII – autorregulação da comunidade política territorialmente delimitada – que, aliás, está na base das dificuldades que a Democracia atualmente enfrenta, na medida em que «*Democratic institutions cannot produce more democracy by “introducing more machinery of the same kind as that which already exists”*»<sup>94, 95</sup>.

As democracias sempre foram ajustáveis. O atual entendimento democrático predominante que postula a participação democrática de todos os cidadãos maiores na *res publica* é fruto da luta política pelos direitos civis e políticos dos súbditos contra a arbitrariedade do príncipe e da luta pela soberania do povo, realizada através do direito de sufrágio e outros direitos políticos. Também é de conhecimento geral que o sufrágio universal e igual nas democracias europeias e norte americanas se desenvolveram e afirmaram em etapas sucessivas, tendo-se gradualmente alargado o círculo dos eleitores, primeiro aos cidadãos não proprietários do sexo masculino, depois às mulheres e mais tarde aos cidadãos mais jovens. Por último, depois da decisão de atribuição do direito de liberdade de circulação reconhecido a todos os cidadãos dos Estados membros da União Europeia, pode dizer-se que o estágio mais recente dos desenvolvimentos *supramencionados* representa a consagração do “direito de eleger e ser eleito nas eleições municipais”- art.40º Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e art.20º, n.º 2, al. b) Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) - no local de residência, independentemente da nacionalidade, desde a instituição da Cidadania da União.<sup>96</sup>

Na medida em que a liberdade, analisada com base no princípio da autonomia, depende do estatuto social e político dos seus detentores pelo que, o estatuto de cidadão envolve a capacidade de impor a não dominação “dos outros”, o reconhecimento pelos membros das comunidades democráticas da legitimidade de participação “dos outros” na vida política, pode constituir uma iniciativa fundamental no sentido de mais democratização (*communicative freedom*). De acordo com Held, a consideração do princípio da autonomia, segundo o qual

---

<sup>94</sup> BOHMAN, *op. cit.* nota 81, p. 4.

<sup>95</sup> Cf. *ibid.*, pp. 6 ss.

<sup>96</sup> Cf. MEYER, Berthold, *Die gesellschaftliche Integration von Zuwanderern braucht politische Partizipation - Eine Einführung.*, em *Intergration durch Partizipation : «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, Vol. 35, de Christian BÜTTNER e Berthold MEYER, pp. 9-31, Frankfurt/New York, Campus Verlag, 2001, pp.14 ss.

*[...] individuals should be free and equal in the determination of the conditions of their own lives; that is, they should enjoy equal rights (and, accordingly, equal obligations) in the specification of the frameworks which generates and limits the opportunities available to them, so long as they do not deploy this framework to negate the rights of others*<sup>97</sup>,

será o ponto de partida para a conceção de uma ordem política normativamente desejável, prevendo a possibilidade de constituição de legitimidade democrática fora do molde do Estado-nação, se bem que autores como Dieter Grimm e Ernst-Wolfgang Böckenförde neguem uma tal possibilidade pela inexistência de um *demos* ao qual caberia realizar a democracia, considerando-a como genuína apenas no contexto do Estado-nação soberano.<sup>98</sup>

Porém,

é precisamente a “União Europeia” que, sobretudo desde o Tratado de Maastricht, torna arcaico o esquema conceitual do Estado que se revela incapaz de fornecer compreensões juridicamente adequadas aos problemas do [sic] um novo fenótipo organizativo [...], aos problemas da aplicação preferente de normas de ordenamentos jurídicos diferentes, da interconstitucionalidade, do grau mais elevado de protecção de direitos fundamentais, etc<sup>99</sup>.

O Constitucionalismo na União Europeia, quer suceda ou não na expansão do seu alcance, fornece o melhor exemplo de uma ordem reflexiva, democrática e transnacional que, a fim de ser bem sucedida, necessita ir além da conceção jurídica atual dos direitos de participação política, ou seja, em direção da adoção de uma conceção política que vê aqueles direitos como direitos de participação na comunidade política humana. Deste modo, como o termo transnacional sugere, os Estados continuarão a ter um papel determinante na vida política do governo transnacional (*multilevel constitutionalism*), contudo deixarão de constituir a principal forma de organização democrática, pelo que passarão a fundar não mais do que um *dêmoi* e um dos sistemas políticos organizados no interior da comunidade política humana. O Estado torna-se uma categoria a que cada vez menos se pode recorrer para resolver

---

<sup>97</sup> HELD *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 34.

<sup>98</sup> *Cf. ibid.*, pp. 30 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81., pp. 6 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 36 ss.

<sup>99</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, p. 231 e ss.

problemas jurídico-constitucionais e jurídico-políticos, em termos diretos e imediatos, porém, ele ainda pode servir como conceito de enquadramento de esquemas políticos.<sup>100</sup>

Em suma, conforme o poder de decisão deixa de ser «exclusivamente distribuído de acordo com as linhas de fronteira entre Estados soberanos, que não conseguem já “dividir” significativamente entre sistemas sociais, económicos e culturais»<sup>101</sup>, as *overlapping communities of fate*, que se foram constituindo no decurso da globalização, tornam a conceção moderna da comunidade democrática problemática:

*Allmost all conventional accounts of democracy conceive the political community, or the people, which exercises the right to self-governance as synonymous with the nation – the ‘national community of fate’. [...] But in the context of intense global and regional interconnecteness, the very idea of political community as an exclusive territorially limited unit is at best unconvincing and at worst anachronistic<sup>102</sup>*

## PARTE II

### 1. O problema da legitimação da coordenação internacional ou a problemática dos défices democráticos do constitucionalismo global: o défice estrutural da UE

Na medida em que os complexos processos de globalização foram responsáveis quer pela gradual perda das capacidades reguladoras dos Estados, quer pela alteração da natureza e da dinâmica dos sistemas políticos nacionais, deixando de ser possível reconduzir o alcance das decisões políticas e os processos de decisão ao Estado territorialmente delimitado, a Democracia (liberal) territorialmente concebida e a Constituição, como parâmetro de controlo do poder, encontram-se em profunda crise. Com o reforço das instâncias internacionais no contexto do pós-guerra, o triunfo do modelo de constituição liberal e o desenvolvimento da “nova ordem (económica) global”, a Constituição, que caracteriza a identidade nacional, perde paulatinamente a

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 230 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 6 ss.; HABERMAS, Jürgen. “Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas.”, in *ZaöRV*, 72 (2012), pp. 1-44, pp. 9 ss., disponível em <http://www.zaoerv.de/>; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 36 ss.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>102</sup> MCGREW *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 80.

sua ligação à comunidade, revelando-se incapaz de se adaptar às realidades que se desenvolvem à sua margem (*provincianismo constitucional* de Ackerman)<sup>103,104</sup>

Com a “crise do constitucionalismo”, a Constituição, concebida para agregar uma comunidade-nação sob um projeto político, é confrontada com o problema da colisão entre ordenamentos jurídicos, perdendo gradualmente a sua força e o seu estatuto de lei fundamental, porque a Constituição, «sobranceira na sua posição, dá-se mal com a perda do *território* e de *funções soberanas*. A supranacionalização e a internacionalização do direito com as liberdades globalitárias – liberdade de pessoas, liberdade de mercadorias [sic] liberdade de serviços, liberdade de capitais – esvaziam o Estado e a sua Constituição [...]»<sup>105</sup> e, concomitantemente, põem em causa a Democracia territorialmente concebida.<sup>106</sup>

Tendo em conta os dados apresentados, aliados ao facto de a doutrina e a jurisprudência, em virtude da praxis, da conveniência profissional e do esforço pela observância das leis, verem a sua tarefa como expositiva, representativa, organizadora e cultora da estrutura das ordens legais internas, que são o objeto do seu estudo, não admira, na medida em que a doutrina constitucional irá adotar com mais frequência e como parâmetros do seu estudo o Estado soberano e a soberania, que ela sinta uma grande dificuldade em adaptar os princípios tradicionais da democracia constitucional – legitimação, representação, responsabilidade e controlo - (ancorados no poder político do Estado) às novas estruturas de poder que resultam da formação de sociedades *supraestaduais* e que assentam em relações económicas, militares, culturais e políticas globais, complexas e dinâmicas, pelo que as suas soluções sejam sempre mais tendentes a fornecer o melhor sentido e a melhor defesa da resistente fundamentação soberana das conceções legais internas e dos ordenamentos constitucionais, que têm como consequência a atribuição do estatuto de “autoridade delegada” a todo o sistema da União Europeia (UE).<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup>Amartya Sen adverte precisamente do “paroquialismo”, defendendo uma noção flexível de proximidade. *Vide* SEN, *op. cit.* nota 91, pp. 527 ss.

<sup>104</sup> SILVA, *op. cit.* nota 27, pp. 9 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 107 ss.; POIARES MADURO, Miguel, “O superavit democrático europeu.”, *Análise social*, vol. XXXVI (158-159), 2001, pp. 119-152, pp. 119 ss.

<sup>105</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, p. 219.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 215 ss.; SILVA, *op. cit.* nota 27, pp. 9 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 119 ss.

<sup>107</sup>; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15., pp. 281 ss.; KJAER, Poul F., *Between Governing and Governance: On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation.*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2010, pp. 7 ss.; WALKER, *op. cit.* nota 8, pp. 10 ss.

Em termos do Direito Constitucional, a globalização significa, por isso, a repartição da autoridade política, deixando de se encontrar exclusivamente representada pelo Estado central, assistindo-se a um processo de “desagregação” ou “fragmentação” do Estado em favor de diversos grupos e organizações, recorrentemente designado por “governo e/ou governança multi-nível”. Ora, tal circunstância, aliada ao facto de os titulares clássicos das decisões políticas nem sempre coincidirem (se é que alguma vez coincidiram) com as pessoas afetadas por essas decisões e às quais pode nem ser atribuído qualquer direito de participação nas atividades legitimadoras do poder político, constitui um sério problema para a Teoria clássica da democracia que parte da centralidade do Estado e que tem subjacente a ideia de identidade entre governantes e governados. Por isso, é precisamente pela falta do reconhecimento do carácter *sui generis* da UE e pelo foco comum dirigido ao papel do Estado na sociedade pela maioria das contribuições do debate doutrinário sobre a “governança” que são abordados os chamados *défices democráticos* do constitucionalismo global.<sup>108</sup>

Assim, desde cedo, a UE (antiga Comunidade) é confrontada com a existência de um défice democrático e com a necessidade de reforçar a sua legitimidade democrática, crítica que se dirige sobretudo à sua estrutura organizacional, acusando-a de atribuir uma carga demasiado excessiva ao poder executivo (défice parlamentar), o que para muitos autores determina uma contradição ao princípio da separação de poderes e ao postulado da responsabilidade pelas decisões políticas perante o eleitorado. Mas, à parte daquele défice institucional ou estrutural, a União é ainda confrontada com um “défice democrático social” (*gesellschaftliches Demokratiedefizit*), caracterizado pela falta de identificação dos cidadãos com a União, que se exterioriza no interesse reduzido dos cidadãos no projeto europeu, no fraco desenvolvimento de um sistema partidário europeu, na falta de um discurso político europeu conjunto e na inexistência de uma determinada homogeneidade social, condição tida como fundamental para a constituição das estruturas democráticas. Daí que, atendendo à conceção clássica de Democracia e tendo em conta as suas premissas, facilmente será posta em causa uma realização do princípio democrático a nível supraestadual, principalmente quando a homogeneidade nacional for concebida como condição da democracia, como sucedeu nas Decisões de Maastricht e sobre o Tratado de Lisboa proferidas, respetivamente, a 12 de Outubro de

---

<sup>108</sup> *id. loc. cit.*; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 281 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 30 ss.



1993 (BVerfGE 89, 155(188)) e a 30 de Junho de 2009(BVerfGE 123, 267), pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA).<sup>109</sup>

Mas, a homogeneidade social apenas é corolário democrático conforme foi implicitamente introduzida como axioma básico do princípio democrático e na medida em que é pressuposta enquanto elemento do Estado. Os tópicos retóricos da argumentação que conduzem aos défices democráticos do constitucionalismo global reconduzem-se a uma ordenação lógica, sequencial e silogística de natureza funcional, fundamental e processual, que têm como base o recurso a ideais teóricos desenvolvidos à luz do processo de formação dos Estados-nação no início da modernidade (sécs. XVIII e XIX), e que constituem o reflexo de um determinado entendimento normativo e juridicamente fixado de democracia, cuja preocupação central consistia em encontrar uma forma, segundo a qual, seria permitido alcançar a integração racional da sociedade no contexto da sua crescente diferenciação funcional<sup>110, 111</sup>

Assim, segundo a ideia de *povo do Estado*, o princípio democrático e a *estadualidade* encontram-se necessariamente imbricados (articulação funcional), o que significa que qualquer “destadualização” equivale necessariamente à “desdemocratização” e concomitantemente ao “governo de leis” não emanadas pelo povo, *rectius* a um défice democrático. À semelhança da articulação funcional, a combinação fundamental dos binómios Estado/Poder constituinte e Povo/Poder constituinte efetuada na teoria clássica do poder constituinte, e que traduz a ideia de que o poder constituinte apenas pode alicerçar-se no voto do povo do Estado, reduz a concretização do princípio democrático ao Estado-nação ao identificar *ethos* (povo) e *demos* (poder constituinte democrático). O entrelaçamento processual entre Estado/Democracia pretende, por seu turno, salientar que a “desestatalização” conduz à desvalorização da lei como forma e instrumento central da atuação do Estado de direito

---

<sup>109</sup> Cf. CALLIESS, Christian, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 163 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 73 ss. Decisões disponíveis respetivamente em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html> e [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html).

<sup>110</sup> Assim, por exemplo, Hegel, o modernista clássico por excelência, argumentava a favor da contenção da sociedade funcionalmente diferenciada nos limites do Estado-nação territorialmente delimitado com o objetivo de limitar dos efeitos adversos daquela. Nomeadamente o problema exclusão social deveria ser resolvido através de um sistema de corporativismo estratificado capaz de estabilizar as relações entre as classes sociais. Cf. *id. loc. cit.* e pp. 18 ss.; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 14 ss. Vide também QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 37 ss.

<sup>111</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 232 ss.; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp.3 ss. e 14 ss.; BERTHOLD, Rittberger, *Building Europe's Parliament: Democratic Representation Beyond the Nation-State*, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 28 ss.

democrático, na medida em que aquela reduz a competência legislativa dos parlamentos nacionais e contribui para um défice democrático.<sup>112</sup>

No entanto os corolários lógicos da concatenação funcional entre Estado, Democracia e povo são discutíveis, porque faz depender a Democracia de condições funcionais extrajurídicas culturais e sociopolíticas para delas retirar ilações jurídico-normativas, que constituem meros diagnósticos empíricos, e o reflexo de um determinado entendimento normativo e juridicamente fixado de democracia. As ilações retiradas da articulação funcional não são menos insatisfatórias e constituem igualmente reflexo do entendimento democrático predominante que assenta na centralidade do Estado.<sup>113</sup>

Porém, o entendimento que predomina no debate democrático e constitucional não deixa de produzir os seus efeitos sobre a União Europeia. Assim, o *défice democrático* da política transnacional resultaria precisamente do facto de esta derivar quase exclusivamente de negociações multilaterais complexas, cujos resultados não podem ser determinados separadamente, e cujo procedimento não possibilita a responsabilidade política isolada dos seus intervenientes. Além disso, a doutrina do défice democrático afirma ainda em duas direcções: por um lado, reconhecendo que a legitimidade da União Europeia é principalmente mediada pelos Estados membros, aquela torna problemática quaisquer transferências adicionais de competência dos Estados para a UE, na medida em que aquelas transferências resultariam numa redução continuada dos poderes dos parlamentos nacionais e, concomitantemente, na redução da legitimidade da UE, na medida em que, devido ao seu défice de *input*-legitimidade, os resultados da sua atuação necessitam de ser justificados perante as comunidades políticas nacionais; e, por outro lado, ainda que numa formulação mais integracionista e reconhecendo o Parlamento Europeu (PE) como ator político central da política europeia, adverte para a necessidade de se observar o catálogo das competências do PE de forma crítica.<sup>114</sup>

Por último, o défice democrático resultaria ainda da falta de politização das decisões da União, politização essa que não tem vindo a acompanhar a crescente importância que o papel da UE desenvolveu na política nacional nos últimos anos. O

---

<sup>112</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 232 ss.

<sup>113</sup> Cf. *ibid.*, pp. 232 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 48 ss.

<sup>114</sup> Cf. KADELBACH, Stefan, *Einleitung*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, Vol. 12, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 9-19, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 9.ss.

défice democrático Europeu dependeria fundamentalmente da natureza do processo eleitoral aplicável às eleições para o PE e da escassa competição partidária a nível Europeu.<sup>115</sup>

De facto, infelizmente e apesar de os cidadãos facultarem de dois canais de participação democrática cumulativos através dos quais podem influenciar a configuração política da União, o primeiro constituído pelas eleições nacionais, onde os cidadãos podem influenciar o rumo que a integração europeia deve seguir, constituindo matéria intergovernamental; e o segundo constituído pelas eleições europeias, onde os cidadãos podem influenciar a configuração política da União, nos domínios em que sucedeu a transferência de competências para o PE, a União poderá sofrer dum défice democrático, na medida em que os temas políticos nacionais dominam o discurso político nacional e as eleições para o PE, as mais importantes, assumem uma natureza secundária (*Second-order Elections*), resumindo-se a meros concursos eleitorais nacionais disputados pelos partidos políticos domésticos. No entanto, e em bom rigor, o défice democrático que resulta da situação exposta poderia ser atenuado por meio da preparação ou instrução das instituições que exercem influência sobre o *input* do processo político. Tendo-se procedido deste modo, a não ratificação do Tratado que constitui uma Constituição para a União Europeia talvez pudesse ter sido evitada. Aliás, a ironia do processo consistiu precisamente a rejeição categórica pelo público do texto normativo que viria reforçar a função democrática do mesmo, através da consagração de direitos de participação de longo alcance ao PE<sup>116, 117</sup>.

Não obstante, deve considerar-se que nas últimas duas décadas, as assimetrias entre as dimensões legal e política do sistema da União têm sido reduzidas através de sucessivos desenvolvimentos institucionais no domínio político da UE, como a extensão do voto maioritário, o alargamento das competências do PE - através do processo de codecisão - e a transformação do Conselho no principal corpo político do sistema

---

<sup>115</sup> Cf. SCHÄFER, Armin, “Die demokratische Grenze output-orientierter Legitimation.”, in *Integration*, n.º 3 (2006), pp. 187-200, pp. 190 ss., disponível em [http://www.iep-berlin.de/fileadmin/website/09\\_Publikationen/integration\\_2006/schaefer.pdf](http://www.iep-berlin.de/fileadmin/website/09_Publikationen/integration_2006/schaefer.pdf); BERTHOLD, *op. cit.* nota 111, pp. 28 ss.;

<sup>116</sup> Segundo Ludger Kühnhard: «A vontade popular impôs-se na França e nos Países Baixos, no entanto, ela é incoerente e em si extremamente contraditória. Os receios por ela entoados devem-se sobretudo a uma direção fraca da política nacional ao longo dos últimos anos [...]». Tradução minha. KÜHNHARD, Ludger *apud* KALINA, Ondrej, *Ein Kontinent- eine Nation?: Prolegomena zur Bildung eines supranationalen Demos in Rahmen der EU*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, p.115.

<sup>117</sup> Cf. *ibid.*, pp. 113 ss.; SCHÄFER, *op. cit.* nota 115, pp. 190 ss.; BERTHOLD, *op. cit.* nota 115, pp. 28 ss.;

européu, desenvolvimentos que foram suportados por uma expansão continuada das áreas políticas de intervenção da UE e que têm vindo enfraquecer a conceção da União como governança meramente económica. A “constituição europeia” pode traduzir-se na promoção e extensão dos ideais constitucionais para além das fronteiras artificialmente impostas pelo constitucionalismo nacional.<sup>118</sup>

Mas, apesar das dimensões nacional e europeia terem alcançado um grau sustentável de hierarquização (*semi-hierarchisation*), há quem alerte para um risco crescente do conflito entre as ordens jurídicas nacionais e europeia porque, em nenhum dos casos se conseguiu alcançar o passo final e decisivo da hierarquização: o TJUE permanece sem *kompetenz-kompetenz* e os Estados membros continuam os “guardiões do Tratado”. Para ambas, constituições nacionais e constituição europeia, os respetivos ordenamentos jurídicos assumem, na lógica interna, o lugar mais alto na hierarquia das fontes de direito. Todavia, contrariamente às teorias intergovernamentais, a estrutura europeia deve ser observada como fenómeno de direito próprio, motivo pelo qual a UE não pode ser adequadamente interpretada pelo simples facto de lhe serem apostos conceitos desenvolvidos no contexto do Estado-nação. Aliás, o intergovernamentalismo nunca foi capaz de explicar a dinâmica do processo de integração da UE, pelo que «*intergovernmentalist thus appear to represent the most naive branch of EU studies, as they seem to have total faith in the ability of the MS to effectively control the internal dynamics of the integration and constitutionalisation processes via the signing of a treaty*»<sup>119</sup>. Consequentemente, as estruturas doutrinárias existentes atuam como barreiras que previnem um desenvolvimento efetivo de uma doutrina democrática da União.<sup>120</sup>

É precisamente a dificuldade de adaptação dos princípios democráticos às novas realidades supraestaduais que origina os défices democráticos, pelo que, retratados de forma objetiva, não existe motivo para constatá-los. Na verdade, nem nos Estados constitucionais democráticos, é possível uma alternância de tal modo perfeita como teorizada pelos revolucionários do século XVIII. Assim, ainda que possa aduzir-se a unidade enquanto regra fundamental que preside ao povo e, concomitantemente, a universalidade e a igualdade de direitos e deveres daqueles que o constituem, não se poderá determinar, historicamente<sup>121</sup>, que essa unidade acarrete, por si só, a igualdade

---

<sup>118</sup> Cf. POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, p. 120; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 3 ss.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>120</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 3 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 122 ss.

<sup>121</sup> O Estado constitucional, representativo ou de Direito, por exemplo, apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais, revelou-se um Estado liberal e *burguês* (séc. XIX), imbricado

de participação no exercício do poder político, pelo que os titulares das decisões políticas nem sempre são a totalidade das pessoas afetadas pelas decisões.<sup>122</sup>

Em conformidade com o exposto, nenhum sistema político, por mais democrático que seja, poderá suprimir a distinção entre governantes e governados, apenas podendo mitigá-la ou reordena-la de forma mais harmónica com os princípios por ele postulados porque, entidades soberanas, sejam elas não-estaduais ou estaduais, são bastante mais do que a súmula dos seus antecessores e transcendem, por isso, a condição da sua formação. Por isso, o entendimento formal predominante de democracia acompanhado das exigências e das expectativas idealizadas impostas ao funcionamento da governança europeia, redundam na formulação de reivindicações que nenhum sistema político, quer nacional, quer transnacional, pode satisfazer. Aliás, a diferenciação social, que se caracteriza por uma crescente pluralidade dos projetos e estilos de vida, protegida pelo Estado de Direito Democrático através da autonomia privada, e a crescente complexidade e tecnicidade das matérias reguladas parecem não permitir (se alguma vez o permitiram), quer a nível supraestadual, quer a nível estadual, o desenvolvimento de soluções políticas para a resolução dos conflitos sociais exclusivamente através da forma ideal clássica do debate parlamentar. Para o seu governo e coordenação política, as sociedades complexas precisam de estruturas e instituições cada vez mais complexas, o que, no entanto, não significa que o Parlamento deixe de constituir o “centro democrático”: pelo menos formalmente, permanecerá a instância deliberativa central nos Estados democráticos constitucionais.<sup>123</sup>

Assim, apesar de não assentarem numa legitimação democrática maioritária, os sistemas de negociação internacionais não são ilegítimos. Tendo em conta que a Teoria clássica da democracia faz depender a democracia de uma determinada homogeneidade do povo, precisamente por imperativo da aplicação da regra de decisão maioritária, é

---

nos valores e interesses da burguesia, figurando-se um Estado elitista que, apesar da proclamação formal dos princípios democráticos, não se esforçou em cumpri-los na sua totalidade e universalidade, o que se refletiu, sobretudo, no regime do sufrágio censitário. Assim, procedia-se à distinção entre *cidadãos ativos* e *cidadãos passivos*, o que, aliás, decorre de todas as constituições liberais, e que se traduzia na negação da participação no Poder a todos os que não tinham independência económica, restrição que incluía a generalidade dos trabalhadores por conta alheia, os jovens e as mulheres, pelo que o conceito de cidadania viria a traduzir apenas a novidade, assenta na ideia de *sociedade aberta*, de que o Estado deveria possibilitar a qualquer indivíduo ascender da condição passiva à condição ativa de cidadania, o que a distinguiu do conceito tradicional de súbdito. Cf. MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 62 ss; MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 29 ss.

<sup>122</sup> *id. loc. cit.*; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 104 ss.

<sup>123</sup> *ibid.*, pp. 107 ss.; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15., pp. 281 ss; MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 267 ss; MOREIRA, *op. cit.* nota 2, pp. 29 ss; WALKER, *op. cit.* nota 8, pp. 19 ss.; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 14 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 44 ss.

natural que alguns dos défices analisados se devam à adoção de conceções radicais e míopes de democracia. Na verdade, a política transnacional tem uma legitimidade e efetividade própria (*Two-Level-Game*), sendo a sua legitimidade democrática indireta, situação que não difere muito daquela de muitas instituições nacionais como os tribunais e, em particular, os tribunais constitucionais, cujas bases democráticas são igualmente indiretas.<sup>124</sup>

A constatação acima realizada mostra-se particularmente relevante no quadro da União Europeia, onde o discurso democrático europeu aponta para uma estrutura dualista de legitimação. Ao tomar a UE como uma associação de Estados (*Staatenverbund*) e uma associação constitucional (*Verfassungsverbund*) – Ingolf Pernice –, na qual as ordens jurídicas constitucionais europeia e nacionais se encontram interligadas, se influenciam e complementam mutuamente, será possível atribuir-se uma configuração específica ao princípio democrático, baseado numa forma dualista de legitimação: por um lado através do Parlamento Europeu, perante o qual a Comissão Europeia é, até um determinado grau, politicamente responsável; e, por outro, através do Conselho e do Conselho Europeu, como representantes dos povos enquanto “macro-sujeitos”, por mediação dos Parlamentos nacionais. A realização do princípio democrático europeu, pela via mencionada, ou seja, indiretamente através do plano nacional, não exige, portanto, uma legitimação direta ou de um *input* participativo, mas exige a sua combinação com um constitucionalismo sólido, que se espelhe no postulado da separação dos poderes e do Estado de Direito.<sup>125</sup>

Por outro lado, a transferência de competências para atores políticos não maioritários justifica-se pelo melhor desempenho das funções distributiva, estabilizadora e reguladora por aqueles sistemas (Andrew Moravcsik e Giandomenico Majone), conforme compensam o fracasso político dos Estados e resolvem os problemas que já não podem ser resolvidos de forma efetiva nos moldes do Estado-nação. Ao desempenhar uma função reguladora inigualável, à parte das funções

---

<sup>124</sup> *ibid.*, pp. 43 ss. e 73 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 92 ss.; SCHARPF *apud ibid.*, p. 92 e p. 97.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 103 ss.; TÖLLER, Annette Elisabeth, *Die Rolle der nationalen Parlamente im europäischen Rechtsetzungsprozess. Probleme und Potentiale des Ländervergleich*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, Vol. 12, de Stefan KADELBACH, pp. 75-115, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 75 ss.; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 1 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 39 ss.

<sup>125</sup> *id. loc. cit.*, pp. 39 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 103 ss. e 143 ss.; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 164 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 114., pp. 9 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 28 ss.; SCHÄFER, *op. cit.* nota 115, pp. 190 ss.

distributivas e estabilizadoras, a União goza ainda de *output legitimacy* ou legitimidade pelos resultados.

Apesar de Majone defender que o potencial das instituições da UE na produção de políticas eficientes é depauperado pelas reformas que visam torná-las mais democráticas e que a *output legitimacy* reforçada diminui a exigência de uma legitimidade previamente orientada (*input legitimacy*), na medida em que os poderes de tomada de decisão foram transferidos de forma completa à União, estabelecendo-se uma relação fiduciária („fiduciary relation“) entre União e Estados membros, nada impede que tais aproximações não possam ser harmoniosamente coordenadas com teorias de legitimação prévia, até porque, a eficiência da *output legitimacy* depende de decisão democrática prévia sobre a política a adotar.<sup>126</sup>

Com efeito entende-se que, antes de se verificar um *défice democrático*, trata-se de um problema de *perda de poder* dos Estados, na medida em que não estão em condições de exercer o governo sobre as relações transnacionais (empresas multinacionais, organizações não governamentais, mobilidade e interação dos indivíduos). Embora possa admitir-se que a impotência do governo democraticamente legitimado acarrete, de algum modo e como consequência necessária, o enfraquecimento do princípio democrático, aos Estados compete a iniciativa do preenchimento daquela lacuna, porque, de forma mais ou menos voluntária, contribuíram para essa *perda de poder*<sup>127</sup>. Nas condições atuais da globalização, tal significa que a *praxis* democrática deve ser ancorada e reforçada nas instituições e estruturas deliberativas quer a nível regional, quer a nível supranacional, para que aquelas também possam sustentar a Democracia nas comunidades políticas nacionais, em vez de colocá-la em risco.<sup>128</sup>

Em suma, a operacionalidade dos argumentos opostos à “governança europeia” não convencem. Para o efeito podem ser invocadas pelo menos três razões: primeiro, a teoria clássica da democracia é orientada para o passado, o que tem como consequência a exclusão de qualquer modelo democrático que não seja conhecido pela *praxis* recorrente; segundo, na medida em que centra a sua avaliação no *status quo*, esperando encontrar uma realidade perfeitamente democrática e completamente desenvolvida,

---

<sup>126</sup> *id. loc. cit.*, pp. 190 ss.; BERTHOLD, *op. cit.* nota 111, pp. 28 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 143 ss.

<sup>127</sup> A União Europeia foi criada por Estados, tendo sido estes mesmo que lhe atribuíram poderes e lhe fixaram as diretrizes.

<sup>128</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 281 ss.; SCHWERT, *op. cit.* nota 3., pp. 107 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 31 ss.

impossibilita o reconhecimento de legitimidade a qualquer sistema democrático no *status nascendi*, o que torna a teoria clássica numa teoria estática, pois, em contraposição ao modelo clássico, o reconhecimento da comunidade política depende de um determinado período de tempo para que a aquiescência dos seus cidadãos possa concretizar-se numa realidade democraticamente legitimada; terceiro, a Teoria clássica da democracia, faz depender a qualidade democrática de critérios meramente formais.<sup>129</sup>

Do exposto entende-se que o dilema democrático reside principalmente no facto de o princípio democrático ter necessidade de se articular com várias exigências legitimadoras quanto aos sujeitos, objetos e procedimentos, reconduzindo-se fundamentalmente ao “*no-demos problem*”, ou seja, «os problemas do constitucionalismo europeu são simples reflexos dos limites do constitucionalismo nacional há muito ignorados»<sup>130</sup>. Mas, em vez de procurar entender os desafios constitucionais da internacionalização, da globalização e da regionalização, e de procurar uma resposta adequada àquelas realidades, insiste num modelo estático capaz de pôr em causa o próprio constitucionalismo. Aliás, o postulado normativo do poder constituinte do povo assenta em pressupostos empíricos tão pouco claros que se justifica, por si só, questionar a necessidade da pré-existência de uma identidade coletiva ou *pouvoir constituant* europeu como requisito da qualidade constitucional dos Tratados Europeus.<sup>131</sup>

Na medida em que o exercício da soberania se internacionaliza e o campo de atuação dos Estados se reduz gradualmente, também a realidade constitucional se internacionaliza, o que significa a necessidade de se ultrapassar concepções democráticas e de Estado de Direito próximas da sua génese. Além disso, a democracia faz parte do elenco dos conceitos mais indeterminados possíveis, isto é, cujo significado pode variar até de forma antagónica, pelo que é questionável se democracia realmente pode constituir (se alguma vez constitui) qualquer coisa como *poder soberano do povo*. Aliás, o princípio democrático contém em si um mandado de otimização que visa o esgotamento de todas as modalidades de participação, pelo que a democracia apenas

---

<sup>129</sup> Cf. KALINA, *op. cit.* nota 116, pp.107 ss.

<sup>130</sup> POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, p. 120.

<sup>131</sup> *ibid.*, pp. 127 ss.; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 281 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp.43 ss.



pode persistir enquanto for composta por sucessivas “democratizações”, portanto, enquanto permanecer ativa.<sup>132</sup>

A imposição do princípio da legitimidade contra a falta de racionalidade dos demais regimes não significa que se tenha chegado ao «fim da história». A Democracia concebida no contexto do Estado-nação também comportou avanços e recuos, saltos e sobressaltos. Tal como muitas das atuais democracias revelam evidentes imperfeições e sinais de perturbação e perplexidade, como a quebra do sentido de participação cívica e o afastamento em relação aos governantes, a sujeição do contraditório parlamentar ao imediatismo da comunicação audiovisual, as tendências oligárquicas e os défices de democracia no interior dos partidos, ou ainda os excessos de corporativismo<sup>133, 134</sup>.

### 1.1. A Decisão sobre o Tratado de Lisboa e o défice social da União: uma resposta particularista

A 30 de junho de 2009, o TCFA (*Bundesverfassungsgericht*) proferiu uma sentença sobre a compatibilidade do Tratado de Lisboa com o Direito alemão<sup>135</sup> (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009)<sup>136</sup> e cujo desfecho não apresentou qualquer inconveniência ao Estado alemão para participar na “*lisbon europe*”. No entanto, as suas exposições sobre a soberania, a democracia, os direitos fundamentais e o núcleo das funções do Estado revelam uma desconfiança notória no processo de integração europeia, argumentações que não podem deixar de se traduzir nos reflexos da defesa da ordem jurídica estadual e dos interesses institucionais do próprio tribunal, apresentando-

---

<sup>132</sup> BADURA, Peter *apud* KOKOTT *op. cit.* nota 1, p. 32.; FRIEDRICH, Müller, *Demokratie in der Defensive: Funktionelle Abnutzung, Soziale Exclusion, Globalisierung*, Berlin, Duncker und Humboldt GmbH, 2001, pp. 15 ss. e 73 ss.

<sup>133</sup> Segundo Miranda existe até uma correlação estreita entre os fenómenos assistidos no interior dos Estados e o fenómeno de integração crescente daqueles em espaços continentais e/ou regionais, destacando a integração europeia como a mais avultada. MIRANDA, *op. cit.* nota 2, p. 85.

<sup>134</sup> *Cf. ibid.*, p. 84. CRUZ, FERRER, *op. cit.* nota 73., pp. 353 ss.

<sup>135</sup> Em bom rigor tratava-se de verificar a constitucionalidade da lei alemã de aprovação do Tratado (Gesetz vom 8.Oktober 2008 zum Vertrag von Lissabon vom 13.Dezember 2007 (BGBl. 2008. II,S.1038)), da lei de acompanhamento do Tratado (Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BT-Drucks. 16/8489)) e da Lei relativa à revisão Constitucional (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art.23, 45, 93) vom 08.10.2008 (BGBl. 1, S. 1926 ff.)). *Cf.* HÖRETH, Marcus, “Die Demokratieverflechtungsfälle - Warum die EU nach dem Lissabon-Urteil demokratisch defizitär bleiben muss.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp.37-67, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 38 ss.

<sup>136</sup>

Sentença

disponível

em

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html) .

se, a decisão, como um documento de especial relevo para o futuro processo de integração da União<sup>137</sup>, na medida em que o recurso a ressentimentos nacionais habilidosamente instrumentalizados pelo TCFA representa um potencial de cisão perigoso do recentemente criado público europeu, arriscando-se a acentuar a introversão do direito constitucional. Concomitantemente, as diferenças culturais, históricas e linguísticas entre os Estados membros e a falta de uma opinião pública europeia alegados pelo TCFA na Decisão sobre o Tratado de Lisboa (Decisão de Lisboa) deram lugar a um debate doutrinal sobre o *demos* europeu, cuja questão fundamental é determinar se as alegadas diferenças etno-culturais são suficientes para a negação de um *demos* europeu.<sup>138</sup>

Desde os primórdios da integração europeia que a jurisprudência constitucional dos Estados membros e a jurisprudência supranacional têm vindo a enfatizar a relação entre o direito supraestadual e o direito interno dos Estados membros (problema da hierarquia do direito). E se inicialmente aquela se preocupava sobretudo com questões concernentes ao Estado material de Direito, nomeadamente com a proteção e garantia dos Direitos Fundamentais<sup>139</sup>, depois da ratificação do Tratado de Maastricht, a jurisprudência passa a orientar a sua atividade no controlo das competências transferidas

---

<sup>137</sup> Sobretudo porque a jurisprudência do TCFA exerce grande influência sobre os Tribunais Constitucionais dos outros Estados membros. Assim, por exemplo, a jurisprudência “*Solange*” foi bastante decisiva para a posição adotada na Declaração Nr.1 do Tribunal Constitucional Espanhol de 13.12.2004 sobre a compatibilidade do Tratado Constitucional com a Constituição espanhola; e a influência da decisão sobre o Tratado de Maastricht foi evidente quer na decisão do Supremo Tribunal dinamarquês de 06.04.1998, sobre a constitucionalidade do Tratado de Maastricht, quer na decisão K 18/04 do Tribunal Constitucional da Polónia de 11.05.2005, sobre a constitucionalidade do Tratado de Adesão à UE. Por último, a jurisprudência sobre o Tratado de Lisboa, veio claramente influenciar o Tribunal Constitucional Checo na sua decisão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa, ainda que não tivesse tomado as dimensões do seu precedente. Cf. CEIA, Eleonora Mesquita, “A Decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a Constitucionalidade do Tratado de Lisboa.” *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, n.49, 2009, pp.29-64, p.92.; STEINBACH, Armin, “The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court - New Guidance on the Limits of European Integration?” , in *German Law Journal* vol. 11, n.º 4 (2010), pp. 367-390, pp. 373 ss.

<sup>138</sup> SCHÖNE, Helmar, LHOTTA, Roland, KETELHUT, Jörn, “Einleitung.” In *Des Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Helmar SCHÖNE, Roland LHOTTA e Jörn KETELHUT, pp. 7-15, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 8 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 367 ss.; KETTELHUT, Jörn, “Das Bundesverfassungsgericht und die Konstitutionelle Dimension der europäischen Integration.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Helmar SCHÖNE, Roland LHOTTA e Jörn KETELHUT, pp. 15-37, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 15 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 132 ss.; CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 192 ss.

<sup>139</sup> Decisão *Solange I* (BVerfGE 37, 271) de 29.05.1974, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>; Decisão *Solange II* (BVerfGE 73, 339) de 22.10 de 1986, do TCFA disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>; Decisão sobre as bananas (BVerfGE, 2 BvL 1/97, Beschl. V. 7.6.2000 – Bananenmarkt) disponível em [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607\\_2bv1000197.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bv1000197.html).

para a UE (*controlo ultra-vires*)<sup>140</sup> e no *controlo de identidade*<sup>141</sup>, sendo de especial relevância nesta matéria, a *kompetenz-kompetenz*, entendida como direito fundamental de auto-organização e um critério de delimitação afim à distinção entre Estados e não-estados.<sup>142</sup>

Problemático nesta atividade é sobretudo o facto de as posições adotadas na Decisão de Lisboa serem incompatíveis com as do TJUE, orientações completamente díspares, que impossibilitam esclarecer qual a relação entre o direito dos Estados membros e o da União. Se o TCFA adota conceções teóricas que se movimentam em torno da teoria clássica do Estado e das relações internacionais, o TJUE argumenta pela autonomia e pelo carácter constitucional do Direito europeu. Caricato nesta situação é, porém, que o TCFA recorre precisamente ao direito de autodeterminação democrática para fundamentar a posição adotada na Decisão de Lisboa, estratégia que originariamente tinha sido desenvolvida pelo TJUE com a finalidade de promover os cidadãos a principais sujeitos da aplicação do direito comunitário.<sup>143</sup> Quer o TCFA, quer o TJUE recorrem a instrumentos de interpretação que se destinam a proporcionar-lhes campos de atuação adicionais, porque na lógica interna dos seus ordenamentos jurídicos, os respetivos direitos constitucionais ocupam o topo da hierarquia jurídica. No entanto, e de acordo com Neil MacCormick, é perfeitamente possível que os ordenamentos nacionais e europeu tenham diferentes regras de reconhecimento, sem que destas resulte um conflito das normas aplicáveis, porque o primado do direito da União pode ser reconhecido, de forma direta, através da doutrina do primado desenvolvida pelo TJUE ou, indiretamente, através da sua receção pelas constituições nacionais.<sup>144</sup>

Acrescenta-se:

---

<sup>140</sup> TCFA, Decisão Maastricht (BVerfGE, 89, 155 (188)) de 1993, disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html>.

<sup>141</sup> TCFA, Decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267 ) de 30 de Junho de 2009, disponível em [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html).

<sup>142</sup> ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22., pp. 26 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 15, pp. 69 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 96 ss.

<sup>143</sup> Cf. KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 29 ss. Vide também MILIOPOULOS, Lazaros, “Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Staatstheoretische und rechtsdogmatische Einordnung.”, in *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETTELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 107-137, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 126 ss.; WALTER, Maja., “Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive.”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n.º12, 2012, pp. 177-200, pp. 179 ss., disponível em <http://www.zaoerv.de/>.

<sup>144</sup> KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 15 ss.; Cf. POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 144 ss.

Quando se rejeita a absoluta primazia do direito europeu sobre as ordens constitucionais internas, sob a alegação da salvaguarda das identidades constitucionais e a existência de princípios internos intangíveis, tal excesso de zelo [...] parece desprovido de sentido na medida em que o próprio direito europeu ressalva tais dimensões [art.4º, n.º 2 TUE]: se um acto emanado das instituições europeias desrespeitasse a *identidade nacional dos Estados-membros, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles e nas funções essenciais do Estado* (art.6º/3 do Tratado da União Europeia [...]), tal defraudamento acarretaria antes de mais a violação do próprio direito europeu, a ser declarada pelas instâncias europeias competentes. As normas europeia [sic] contrárias aos princípios materialmente constitutivos das ordens constitucionais internas são absolutamente inválidas à luz do próprio direito da União<sup>145, 146</sup>

Porém, em vez de evitar conflitos maiores, procurando encontrar concepções adequadas às formas complexas de governo nos espaços inter- e transnacionais sob a epígrafe da “governança” e refletindo sobre novos modelos de legitimação democrática, que não pressuponham o Estado como elemento central, os juízes de Karlsruhe preferem adotar uma estratégia retrógrada:

Ela não só reafirma os limites constitucionais da transferência de direitos de soberania à UE, como também amplia seu direito de controlar a constitucionalidade do direito da União. Ponto central da decisão é a exigência do fortalecimento das competências do Parlamento alemão em assuntos ligados à UE<sup>147</sup>.

Na decisão de Lisboa, o TCFA não retoma apenas a possibilidade do *controle ultra vires* e do *controle de identidade*, como manifesta, de forma explícita, a intenção de controlar todo o processo de integração europeia. Para o efeito segue a linha tradicional da jurisprudência constitucional alemã e não perde oportunidade para fixar o núcleo da soberania estadual, identificando cinco áreas pertencentes à identidade nacional – a cidadania, o monopólio da violência civil e militar, determinados aspetos do direito penal, a soberania fiscal e a autorrealização sociocultural -, não sujeitas a qualquer transferência.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> SILVEIRA, Alessandra, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos: Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Coimbra, Almedina, Junho de 2007, p. 369.

<sup>146</sup> Vide também WALTER, *op. cit.* nota 143, pp. 179 ss.; *op. cit.* nota 143, pp. 126 ss.

<sup>147</sup> CEIA, *op. cit.* nota 137, p.92.

<sup>148</sup> KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 21ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 367 ss.; WALTER, *op. cit.* nota 143, pp. 189 ss.; AUBERGER, Tobias, LAMPIG, Wolfram, “Zwischen

A fixação do núcleo da identidade nacional operada pelo TCFA na Decisão de Lisboa parece, no entanto, ainda mais virulenta, quando se considera que as áreas centrais do Estado democrático enumeradas na decisão já não pertencem, por inteiro, ao domínio do Estado-nação. Decisivo é que em todas as áreas políticas enumeradas pelo tribunal observam-se interdependências variadas entre os níveis europeu e nacionais. Até as finanças públicas, que apenas podem ser, em certa medida, “internacionalizadas”<sup>149</sup> e a política de educação estão sujeitas a uma forte europeização, como demonstram, respetivamente, a Crise da dívida pública europeia (Grécia, Irlanda, Portugal, Espanha, Chipre)<sup>150</sup> e os estandartes formulados no Processo de Bolonha<sup>151</sup>. Pelo exposto fica claro que um futuro controlo do processo de integração através do *controlo de identidade* fica dependente da redefinição das áreas centrais do Estado-nação. Mensurada nos critérios estabelecidos na Decisão de Lisboa é de antever que a soberania dos Estados já foi lesada.<sup>152</sup>

Determinante na Decisão de Lisboa é, portanto, o medo articulado de uma eventual perda de soberania da República Federal Alemã através de processos de integração incontroláveis. Assim, enquanto na Decisão de Maastricht os juízes de Karlsruhe deixavam em aberto se a Constituição alemã permitia ou não a integração do Estado alemão numa Federação europeia, na Decisão de Lisboa, o TCFA deixa bem claro que os órgãos institucionais democráticos competentes não estão autorizados a abdicar do direito de autodeterminação do povo alemão, manifestado através da soberania vestefaliana, porquanto a Constituição pressupõe e garante a soberania do Estado alemão. À ideia da intransmissibilidade da identidade constitucional corresponde, por isso, a obrigação do Direito europeu respeitar o poder constituinte dos Estados membros enquanto “guardiões dos Tratados”. Por outras palavras, o TCFA

---

Scheinparlamentarisierung, Selbstbehauptung und strategischer Ressource: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im verfassten politischen Primärraum*”, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 89-107, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 89 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp.41 ss.

<sup>149</sup> Vide TCFA, Decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267) de 30 de Junho de 2009, parágrafo 256.

<sup>150</sup> Pela razão exposta, a UE deve ser considerada, segundo Höreth e Genschel, um “Estado de regulamentação fiscal” (“*Steuerregulierungsstaat*”), o que se reflete no facto de ela definir cada vez mais as condições da política fiscal dos Estados membros. HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp. 41 ss.

<sup>151</sup> Vide a este propósito [http://europa.eu/legislation\\_summaries/education\\_training\\_youth/lifelong\\_learning/c11088\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/lifelong_learning/c11088_pt.htm); e [http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/links/language/1999\\_Bologna\\_Declaration\\_Portuguese.pdf](http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/links/language/1999_Bologna_Declaration_Portuguese.pdf).

<sup>152</sup> Cf. AUBERGER, LAMPIG, *op. cit.* nota 148, pp. 99 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 54 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp. 41 ss.

reivindica a existência de um vínculo moral entre o Estado e soberania e que, segundo o art.20 II da Constituição alemã, é impreterível que ao povo, enquanto poder constituinte, seja garantido o direito de autodeterminação, manifestado sob a forma de soberania.<sup>153</sup>

Os juízes de Karlsruhe fundamentam a sua decisão na doutrina do *particularismo*, paradigma em que assenta a compreensão tradicional do Estado, postulando a congruência fundamental entre povo, titular da soberania, e o Estado, razão pela qual entende existir um vínculo entre Estado e Democracia que não admite rupturas, negando, por isso, a concretização efetiva da democracia fora do contexto do Estado-nação soberano.<sup>154</sup> Ponto de referência histórico dos ideais democráticos postulados pelo TCFA e pelo *particularismo* são essencialmente os escritos políticos de Jean-Jacques Rousseau que contribuem de duas formas para o debate democrático europeu: por um lado, devido ao ideal da soberania popular e a concomitante fusão entre governo soberano e democracia; e, por outro, pela conceção da homogeneidade social como base do governo democraticamente legitimado, conceção que se revela especialmente problemática no contexto da formação das sociedades plurais e supraestaduais.<sup>155</sup>

No entanto, contrariamente ao que parece suceder na Decisão de Lisboa, a homogeneidade social em *Rousseau* constitui um ideal normativo que, na realidade, não deverá ser entendido como postulado de uma comunidade social constituída por patentes de identificação etno-culturais, porque, de acordo com a tradição contratualista, na senda de Hobbes e Locke, Rousseau concebe o povo enquanto união de livres e iguais, como *demos*, do qual emana todo o poder que deslegitima as formas tradicionais e religiosas de governo, constituindo tarefa única do direito a garantia da coesão daquela comunidade política e a execução do ideal de justiça.<sup>156</sup>

Posteriormente, a doutrina alemã, no contexto do romantismo e inspirado nas ideias de Herder e Fichte, concebe a comunidade pré-jurídica fundada na cultura e, mais tarde, entendida como “etnia” - a *Volksnation* - como reação à conceção do povo como

---

<sup>153</sup>Cf. *id. loc. cit.*; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 243 ss.; KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 26 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp.371 ss.; WALTER, *op. cit.* nota 143, pp. 179 ss.; MILIOPOULOS, *op. cit.* nota 143, pp. 114 ss.

<sup>154</sup> Cf. QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 51 ss

<sup>155</sup>Cf. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22., pp. 51 ss. FETSCHER, *op. cit.* nota 25, pp. 46 ss.

<sup>156</sup> *id. loc. cit.*; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.54 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss. e 224 ss.; HOBBSAWN, Eric J., *Nationen und Nationalismus - Mythos und Realität seit 1780*, 3ª Edição, Traduzido por Udo Rennert, Frankfurt/Main, Campus Verlag, 2005, pp. 25 ss.

comunidade de cidadãos livres e iguais, segundo a tradição norte-americana e francesa enraizada nos princípios universais da liberdade e da igualdade. Apenas a partir desse momento, o povo concebe-se como *ethos* ou “comunidade imaginada” (Benedict Andersen’s *imagined community*), elemento político do Estado que constitui o povo dentro de um território juridicamente delimitado e baseado numa origem comum<sup>157</sup>.<sup>158</sup>

O “povo” ou o *poder constituinte* deixa de ser constituído por um grupo de indivíduos unidos pela razão e pela virtude, perdendo o seu carácter ideal normativo, e passa a expressar uma unidade homogénea, formada por laços históricos e culturais, geralmente expressos numa língua comum e pela difusão dos mesmos ideais coletivos e das mesmas aspirações para o futuro, diferenciando-se das demais nações<sup>159</sup>. Como consequência, os fenómenos de identificação reduzem-se ao nível das entidades subordinadas, fazendo desaparecer outros círculos de identificação (círculos concêntricos) e a tensão que se estabelece entre *demos* e *ethos* passa a caracterizar a ambivalência política do nacionalismo moderno até aos dias de hoje, estando no cerne da discussão sobre a inclusividade ou exclusividade nas comunidades políticas.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Hobsbawn afirma neste sentido que, durante as Revoluções Liberais, os revolucionários sentiram a necessidade de criar uma figura que representaria o interesse e o bem-estar coletivo em oposição ao interesse particular e aos privilégios, criando a nação, pelo que nações e Estados definidos pelos critérios desenvolvidos pela Teoria Geral do Estado do século XIX, e que correspondem a um programa romântico-nacionalista, nunca existiram. Com a exposição, Eric Hobsbawn realça os elementos de artefacto, invenção e engenharia social presentes na construção das nações, concluindo que os nacionalismos antecedem as nações, pelo que não são aquelas que engendram os Estados e o nacionalismo, mas sucedendo exatamente o oposto. *Cf. id. loc. cit.* No mesmo sentido Ernest Gellner quando afirma que «o nacionalismo não é o despertar da autoconsciência das nações, mas que o nacionalismo inventa nações onde elas não existem» e Heller quando salienta ter sido precisamente a identidade nacional (*staatliche Einheit*) que criou a “unidade natural” do povo e consequentemente a Nação. *Vide* GELLNER *apud* RIBEIRO, Rita, *A Europa na Identidade Nacional*, Porto, Edições Afrontamento, Dezembro de 2011, p. 46; GELLNER, Ernest, *Nations and Nationalism*, Oxford, Basil Blackwell, 1983, pp. 6 ss; HELLER *apud* ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, p. 65.; SOBRAL, José Manuel, “A formação das nações e o nacionalismo: os paradigmas explicativos e o caso português.” *Análise Social*, 2003, pp. 1093-1126, disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218736434J0eQU4wx7Ro77GX9.pdf>. Tradução minha.

<sup>158</sup> *Cf.* ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.54 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss.; FETSCHER, *op. cit.* nota 25, pp. 46 ss.; MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 282 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 51 ss.; WEYSS, Birgit, *Where do Aliens come from? – Political Rights at the Local Level depending on the Country of origin A discrimination according to International Human Rights Standards?*, Master Thesis, University of Coimbra, Portugal, Academic Year 2001-2002, pp. 18 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 28 ss.

<sup>159</sup> De acordo com Burdeau, o significado de nação passa a corresponder a uma construção doutrinal do século XVIII que define o povo de uma forma global, indiferenciada e unitária que, sendo estranha a qualquer consideração de número, ignora por completo a oposição entre indivíduo e grupo (conceção holística-monista do Estado e da democracia). BURDEAU *apud* MIRANDA, *op. cit.* nota 2, p. 283.

<sup>160</sup> *Ibid.*, pp. 281 ss.; MOURA RAMOS, Rui Manuel. “Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, 2002, pp. 1 ss.; RODRIGUES MORAIS, Daniel de Bettencourt, “O Acórdão Micheletti e as suas repercussões em matéria de direito da nacionalidade dos Estados-

Acontece assim que, a nação, ao influenciar os antagonismos políticos como sistema de valor e quadro cultural, não só atua como fator de integração e encobrimento (Maurice Duverger), mas também promove aquela unidade social através de processos de inclusão e exclusão (Jacques Chevalier) que se espelham nas leis <sup>161</sup>, fenómeno esse que adquire relevância jurídica sob vários aspetos nas Constituições do século XX. De facto, são várias as Constituições modernas que identificam o Estado com referência à nação a que corresponde ou por menção da comunidade política que lhe é indissociável<sup>162</sup>, através da garantia e da promoção da língua e do acesso à cultura nacional<sup>163</sup> ou preservação das várias línguas nacionais<sup>164</sup> e de outros elementos identificadores da nação como a paisagem e o património cultural<sup>165</sup>, ou ainda através do tratamento especial de certas pessoas por estarem ligadas à nação correlativa ao Estado<sup>166</sup> ou porque fazem parte de nações ou povos com laços históricos com aquela<sup>167</sup>. Não admira, por isso, que o TCFA mantenha a convicção de que a homogeneidade do povo é condição necessária para o funcionamento do Estado, consoante assume que aquele não é capaz de operar sem que os seus nacionais partilhem um determinado sentido de lealdade ou sem que aqueles se identifiquem com a comunidade política do Estado. <sup>168</sup>

Porém, o oximoro que resulta da homogeneização do povo insiste na diferenciação política entre cidadãos e não cidadãos, situação essa que marca um défice democrático não da UE, mas interno: o número dos indivíduos que são excluídos da participação política aumentou e tende a aumentar drasticamente, na medida em que a

---

membros.”, *Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 46, n.º 1 e 2, 2003, pp. 271-347, pp. 27 ss.; VOGEL, Klaus, “Von der Territorialhoheit zur Unionsbürgerschaft.”, in *Die Ordnung der Freiheit - Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, de Ines Härtel, Karl Hain, E. Schmidt e Reiner Grote, pp. 679-686, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 682 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, p. 64; PARISOT, Françoise, CRESSON, Édith, *Cidadanias Nacionais e Cidadania Europeia*, 1ª Edição, Traduzido por Prof. Dr. Jacques Silva, Lisboa, Didática Editora, Janeiro de 2001, pp. 69 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 59 ss.; WEYSS, Birgit, *op. cit.* nota 158, pp. 18 ss.; FETSCHER, *op. cit.* nota 25, pp. 46 ss.

<sup>161</sup> Cf. MIRANDA, *op. cit.* nota 2, p. 284.

<sup>162</sup> Assim o fazem a Constituição de Bona no seu preâmbulo e as Constituições italiana, francesa, portuguesa, espanhola e brasileira no seu art.1º.

<sup>163</sup> Assim os arts.9º, al. f) e 11º, n.º 3 da CRP e o art.13º da Constituição Brasileira.

<sup>164</sup> Como é o caso da Constituição suíça no seu art.116º.

<sup>165</sup> A este propósito veja-se o art.9º da Constituição italiana, os arts.9º, al. e), 66º, n.º2, als. c) e e), e 78 da CRP e também o art.216 da Constituição brasileira.

<sup>166</sup> Conforme o art.51º da Constituição italiana no qual se procede à equiparação quanto aos empregos públicos e cargos eletivos em favor dos italianos que não pertencem à República.

<sup>167</sup> Vide o art.15º, n.º 3 da CRP e o art.12, n.º2 da Constituição Brasileira.

<sup>168</sup> Cf. *ibid.*, pp. 284 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158., pp. 18 ss.



globalização incrementa a migração<sup>169</sup>. Segundo Schoch, existem atualmente cidades em que um terço da população residente não goza de direito de sufrágio. E não só! Como pode ser observado em alguns Estados europeus, este processo leva a uma “guetorização” dos imigrantes e traduz-se num aumento de conflitos violentos e das tendências xenófobas por parte dos países de acolhimento<sup>170</sup>. A crescente incongruência entre povo e população residente envolve um problema normativo: ela põe em perigo a legitimidade democrática das decisões políticas, consoante os que estão sujeitos às leis e aos deveres do Estado não podem sobre eles decidir – *No taxation without representation*.<sup>171</sup>

Do *supramencionado* deve entender-se que, embora possa ter sido necessário unificar o povo através da referência a patentes de identificação etno-culturais, a globalização e a presente situação na Europa exigem a sua reconceptualização: os conceitos cidadania e Estado-nação nem são antigos, nem são realidades pré-concebidas. Em bom rigor, o Estado-nação e a Democracia «são erupções da modernidade<sup>172</sup> ou variáveis instrumentais manipuladas para consolidar as transformações sociais que se iniciaram na Europa no século XVIII»<sup>173</sup>. Eles são instrumentos elaborados à concretização de determinados fins políticos motivados por conjunturas político-filosóficas, económicas e sociais perfeitamente enquadráveis em épocas ou fases evolutivas da História. Aliás, segundo Gellner e outros sociólogos políticos, a tentativa de definir nações em termos de uma cultura comum revela-se

---

<sup>169</sup> Neste preciso sentido, Miguel Poiars Maduro afirma que «as comunidades políticas nacionais apresentam um duplo déficit democrático: por um lado, escapam ao seu controle democrático muitos processos de decisão que as afectam, mas têm lugar fora das suas fronteiras; por outro lado, as comunidades políticas nacionais excluem da sua participação e representação nos seus processos de decisão muitos interesses que serão afectados por essas mesmas decisões». MADURO, *op. cit.* nota 104, p. 129.

<sup>170</sup> A este propósito, basta lembrar a vaga de violência ocorrida na Suécia, país tradicionalmente pacífico, em Maio deste ano. Vide <http://pt.euronews.com/2013/05/24/disturbios-em-estocolmo-incendeia-debate-sobre-integracao-de-imigrantes-na/>.

<sup>171</sup> SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 18 ss.; BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 899 ss.; MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 127 ss.

<sup>172</sup> Hobsbawn salienta na sua obra que a nação no sentido moderno e político é um termo bastante novo. Assim, escreve, por exemplo, que o significado moderno de Estado, Nação e Língua apenas terá sido consagrado no Dicionário Académico da academia real espanhola a partir da sua edição de 1884, tendo-se consolidado a definição de nação em 1925, pelo que, antes de 1884, ao consultar-se o referido dicionário, nação significava simplesmente o conjunto de residentes num determinado território (província, País ou Reino). Só a partir de 1925 a nação seria definida como comunidade étnica, linguística e cultural. Mais recentemente Hobsbawn conclui que o termo nação terá assumido uma vertente mais política do que étnica, o que resulta da sua análise ao *New English Dictionary*, que até 1908 sublinhava o carácter étnico do termo nação e que mais tarde passaria a salientar o seu carácter intrinsecamente político. Cf. HOBBSAWN, *op. cit.* nota 156, pp. 25 ss.

<sup>173</sup> RIBEIRO, *op. cit.* nota 156, p. 45.

imprópria, porque a história humana sempre foi informada por diferenças culturais, que não convergem nem nunca convergiram com as fronteiras da jurisdição dos Estados nem com as fronteiras do *sacramento democrático do consentimento e da vontade*. Por isso, aqueles conceitos, antes de tudo, são construções políticas, românticas ou artísticas continuamente expostas às circunstâncias do tempo e à mudança sociológica<sup>174</sup>.<sup>175</sup>

Deste modo, as construções particularistas, relativamente estáticas e características de sistemas fechados, ignoram o dinamismo das relações sociais. A diferenciação entre determinadas entidades e as suas fronteiras, como acontece entre as nações<sup>176</sup>, são abstrações que não consideram o fluxo e a abertura das relações sociais. A identificação que um indivíduo faz com um determinado espaço nacional não é impreterivelmente fixa nem exclusiva, nem é inamovível e previsível, porque tendem a transformar-se consoante as circunstâncias, quer na vertente da identificação e pertença dos membros da comunidade, quer na definição da “*substancia identitária*” e do sentido que lhe é atribuído. Por esta razão, a força desta forma de nacionalismo apenas pode derivar da sua forte componente emocional que aparentemente responde a perguntas existenciais de identificação individual e coletiva. Segundo Hammar, a

---

<sup>174</sup> A assunção que emerge do pensamento contemporâneo e que aparenta possibilitar uma definição de nacionalidade em termos de uma cultura comum, resulta, segundo Gellner, de uma ilusão criada pelo florescimento da alta cultura, estandardizada e baseada em sistemas de comunicação altamente pedagógicos. Cf. GELLNER, *op. cit.* nota 157, pp. 53 ss. Também Benedict Anderson se pronuncia a este respeito neste mesmo sentido. Segundo este autor foram determinantes para o desenvolvimento do nacionalismo a invenção da imprensa e três desenvolvimentos paralelos àquela: em primeiro lugar, o fato de o latim se ter tornado a língua dos literatos, não sendo acessível a todos; em segundo, a Reforma Protestante que, com a tradução da Bíblia para a língua alemã, uma língua vernácula, pôs em causa o latim como língua religiosa; e, por último, a difusão das línguas vernáculas como línguas administrativas dos Estados centralizados. O mecanismo determinante para o desenvolvimento do nacionalismo terá sido, para este autor, o desenvolvimento do capitalismo de imprensa, na medida em que fez proliferar a divulgação de jornais, livros e revistas nas línguas vernaculares. Cf. ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities*, London/New York, Verso, 1991; Relativamente ao período da Reforma, outros autores defendem igualmente a sua importância para o desenvolvimento dos nacionalismos, na medida em que a separação dos Estados de Roma e do Sacro Império Romano permitiram, ainda que de forma relativa, a sua independência soberana. Cf. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, p.5. Vide também D. SMITH, Antony, *National Identity*. England, Penguin Books, 1991, pp. 91 ss.

<sup>175</sup> Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158., pp. 18 ss. RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, pp. 42 ss. GELLNER, *op. cit.* nota 157, pp. 53 ss.; KÖNIG, Helmut, *Europas Gedächtniss. Sondierungen in einem unübersichtlichen Gelände*. Vol. Europäische Horizonte III, em *Europas Gedächtniss: Das neue Europa zwischen nationalen Erinnerungen und gemeinsamer Identität*, de Helmut, SCHMIDT, Julia, SICKING, Manfred KÖNIG, 9-39, Bielefeld, transcript Verlag, 2008, pp. 17 ss.; HOBBSBAWN, *op. cit.* nota 156, pp. 25 ss.; D. SMITH, *op. cit.* nota 174, pp. 43 ss. e 59 ss.

<sup>176</sup> Assim, escreve Rita Ribeiro que aquilo que caracteriza cada nação em particular tem como pressuposto a diferença e a singularidade de cada nação, ou seja, uma determinada nação é “aquela nação” pelo seu povo, pela sua história, pela sua cultura e, sobretudo pela fronteira simbólica que a separa das demais nações. Vide RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, pp. 31 ss.

consolidação do nacionalismo explica-se pela substituição da crença religiosa, como fonte de continuidade, identidade e significado, pelo nacionalismo.<sup>177</sup>

Do exposto entende-se que as “imagens” e representações da Constituição são igualmente construções intelectuais e não descrições da realidade, na medida em que aquelas foram o instrumento da codificação das “estratégias burguesas da legalidade e justiça” que afloraram no séc. XVIII. Por isso deve entender-se que qualquer Constituição possui um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento constitucional, isto é, as constituições devem permitir uma compreensão atualizada dos princípios, estar abertas a propostas interpretativas e, se necessário, ao alargamento da disciplina constitucional a novos problemas, por outras palavras, devem refletir as mutações sociais e políticas. Nas palavras de Canotilho,

*mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder a novos fenótipos político-organizacionais, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas “associações abertas de estados nacionais abertos”<sup>178, 179</sup>.*

No entanto, tal circunstância parece ter sido ignorada pelo TCFA na Decisão de Lisboa ao adotar um *patriotismo constitucional ou jurídico*, traduzido na outorga da personalidade jurídica à nação, fixando o núcleo e a intransmissibilidade da identidade constitucional e reivindicando a existência de um vínculo moral entre o Estado e soberania com base no art.20 II da Constituição alemã. Porém, como defende Canotilho, a Constituição não é um código moral do “bem” e do “mal” de uma comunidade política, antes é uma proposta de conformação normativa da política e, por isso, sujeita a interpretação, aceção que se torna tanto mais decisiva, quando os problemas económicos, sociais e científicos despoletados nos Estados pela globalização são, simultaneamente, problemas constitucionais.

Na medida em que o direito constitucional está em risco de perder a sua dimensão nuclear e, concomitantemente, se verifica uma perda do resto de *estadualidade* dos ordenamentos jurídicos nacionais depois da transferência de competências e atribuições para entidades supranacionais como a UE, não admira que o

---

<sup>177</sup> Cf. *ibid.*, pp. 35 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 18 ss. Vide SHAW, *op. cit.* nota 12, pp. 174 ss.

<sup>178</sup> CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, p. 110.

<sup>179</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 120 ss. e 136 ss.; CANOTILHO, *op. cit.* nota 13., pp. 107 ss. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 159 ss.

TCFA tenha adotado uma posição particularista na tentativa oportunista de salvaguardar o seu papel, a sua tarefa e sobrevivência quer no que diz respeito ao seu futuro enquanto órgão institucional do Estado quer para garantir a sua independência face ao TJUE, através da ameaça do controlo jurídico do processo de integração: «é este, de resto, o problema que se coloca em face da jurisdição constitucional dos Estados membros quando reclamam a última palavra no que concerne aos actos *ultra vires* dimanados dos órgãos da União (*kompetenz-kompetenz*)»<sup>180, 181</sup>

De acordo com o *supramencionado*, subentende-se que da perspetiva do TCFA a UE não corresponde às exigências da democracia, porque carece de uma soberania independente, baseada na “comunidade dos cidadãos da União”. Aliás, o TCFA salienta de modo bastante claro que o PE não constitui órgão representativo do “povo europeu” soberano, porque os deputados são representantes dos povos, de acordo com contingentes nacionais que lhes foram atribuídos, e não dos cidadãos da União enquanto unidade indiferenciada, situação que, do ponto de vista dos juízes de Karlsruhe, não coaduna com o princípio do sufrágio universal e igual<sup>182</sup>. Segundo a sua lógica, os cidadãos da União não podem ser considerados iguais sem aposição de reserva, na medida em que a igualdade democrática dos cidadãos da União apenas é concretizável segundo o princípio da igualdade entre Estados, razão pela qual, os cidadãos da União não gozam de direito de sufrágio para participar nas eleições legislativas dos Estados membros em que residem, mesmo que atualmente se assista a uma espécie de “rutura da constituição” (“*Verfassungsdurchbrechung*”), especialmente no que concerne às eleições municipais (art.40º CDFUE e art.20º, n.º 2, al. b) TFUE). Acrescenta-se que, segundo o TCFA, nem a chamada “dupla maioria”, de Estados (55%) e de população (65%), introduzida pelo Tratado de Lisboa (art.16º, n.º4 TUE), pode superar o défice democrático europeu. A circunstância de o *Quorum* dos 65 %, em bom rigor, considerar a igualdade do voto de cada cidadão, em nada altera a opinião do TCFA<sup>183, 184</sup>

---

<sup>180</sup> QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, p. 99.

<sup>181</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 138 ss. e 149 ss.; ; AUBERGER, LAMPIG, *op. cit.* nota 148, pp. 89 ss.

<sup>182</sup> Vide TCFA, Decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267) de 30 de Junho de 2009, parágrafo 280 ss. e 284 ss.

<sup>183</sup> Vide *Ibid.*, parágrafo 291 ss.

<sup>184</sup> HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp.48 ss.; LHOTTA, Roland, “Integrationsverantwortung und parlamentarische Repräsentation: Ein Rückzugsgefecht- und Rettungsversuch.” In *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im "verfassten politischen Primärraum"*, montagem por Roland LHOTTA, Jörn KETELHUT e Helmar SCHÖNE, pp. 67-89, Wiesbaden, Springer VS, 2013, pp. 77 ss.; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. “TUE Art. 16º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*,

Deste modo, o TCFA ignora que, de acordo com Habermas, o facto de o Tratado de Lisboa incorporar aquele novo elemento de cisão do sujeito constituinte, dividindo-o em cidadãos da União e Estados, constitui um marco qualitativo importante para a democracia na União, na medida em que envolve duplamente os cidadãos no processo de constituição da comunidade política de nível supraestadual, por um lado, enquanto futuros cidadãos da UE, por outro, como elementos integrantes dos povos dos Estados membros. Além disso, quando o TCFA recorre ao princípio da igualdade de sufrágio para criticar o sistema de sufrágio da União, aquele ignora uma das suas decisões anteriores em que realça que a igualdade matemática ou esquemática não é concretizável pelas eleições, uma vez que a natureza e a finalidade daquelas devem ser historicamente contextualizadas e consideradas (BVerfGE 1, 208 – SSW I (decisão de 5.4.1952))<sup>185</sup>. Em bom rigor, nem a realidade democrática alemã reflete adequadamente o ideal do princípio da maioria democrática, antes caracteriza uma espécie de “democracia de negociação” (“*Verhandlungsdemokratie*”), razões pelas quais, mais uma vez, os juízes de Karlsruhe deveriam ter sido os primeiros a notar que nem a República Federal Alemã consegue, nos dias de hoje, corresponder aos critérios democráticos postulados na Decisão de Lisboa. Aliás, e de acordo com Poiares Maduro, os défices democráticos dependem da conceção de maioria adotada, porque a maioria existe como referência a uma determinada comunidade e, portanto, tanto pode verificar-se que uma maioria nacional equivalha a uma minoria europeia, como o seu oposto.<sup>186</sup>

Nesta medida, o TCFA argumenta através do recurso a uma conceção ideal da maioria parlamentar incompatível com a execução na maioria das democracias, pelo que o défice democrático estrutural depende essencialmente da inexistência de um povo ou *poder constituinte* europeu ou de uma opinião pública europeia (défice social), leitura da qual resulta que o tribunal considera que a formação da vontade pública sobre as questões fatuais e políticas continuam intrinsecamente conexas a patentes de identificação etno-culturais, relacionadas com o Estado-nação, como a língua, a história e a cultura. Como consequência, a adoção da “*no demos*” tese pelo tribunal apenas pode ter como postulado a garantia de uma forma subestimada de democracia e de uma representação democrática imperfeita através do sistema múltiplo de *checks and*

---

coordenado por Manuel Lopes PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 78-84, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 82 ss.; MILIOPOULOS, *op. cit.* nota 143, pp. 114 ss.

<sup>185</sup> Disponível em <http://www.wahlrecht.de/wahlpruefung/19520405.htm>.

<sup>186</sup> Cf. HABERMAS, *op. cit.* nota 96, pp. 18 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 127 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp 51 ss.

*balances* da União, pelo que redundaria necessariamente na ideia da impraticabilidade da democracia representativa, qualitativamente equiparável àquela realizada nos moldes do Estado-nação, a nível europeu, consoante a autodeterminação democrática requer que a comunidade política, ligada por patentes de identificação etno-culturais, continue o sujeito da legitimidade democrática. Mas, é precisamente neste ponto que reside o principal dilema da União, irresolúvel pelo simples recurso à lógica, porque, da perspectiva do tribunal, a transformação da UE numa democracia, implicaria perentoriamente a sua transformação num Estado. Eis a razão pela qual, qualquer esforço no sentido de superar o défice democrático, seja através do reforço do PE ou doutros mecanismos, como o alargamento dos direitos de participação e a capacidade de controlo dos parlamentos nacionais<sup>187</sup>, não pode ser bem aceite pelo TCFA, porquanto tais instrumentos aproximam a UE daquela *estadualidade* que lhe deverá ser vedada.<sup>188</sup>

Pela mesma razão *supramencionada*, o TCFA nega que o conjunto dos valores comuns partilhados na UE possam criar uma esfera pública de cidadãos ativos, ou seja, para o TCFA, os valores comuns partilhados apenas podem facilitar, mas não legitimar o processo de integração, razão pela qual entende que as funções centrais do Estado, pertencentes ao seu núcleo de soberania, não podem ser transferidas para a UE até que uma opinião pública europeia se tenha formado. O facto de o TCFA dar ênfase às diferenças culturais nos Estados membros pode, no entanto, ser controverso, na medida em que parece negar o reconhecimento dos princípios universais, como a dignidade humana, a democracia, a igualdade, o estado de direito e os direitos humanos, a nível europeu. Além disso, parece contraditório o TCFA, enquanto tribunal federal, interpretar o princípio democrático por referência a diferenças etno-culturais de forma tão enfática.<sup>189</sup>

Mesmo que se admita que a aproximação feita pelo TCFA seja coerente com o princípio democrático, ele ignora o processo de “*state-making*” porque os povos nem sempre se fundamentaram na premissa de um todo orgânico e natural ou numa identidade nacional. Há povos que emergiram com base em identidades e culturas diversas, como, por exemplo, na Europa, a Bélgica, a Espanha, a Finlândia e a Suíça que

---

<sup>187</sup> Vide TCFA, Decisão sobre o Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267) de 30 de Junho de 2009, parágrafos 289 e 290 ss.

<sup>188</sup> *ibid.*, pp.48 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 107 ss.; LHOTTA, *op. cit.* nota 184, pp. 77 ss.; BERTHOLD, *op. cit.* nota 11, pp. 28 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 73 ss.; LOCK, Grahame, “The Concept of Europe.” *RES-PUBLICA: Revista Lusófona de Ciência Política e Relações Internacionais*, 2005, pp. 23-32, p. 31.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 376 ss.

<sup>189</sup> Cf. *ibid.*, pp.378 ss. e 386 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 126 ss.

se caracterizam pela sua diversidade linguística e cultural<sup>190</sup>, motivo pelo qual se pode discordar que a homogeneidade cultural é condição prévia e necessária para o cumprimento do princípio democrático. De acordo com Weyss, às aproximadamente 8000 línguas faladas no mundo correspondem apenas 191 Estados. Especificamente no contexto da UE, Noronha Rodrigues sustenta ainda que, para além das 23 línguas oficiais da União Europeia (24 desde a adesão da Croácia a 1 de Julho de 2013)<sup>191</sup>, existem cerca de 60 outras línguas autóctones e ainda numerosas línguas faladas pelas comunidades migrantes.<sup>192</sup> Acrescenta-se que, para alguns Estados membros da UE, a diversidade cultural, o multilinguismo e a heterogeneidade de valores não são considerados entraves ao funcionamento da democracia e que a falta de homogeneidade não justifica a ausência de políticas públicas viáveis.<sup>193</sup>

Além disso, no contexto do *nation building* moderno e no que concerne à UE, a homogeneização parece inaceitável por três ordens de razão: primeiro, porque a construção de uma identidade nacional através da delimitação coerciva do exterior e a supressão de minorias nacionais a nível interno, tão típicos para os movimentos de homogeneização, não se coadunam com os valores universais e os princípios do Estado de Direito; segundo, porque, através de um *nation-building* funcionalmente entendido ou *demos-building* que procura um horizonte valorativo e um consenso social básico no âmbito do multiculturalismo, da multietnicidade e do multilinguismo, é possível concretizar-se a integração política; terceiro, ignorando-se os argumentos primeiro e segundo, porque o objetivo da UE é a criação de condições socioestruturais para uma governança das sociedades heterogêneas em larga escala e não a prossecução de um processo de “re-etnicização” à escala europeia.<sup>194</sup> Assim, esclarece-se no TUE que a União tem como objetivo a «*criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa*» (art. 1º), a promoção da paz, dos valores comuns em que se funda e

---

<sup>190</sup> Outros Estados que podem mencionar-se a este propósito são, a título de exemplo, a África do Sul, a Índia, a Rússia e o Brasil que não são constituídos por um povo homogêneo mas antes, por uma pluralidade de nações e línguas.

<sup>191</sup> Vide <http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/eu-welcomes-28th-member-state-croatia?lang=pt>; [http://ec.europa.eu/languages/languages-of-europe/eu-languages\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/languages/languages-of-europe/eu-languages_pt.htm).

<sup>192</sup> Vide [http://ec.europa.eu/languages/euromosaic/euromosaic-study\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/languages/euromosaic/euromosaic-study_pt.htm).

<sup>193</sup> Cf. STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 386 ss. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 18 ss.; NORONHA RODRIGUES, José, *A Identidade e (Des)identidade dos Valores Europeus*, 1ª Edição, Datajuris, 2010, pp. 155 ss.; KLEGER, Heinz, *Postnationale oder transnationale Demokratie?*, em *Integration durch Partizipation: «Ausländische Mitbürger» in demokratischen Gesellschaften - Studien der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, vol. 35, de Christian BÜTTNER e Berthold MEYER, pp. 251-273, Frankfurt, Campus Verlag, 2001, pp. 251 ss.

<sup>194</sup> Cf. KALINA, *op. cit.* nota 116, 2009, pp. 88 ss.

do bem-estar dos seus povos, e que constitui uma sociedade caracterizada pelo pluralismo (arts. 2º e 3º). O mesmo afirma-se nos preâmbulos do TUE e da CDFUE.<sup>195</sup>

Neste sentido, Habermas afirma na sua Teoria do patriotismo constitucional que são os princípios universais comuns que unem as sociedades nas democracias, multiculturais e liberais, modernas. Por isso, nada impede que o *demos* seja determinado segundo princípios universais comuns de direito, na medida em que «*human rights institutionalize the communicative conditions for a reasonable political will-formation*»<sup>196</sup>. Na determinação do *demos* devem, por isso, ser respeitados a Constituição e, como corolário, os standards dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, para que a “cultura dominante” não promulgue legislações discriminatórias com base em distinções culturais ou identidades. Além disso, o facto de o Tratado de Lisboa se referir à união cada vez mais estreita entre os povos da Europa e o facto da legitimidade dupla de Estados e povos ter sido considerada ao longo do processo constitucional da UE, leva alguns autores, como Anne Peters e Claudio Franzius a abandonar a referência aos Estados membros como “Guardiões dos Tratados”, substituindo-a pela alusão ao “*pouvoir constituant*” assente nos povos europeus ou nos povos e nos Estados membros conjuntamente (*pouvoir constituant mixte*). Deste modo, o *demos* europeu é antes constituído pelos povos europeus – *dêmoi* – mais do que por um único povo europeu, o que não constitui nem constituirá um defeito: pelo contrário, tal circunstância corresponderá melhor à realidade institucional da União, ao passo que aquela futuramente continuará a concorrer com os laços de identidade, significativamente mais fortes, que se estabelecem a nível regional e nacional.<sup>197</sup>

Pelo exposto deve entender-se que, apesar de a identidade continuar a ser um fator determinante para a constituição das comunidades enquanto símbolo emocional, o entendimento que os juízes de Karlsruhe reproduzem na Decisão de Lisboa ignora que

---

<sup>195</sup> Cf. DUARTE, Maria Luísa, LOPES, Carlos Alberto, *Tratado de Lisboa*, 2ª Edição, Lisboa, aafdl, Maio 2010, pp. 25 ss. e 543 ss.

<sup>196</sup> HABERMAS, Jürgen, “Remarks on Legitimation through Human Rights.” *The Modern Schoolman*, Janeiro de 1998, pp. 87-100, p. 90, disponível em [http://www.pdcnet.org/852578C8004D9D72/file/AF1847625083A5E38525796400620C02/\\$FILE/schoolman\\_1998\\_0075\\_0002\\_0005\\_0018.pdf](http://www.pdcnet.org/852578C8004D9D72/file/AF1847625083A5E38525796400620C02/$FILE/schoolman_1998_0075_0002_0005_0018.pdf). No mesmo sentido, Canotilho quando afirma: «o princípio fundamental que agora se mobiliza para estruturar um sistema de valores [...] é a dignidade da pessoa humana. Só esta ideia básica pode garantir e assegurar as condições políticas de paz, liberdade e igualdade, essenciais a qualquer estado constitucional». CANOTILHO, *op. cit.* nota 15., p. 176.

<sup>197</sup> Cf. STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 379 ss. HABERMAS, *op. cit.* nota 96, pp. 18 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 16 ss. HABERMAS, *op. cit.* nota 196, pp. 89 ss.; HABERMAS, *op. cit.* nota 96, pp. 13 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 465 ss.



um Estado Constitucional Moderno deve, em primeira instância, ser um ordenamento voltado à paz e à justiça e que a identidade coletiva é fruto de processos de compressão social, não podendo ser condição da existência das comunidades civis, mas apenas sua consequência. Numa aceção pluralista, a filiação cultural não é determinante para a formação da opinião pública, porque a democracia é sobretudo um concurso de interesses coletivos ou de grupos divergentes que, apenas através da atuação dos órgãos de decisão pública, se torna num compromisso com força obrigatória vinculativa, ou seja, a democracia é o meio para a construção de uma identidade comum porque a participação política para lá das fronteiras do Estado-nação é adequada para inculcar responsabilidade no indivíduo pelas decisões coletivamente tomadas. Por isso, contrariamente ao que é postulado pelo comunitarismo e defendido pela tradição democrática holista-monista na continuidade dos ensinamentos de Rosseau, o público não pressupõe a existência dum coletivo, quer na forma de mitos, quer na forma de valores partilhados, mas serve à formação dessa mesma coletividade. Nesta medida, da multiplicidade de interesses particulares dos membros da sociedade formar-se-á um processo público de formação da vontade, acessível a todos, e realizado, especialmente, através do Parlamento e de atores intermediários, como os partidos, as associações e a sociedade civil.<sup>198</sup>

Assim,

*democracies are at best only partly communities of shared experiences, communication, interpretative traditions, and memory that give direction and meaning to citizens. They are glued together by shared debates, controversies, and contestations and by fairly broad agreement on some basic rules for coping conflicts<sup>199</sup>.*

Posto isto, pode-se concluir que o sentimento de pertença é muito mais fruto daquilo que os Homens se tornam ao longo da história da comunidade cultural em que se creem inseridos, porque «a autodefinição histórica, [...] longe de ser uma emanção das origens, é antes o produto voluntarista de um percurso temporal fixado em sucessivas representações do querer-ser»<sup>200</sup>, razão pela qual, na realidade, as sociedades não são tão anónimas e impessoais como parece derivar do pensamento nacionalista, porque no

---

<sup>198</sup> CRUZ, FERRER, *op. cit.* nota 73, pp. 362 ss.; ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota.22, pp. 124 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp.378 ss.; SCHWERT, Kai, *op. cit.* nota 3, pp. 119 ss.

<sup>199</sup> MARCH/OLSEN *apud* LHOTTA, *op. cit.* nota 184, p. 83.

<sup>200</sup> RIBEIRO, *op. cit.* nota 157,p. 32.

lugar de uma unidade autónoma de indivíduos, perfeitamente substituíveis entre si, e agregados por uma cultura comum, verifica-se uma estrutura complexa de grupos locais, suportada idiossincraticamente por microgrupos e pela reprodução regional das suas culturas folclores. Por isso, o absurdo no nacionalismo consiste na conquista através da exaltação de uma cultura folclore putativa que, apesar de o seu simbolismo estar repleto de elementos rústicos elucidativos ao povo, não cultiva a cultura vernácula, mas revive ou inventa a sua própria cultura elitista, estilizada pelo Estado no processo da sua formação, e que crê perpetuar, defender e reafirmar. Nas palavras de Gellner: «*The basic deception and self-deception practised by nationalism is this: nationalism is, essentially, the general imposition of a high culture on society, where previously low cultures had taken up the lives of the majority, and in some cases of the totality, of the population*»<sup>201, 202</sup>.

De facto, o entendimento e as condições que são impostas à realização da democracia são, frequentemente, mais específicas em termos históricos do que parecem à primeira vista. Ao mesmo tempo, verifica-se que o discurso da doutrina democrática dominante é centrado no Estado e que a sua principal preocupação reside na proteção e no retorno à supremacia política das instituições democráticas nacionais. Advoga-se o retorno ao Estado soberano na sua aceção tradicional, insistindo-se num modelo estático incapaz de captar a realidade global, supraestadual e regional contemporânea. E o mais grave é que as próprias estruturas doutrinárias acabam por atuar como barreiras que previnem um desenvolvimento efetivo da doutrina democrática.<sup>203</sup>

Por isso, o TCFA segue fundamentalmente dois objetivos na Decisão de Lisboa: primeiro, esforça-se na preservação da soberania do Estado alemão, na medida em que declara o espaço nacional de atuação política indisponível ao processo de integração, porque uma transferência da competência das competências (*kompetenz-kompetenz*) deve ser evitada a todo o custo; segundo, empenha-se em atribuir primazia à democracia

---

<sup>201</sup> Cf. GELLNER, *op. cit.* nota 157, p. 57. POLLAK, Michael, “Memória e Identidade social.”, in *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol.5, n.º 10, 1992, pp. 200-212, pp. 204 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 15 ss.; BAKKE, Elisabeth, “Towards a European Identity?” *ARENA Working Paper, n.º 10*, Advanced Research on Europeanisation of the Nation-state, 1995, disponível em [http://folk.uio.no/stveb1/Towards\\_a\\_European\\_Identity.pdf](http://folk.uio.no/stveb1/Towards_a_European_Identity.pdf), pp. 3 ss.

<sup>202</sup> Cf. GELLNER, *op. cit.* nota 157, pp. 57 ss.;

<sup>203</sup> BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 896 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 19 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss.

nacional, conforme imputa a responsabilidade pelo processo de integração ao Parlamento nacional.<sup>204</sup>

No entanto, como frisado ao longo da exposição, tais concepções são anacrônicas. Os efeitos da globalização questionam a natureza evidente do Estado-nação e, na medida em que o Estado se “desnacionaliza” e procede à integração em comunidades internacionais (“*de-bordering*”), também a democracia, enquanto ideal de autogoverno, está sujeita a transformações fundamentais. Porque o monismo democrático deixou de fornecer uma teoria da democracia consistente com a pluralização do Poder e a desagregação da soberania, a teoria da democracia necessita urgentemente de uma reforma institucional e, sobretudo, de repensar o seu sujeito político. Todavia, a doutrina insiste em atribuir uma validade superior ao constitucionalismo nacional face ao constitucionalismo europeu.<sup>205</sup>

Em bom rigor, a verdade é que os Estados estão relutantes em aceitar que um dos principais problemas enfrentados pela democracia contemporânea é a sua perda da capacidade de autodeterminação e que o Estado Constitucional Moderno é insuficiente perante a nova realidade mundial. Se é verdade que a transferência de competências soberanas para a União apenas pode reduzir o alcance da autonomia cívica se aos cidadãos não forem reconhecidos direitos de participação nos processos democráticos daquelas entidades e uma vez que a UE se baseia, em última análise, nos direitos subjetivos dos cidadãos, deverá concluir-se segundo Habermas e Poiães Maduro, que o emergente poder político transnacional deveria ser encarado como uma mais-valia constitucional e democrática face ao constitucionalismo nacional que é prisioneiro de uma concepção espacial do poder, incapaz de se adaptar à realidade pós-moderna, afetando em muito o bem-estar das populações. Se um sistema democrático pode ser mais democrático ao garantir a todos os cidadãos a possibilidade de se autorregularem nos domínios de maior interesse, então muitos sistemas democráticos de grande dimensão podem ser mais democráticos do que espaços pequenos, na medida em que a sua capacidade para desempenhar determinadas tarefas como, por exemplo, a defesa ou

---

<sup>204</sup> CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 235 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp. 38 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp.369 ss.; KETTELHUT, *op. cit.* nota 138, pp. 26 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 145 ss.

<sup>205</sup> *ibid.*, pp. 119 ss.; BOGDANDY, *op. cit.* nota 3, pp. 896 ss.; BOHMAN, *op. cit.* nota 81, pp. 19 ss.; SCHOCH, *op. cit.* nota 5, pp. 219 ss.

a proteção ambiental é maior<sup>206</sup>. Tal sucede na União, pelo que é necessário alargar o processo democrático para além das fronteiras do Estado-nação.<sup>207</sup>

Do exposto *supra* poder-se-á concluir que para o TCFA, a UE atualmente não corresponde aos estandartes da *estadualidade* democrática apesar da legitimidade democrática indireta que possui através dos Estados membros e dos respetivos Parlamentos nacionais e que a posição adotada na Decisão de Lisboa, pelo meio da adoção de uma cláusula de eternidade para a democracia nacional, afasta a progressiva consolidação e democratização da União, que tanto seria necessária. O TCFA parece ignorar que o paradigma em que se desenvolveu a democracia liberal está em profunda mutação e esquece que a tarefa mais imediata é compreender o fenómeno da globalização e os seus efeitos sobre a Democracia, em vez de se manter agarrado a velhas patentes de identificação etno-culturais.<sup>208</sup>

Deve entender-se que uma conceção “etno-cultural” de democracia, tal como adotada pelo TCFA, é uma perspetiva que pode ser sujeita a muitas críticas. Primeiro, porque uma comunidade política não exige necessariamente um *demos* tal como tradicionalmente concebido a nível nacional e, segundo, porque o défice democrático europeu resulta dos limites do próprio constitucionalismo nacional, no qual reside o paradoxo da relação da comunidade política com o constitucionalismo e a Democracia. Por que razão hão de a participação e representação ser limitadas por patentes de identificação etno-culturais? E não constituirá o *demos* nacional um limite à democracia e ao constitucionalismo, na medida em que a participação nas democracias nacionais não é concedida a todos os afetados pelas decisões políticas nacionais?<sup>209</sup>

## **1.2. A contribuição do Tratado de Lisboa no reforço do princípio democrático e para a redução do défice estrutural ou parlamentar da União**

Conforme exposto em parágrafos anteriores, o princípio democrático da União assenta numa forma de representação dualista, contrariamente ao que sucede nos

---

<sup>206</sup> R.A. DAHL *apud* HABERMAS, *op. cit.* nota 96, p. 10.

<sup>207</sup> *Cf. ibid.*, pp. 9 ss.; POIARES MADURO, *op. cit.* nota 104, pp. 119 ss.; CRUZ, FERRER, *op. cit.* nota 73, pp. 362 ss.

<sup>208</sup> *Cf. ibid.*, pp. 353 ss.; HÖRETH, *op. cit.* nota 135, pp. 61 ss.; STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 376 ss.

<sup>209</sup> *Cf. POIARES MADURO, op. cit.* nota 104, pp. 127 ss.

Estados, cuja forma de representação é unitária. Na medida em que existem diferentes concepções de democracia, seria, por isso, errado excluir a legitimidade democrática da governança multinível. No entanto, a democracia seria mais bem protegida se as organizações internacionais fossem concebidas de modo a preservar os processos políticos democráticos, pois, de outro modo, será impossível compensar a crescente perda de autonomia dos Estados. Assim, «*If the aspirations for substantive democracy is to be realized under contemporary conditions then liberal democracy must embrace those global and transnational spheres of modern life which escape its territorial jurisdiction*»<sup>210, 211</sup>

Ao reforçar os mecanismos pelos quais se pode desenvolver uma cidadania ativa, o Tratado de Lisboa revela o seu compromisso com o fortalecimento da legitimidade democrática institucional europeia. Deste modo, com a introdução de um conjunto de disposições relativas aos princípios democráticos no Título II do TUE (arts.9º a 12º), o que constitui uma novidade resultante do Tratado de Lisboa, procura-se precisamente «dar corpo ao “apego aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e liberdades fundamentais e do Estado de direito”», através da introdução de alguns aperfeiçoamentos às versões anteriores dos Tratados. Por exemplo, ao consagrar o princípio da igualdade ao nível do elemento humano da União (art.9º TUE – princípio da igualdade democrática), o Tratado afirma, pela primeira vez com carácter geral, um princípio base do constitucionalismo moderno, inovação que é de especial relevo porque, com a afirmação daquele, esboça a definição de um conjunto de direitos que assistem ao Cidadão da União, o que nele introduz uma nota substantiva, já que o Tratado insiste em não lhe atribuir uma forma autónoma.<sup>212</sup>

Concomitantemente, ao reafirmar o princípio democrático e ao consagrar o princípio da democracia representativa no art.10º TUE, o Tratado procura combater a ideia persistentemente afirmada da existência de um défice democrático na estrutura da UE. Assim, de acordo com o exposto no art.10, nº2 TUE, a democracia representativa na União é concretizada da seguinte forma:

---

<sup>210</sup> MCGREW *apud* SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 101; KJAER, *op. cit.* nota 107, pp. 13 ss.

<sup>211</sup> Cf. QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp. 39 ss.;

<sup>212</sup> Cf. MOURA RAMOS, Rui Manuel, “TUE arts. 9º-10º.”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por PORTO, Manuel Lopes, ANASTÁCIO, Gonçalo, pp. 51-53, Coimbra, Almedina, 2012, p. 51.; CARVALHAIS, Isabel Estrada, “O tratado de Lisboa e participação cidadã - indagando o potencial democrático da Iniciativa de Cidadania Europeia (ICE).” in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Coordenado por Sandra SILVEIRA, pp. 103-121, Lisboa, Quidjuri, 2010, pp. 104 ss.

Os cidadãos estão 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<sup>213,214</sup>

A norma transcrita acolhe não apenas a legitimidade dualista da UE, como também elege a União como forma organizativa dos Estados europeus e dos cidadãos da Europa no PE. Simultaneamente parece esclarecer que o desmantelamento do défice democrático institucional e social apenas será possível quando ambos os mecanismos de legitimação estiverem convenientemente relacionados, traduzindo-se no cruzamento das soberanias e da legitimidade entre os níveis constitucionais europeu e nacionais e num nível efetivo de legitimidade, no qual a imputação da responsabilidade é possibilitada.<sup>215</sup>

Assim, para reduzir défices democráticos, a legitimidade democrática dos Parlamentos nacionais, realizada por mediação através dos respetivos ministros do Conselho, necessita de ser maior quanto menor for a capacidade de intervenção do PE, e o mesmo deverá suceder na situação oposta; ou seja, a legitimidade por mediação dos Estados membros através do Conselho e dos Parlamentos nacionais deverá ser tanto menor quanto maior for a legitimação por parte do PE. Por exemplo, no caso de, por decisão maioritária no Conselho, o exercício de soberania da UE deixar de depender do consenso dos Estados membros, os Parlamentos nacionais apenas poderão contribuir com uma legitimação democrática restrita.<sup>216</sup>

É precisamente a antiga “co-decisão” ou o atual processo legislativo ordinário (arts.14º TUE e 223º ss. e 289º Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)) que estabelece a compensação entre os mecanismos ou canais de legitimação da EU, capaz de equilibrar os défices existentes. O Tratado de Lisboa veio, por isso, alargar o seu campo de aplicação, tornando-o no processo “regra” de deliberação da UE: de 45 casos de aplicação passou-se a consagrar os atuais 84 em mais de quarenta matérias como, por exemplo, nos domínios da justiça, da política interna, da política agrícola comum (PAC), da política de pescas da UE, da política comercial da UE, da

---

<sup>213</sup> DUARTE, LOPES, *op. cit.* nota 194, p.31.

<sup>214</sup> MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 212, pp. 52 ss.

<sup>215</sup> *id. loc. cit.*; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 167 ss.

<sup>216</sup> *id. loc. cit.*; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 92 ss.; TÖLLER, *op. cit.* nota 124, pp. 75 ss.

política económica e dos recentes campos de atuação política da cooperação administrativa e da cooperação no domínio da proteção.<sup>217</sup>

Pelo exposto entende-se, muito embora não vigore a prerrogativa geral de iniciativa legislativa do PE, como sucede nos sistemas constitucionais democráticos dos Estados, com a inerente existência de uma reserva absoluta de competência legislativa exclusiva dos parlamentos nacionais, que o alargamento das competências legislativas do PE no processo legislativo ordinário (arts.289º, n.º 1 e 294 TFUE) significa um fortalecimento da legitimação democrática da União, a par de outras reformas efetuadas, nomeadamente no âmbito da função orçamental e eletiva do PE, ou ainda o alargamento dos seus direitos de participação no âmbito da cooperação reforçada e da revisão dos Tratados: com o Tratado de Lisboa, o PE, conforme interpretação do exposto no art.314º, n.º 7, al. d) TFUE, passa a gozar de supremacia final no processo orçamental da União; passa a ter o direito de eleger o Presidente da Comissão de acordo com art.14º, n.º1 TUE e nos termos do art.17º, n.º 7 do TFUE; passa a ter poder de veto em matéria de estabelecimento de novas cooperações reforçadas – com exceção dos domínios da competência exclusiva e da política externa e de segurança comum (PESC) – conforme o disposto no art.20º TUE em conjugação com o art.329º, n.º 1 e 2 TFUE; passa a ter um poder geral de assentimento às convenções internacionais negociadas pela Comissão, antes da sua aprovação pelo conselho, o que se traduz, de acordo com o exposto no art.218º, n.º 6 TFUE, num verdadeiro direito de veto; e, consoante o exposto no art.48º, n.º2 e 6 TUE, passa a ter competência para apresentar projetos de revisão dos Tratados.<sup>218</sup>

Muito embora não represente uma novidade nos elementos de base, a afirmação do princípio da democracia representativa no art.10º TUE prossegue ainda com o

---

<sup>217</sup> MAURER, Andreas, *Mehrebenendemokratie und Mehrebenenparlamentarismus: Das Europäische Parlament und die nationalen Parlamente nach Lissabon.*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung: Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*, Vol. 12, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 19-59, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 41 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 15, pp. 121 ss.; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 169 ss

<sup>218</sup> Cf. *ibid.*, pp.173 ss.; PALMA, Maria João. “TFUE art.329º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 1160-1163. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 1161 ss.; LAVOURAS, Matilde, LAVOURAS, Fernando, “TFUE art. 314º.”, In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 1114-1117, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1116 ss.; GUERRA MARTINS, Ana Maria, “TUE art.48.”, In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 175-182, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 180 ss.; MOREIRA, Vital, “TUE art.14º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 66-71, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 67 ss.; MANGANZA, Giorgio, "Can the enlarged European Union continue to be that United?", in *Fordham International Law Journal*, vol. 34, pp. 1269-1286, 2011, pp. 1280 ss ; MACHADO, *op. cit.* nota 15, p. 111ss.

reconhecimento do direito de todos os cidadãos à participação na vida democrática da União (n.º3) e com o reconhecimento do papel dos partidos políticos de nível europeu para a criação de uma consciência política europeia e para a expressão da vontade dos cidadãos da União (n.º4).<sup>219</sup>

Outra disposição no sentido da reafirmação do princípio democrático, e que constitui uma novidade do Tratado de Lisboa, é o art.11º do TUE que consagra a democracia participativa ou participação cidadã ao nível europeu, pretendendo contribuir com mais um mecanismo contra o tão propagado défice democrático da UE. O aspeto inovador consagrado neste artigo consiste na criação de um direito de iniciativa dos cidadãos (iniciativa de agenda) nos termos do qual aqueles podem convidar a Comissão a apresentar determinadas propostas legislativas, com as quais, fundamentalmente, se pretende transformar a política democrática europeia numa política do diálogo, contribuindo para a construção de um *espaço público europeu democrático partilhado*. Teoricamente, este instrumento, que constitui uma completa novidade a nível pós-nacional ou para lá das limitações político-administrativas e jurídicas de um território estatal, apresenta diversas vantagens: visa aproximar o cidadão da política europeia, embora o número aparentemente elevado de assinaturas necessárias (um milhão), na medida em que proporciona aos cidadãos a capacidade de se pronunciarem quer diretamente junto da Comissão Europeia sobre as questões que os preocupam quer no sentido de a pressionar a desencadear um processo legislativo sobre aquelas mesmas questões, desde que caibam no âmbito das áreas de ação da União; visa reabilitar o interesse dos cidadãos pela política europeia no seu todo; e é um instrumento conhecido em vários Estados membros<sup>220, 221</sup>.

Por último, e por ocasião das reivindicações no sentido da necessidade de um controlo reforçado da atividade dos governos na política europeia e de um controlo da aplicação do princípio da subsidiariedade no processo de legislação europeu, o

---

<sup>219</sup> Cf. MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 212, pp. 52 ss.

<sup>220</sup> A nível nacional, por exemplo, é um instrumento consagrado na Áustria, Eslováquia, Espanha, Holanda, Hungria, Itália, Letónia, Lituânia, Polónia, Portugal e Roménia. A nível regional, encontra-se consagrada nos países federais ou unitários descentralizados como a Alemanha, a Áustria, a Espanha, a Holanda, a Itália e a Suécia. No que concerne ao nível regional, a iniciativa cidadã encontra-se ainda consagrada na Alemanha, na Bélgica, na Eslovénia, na Espanha, na Hungria, no Luxemburgo e na Suécia. Cf. CARVALHAIS, *op. cit.* nota 212, pp. 105 ss.

<sup>221</sup> Cf. *id. loc. cit.*; GALVÃO TELES, Patrícia, “TFUE art.24º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 264-267, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 265 ss.; LOPES, Dulce, VEIGA, Paula, “TUE art. 11º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes, ANASTÁCIO, Gonçalo PORTO, pp. 54-57, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 55 ss.



fortalecimento da legitimidade da UE não se deveu apenas à revisão e ao alargamento das competências do PE e à previsão de um direito de iniciativa dos cidadãos da união, mas também à instituição de processos de cooperação e controlo para os Parlamentos nacionais enquanto fonte direta de legitimação democrática. Assim, apesar ter sido realçada a importância que assumia o intercâmbio entre os parlamentos nacionais e o Parlamento Europeu para a garantia da legitimidade democrática da UE e aquela ter sido afirmada e desenvolvida em declarações e protocolos anexos aos Tratados<sup>222</sup>, pela primeira vez na história da integração europeia, um Tratado contém um artigo específico sobre o papel dos Parlamentos nacionais, elencando, de forma genérica, no seu art.12º (TUE), as dimensões através das quais os Parlamentos Nacionais podem exercer a sua influência no processo político da União<sup>223, 224</sup>.

O art.12º TUE expõe que o papel dos Parlamentos Nacionais é reforçado no que concerne à receção de informação, à notificação dos processos, à participação em mecanismos de avaliação, à monitorização do princípio da subsidiariedade e à cooperação interparlamentar. A partir de então, os Parlamentos nacionais passaram a gozar direitos de participação: no âmbito da revisão dos Tratados nas áreas do TFUE e do Título V do TUE ou de decisão emitida pelo Conselho nos termos dos quais um ato abrangido por um processo legislativo especial pode ser adotado por processo legislativo ordinário (art.48º n.1 e 7); em caso de pedido de adesão à UE por Estado terceiro (art.49º TUE); em matéria da avaliação mútua, ou pelos pares, da aplicação das

---

<sup>222</sup>Mencione-se a este propósito, a Declaração relativa ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia anexa ao Tratado de Maastricht onde se prevê a necessidade de incentivar a participação dos Parlamentos nacionais na atividade da UE através da intensificação do intercâmbio entre os Parlamentos nacionais e o PE, nomeadamente por via da disponibilização das propostas legislativas da Comissão para informação e eventual análise; e o Protocolo (n.º 9) relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia anexo ao Tratado de Amesterdão (1997) que já continha e estabelecia regras para a informação dos Parlamentos e normas concernentes à Comissão dos assuntos Europeus (COSAC), criada em 1989 e cujo objetivo consiste na promoção da cooperação entre os Parlamentos nacionais e entre aqueles e o PE. CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 183 ss.; <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>; <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>.

<sup>223</sup> Para um acompanhamento efetivo do Parlamento Português ao processo de integração europeia, resultou a aprovação, por unanimidade, da Lei n.º43/2006, de 25 de Agosto, com a qual, o Parlamento Português incorporou as disposições previstas pelo Tratado de Amesterdão (1997) e as propostas de reforço do papel dos Parlamentos Nacionais na UE contidas no Tratado de Lisboa. Cf. MENDONÇA MENDES, Ana Catarina, CANAS, Vitalino, “TUE art. 12º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 58-62, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 58 ss. Lei disponível em [http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Lei43\\_2006.pdf](http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Lei43_2006.pdf).

<sup>224</sup> *id. loc. cit.*; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 182 ss.; KIIVER, Philipp, *Die Einzelstaatliche Parlamente in den europäischen verträgen: Ein neuer Ansatz zur Würdigung parlamentsfreundlicher Vertragsklauseln*, em *Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung*, Vol. 12, montagem por Stefan KADELBACH, pp. 115-131, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 115 ss. e 119 ss.

políticas concernentes ao Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ) de acordo com o art.70º do TFUE; em matéria do controle político ou da avaliação das atividades da Eurojust e da Europol segundo os arts.85º, n.º1 e 88º, n.º2; no âmbito dos trabalhos realizados para a promoção e o reforço da cooperação operacional em matéria de Segurança Interna da União (art.71º TFUE); e, no âmbito do processo de controlo do princípio da subsidiariedade, aquando das propostas iniciadas pela Comissão para integração de lacunas do Tratado e alargamento das competências dos órgãos da União (art.352º, n.º 2 TFUE).<sup>225</sup>

Todavia, no que concerne especificamente à capacidade de monotorização do princípio da subsidiariedade, através da qual se oferece aos Parlamentos Nacionais a possibilidade de controlar o processo legislativo da União, quer por via do controlo político direto (art.12º, al. a) TUE e arts.2º e 6º do Protocolo n.º2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade anexo ao Tratado de Lisboa (Protocolo n.º2)), quer por via do instrumento jurídico da fiscalização da legalidade (art.8º do Protocolo n.º2 e art.263º TFUE), alguns autores mostram-se relutantes em aceitar a natureza benévola daquela previsão. Autores como Franz Mayer, entendem que a previsão dos direitos de participação dos Parlamentos Nacionais no processo político europeu não promovem uma cooperação construtiva ou democratização do processo político europeu, mas constituem o símbolo da compensação excessiva resultante da preocupação real ou aparente dos Estados-Membros na perda das suas responsabilidades (*Kompetenzangst*)<sup>226</sup>, pelo que a previsão dos mecanismos de controlo da subsidiariedade antes apresentam instrumentos de bloqueio da política europeia.<sup>227</sup>

Receios como os de Mayer percebem-se, sobretudo, quando analisados à luz das posições adotadas pelo TCFA nas decisões sobre os Tratados de Maastricht e Lisboa, nas quais se afirma que aos mecanismos de legitimação a nível supraestadual podem, quando muito, ser atribuídos significados complementares. De acordo com a doutrina

---

<sup>225</sup> MAURER, *op. cit.* nota 217, pp. 47 ss.; GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 218, pp. 180 ss.; ALEIXO, Manuel Lopes, “TFUE art. 70.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 379-381, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 380 ss.; GUERRA MARTINS, Ana Maria, “TFUE art.352º.” In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, pp. 1232-1235, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1235.; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 182 ss.

<sup>226</sup> Iguualmente neste sentido, Andreas Maurer. *Cf* MAURER, *op. cit.* nota 217, pp. 55 ss.

<sup>227</sup> *Cf* CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 185 ss.; KIIVER, *op. cit.* nota 224, pp. 121 ss.; MEYER, Franz C. “Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon.”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.º 67 (2007), pp. 1141-1217., pp. 1165 ss. e 1173 ss., disponível em <http://www.zaoerv.de/>.

do TCFA, apenas o acoplamento democrático aos Parlamentos nacionais justifica a legitimidade democrática da União, uma vez que faltam formas de legitimação transcendentais às instituições europeias como o PE, portanto acima dos povos dos Estados membros. Porém, a problemática principal reside na lógica sistemática do dogma clássico da legitimação democrática que se baseia num entendimento holístico-maioritário de democracia, segundo o qual uma democracia transnacional nem seria adequada nem seria concebível por razões estruturais. Pelas razões expostas, não admira que haja quem argumente no sentido de um *défice democrático* europeu.<sup>228</sup>

No entanto, ainda que possa reconhecer-se a preocupação acima exposta, mais parece que o interesse comum dos Governos nacionais e dos órgãos da União em reforçar o papel dos Parlamentos nacionais se funda no objetivo de estabilizar o sistema deliberativo através de um discurso pluralista e de uma dose saudável de legitimidade democrática, ainda que nacionalmente fundada. Por outras palavras, deseja-se uma participação suficiente dos Parlamentos para dar credibilidade às medidas da União, sem que a sua participação prejudique a interação dos interesses nacionais e supranacionais no âmbito do chamado “*Método Jean Monnet*”. Assim, a União não depende dos Parlamentos nacionais enquanto instituição, mas da função que desempenham no âmbito do direito constitucional dos seus Estados membros. Destaque-se, que mecanismos de compensação como este terão um papel crescente consoante o princípio da unanimidade seja substituído pelo princípio da maioria no processo deliberativo do Conselho (art.16º, n.º 3 TUE).<sup>229</sup>

Apesar de alguma doutrina apontar no sentido de uma escassa capacidade ou vontade dos Parlamentos nacionais no gozo efetivo dos seus direitos de participação e informação, da carência de estruturas nacionais necessárias para um fluxo efetivo de informação e no sentido da incapacidade do PE para garantir uma legitimidade prévia razoável, em bom rigor, deve considerar-se que, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, se alcançou uma otimização da legitimidade democrática da União, através do relacionamento convincente e do fortalecimento dos seus mecanismos de legitimação. Por um lado, assiste-se a uma legitimidade reforçada da União pelo alargamento das competências do PE, por outro, porque a participação reforçada dos Parlamentos Nacionais a nível europeu representa uma oportunidade séria no sentido da integração

---

<sup>228</sup> Cf. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp. 140 ss.

<sup>229</sup> KIIVER, *op. cit.* nota 224, pp. 116 ss.; GORJÃO-HENRIQUES, *op. cit.* nota 184, pp. 82 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 114, pp. 15 ss.

dos cidadãos europeus na vida da União e do desenvolvimento duma *identidade coletiva europeia* ou, melhor, duma *opinião pública europeia*. Por último, a ocupação paralela dos níveis supraestadual e nacional com projetos legislativos europeus importantes significa o incremento da coerência do discurso europeu, através do qual se proporcionará um aumento da aceitação e da transparência dos processos de deliberação europeus.<sup>230</sup>

### PARTE III

## 1. À procura de uma democracia mais inclusiva: a tensão entre inclusão e exclusão

### 1.1. “Desnacionalizar” a cidadania

O ideal democrático é mais antigo que a ideia do Estado-nação moderno e desenvolveu-se, inicialmente, de premissas universais sem o recurso a um tecido concreto e histórico como o povo ou a nação. A democracia como forma de governo soberano apenas passou a estar ligada ao Estado-nação, forma dominante de organização política, a partir do século XIX e com a proliferação dos movimentos nacionalistas, conceção segundo a qual apenas lealdades pré-jurídicas, no sentido de afiliações nacionais, podiam justificar a legitimação democrática do governo. A difusão e sedimentação do paradigma da sobreposição de Estado e democracia, crença comumente aceite pelo nacionalismo, que resultaria na assunção de que a identidade nacional dependeria da verificação de patentes etno-culturais de identificação, como a existência de um território historicamente delimitado (ou pátria), de mitos e estórias comuns, de uma memória coletiva, de uma cultura de massa uniformizada, da igualdade de direitos e deveres para os membros da comunidade e de uma economia comum territorialmente delimitada, traduzir-se-ia na importância tradicional da pertença do indivíduo a uma comunidade nacional, na medida em que, como explica Hannah Arendt, da qualidade de nacional dependia “*the right to have rights*”.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> Cf. *id. loc. cit.*; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 218 ss.; KALINA, *op. cit.* nota 116, pp. 152 ss.

<sup>231</sup> Cf. LISTER, Mathew, “Citizenship in the immigration context.”, *Maryland Law Review*, vol. 70, 2010, pp. 175-233, pp. 181 ss.; STRAZZARI, Davidei, “The New Functionalist Approach of the ECJ Towards the European Freedom of Movement and Residency: Some Lessons from a Constitutional Comparative Survey.”, *Jean Monnet Working Paper* 13 (2008), pp. 3 ss, disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/081301.html>.

De acordo o exposto, resulta claro que a compreensão, a gênese e a configuração do instituto jurídico da nacionalidade que, saliente-se, não corresponde a um instituto uniformizado e inequívoco, está intrinsecamente associada aos movimentos e às transformações sociais que se iniciaram na Europa a partir do século XVIII e ao surgimento dos movimentos nacionalistas, que estão na base do entendimento particularista, postulando a identificação do povo com o *poder constituinte*.<sup>232</sup> Assim, até àquela data a delimitação dos Estados era unicamente o resultado de guerras, tratados e da aleatoriedade da sucessão dinástica, pouco interessando a composição populacional, de modo que a nacionalidade ignorava qualquer fator linguístico ou cultural como critério de integração, podendo verificarem-se épocas, nomeadamente aquela após a guerra dos trinta anos, em que a imigração era desejada sem dela, como parece, ter resultado qualquer situação conflituosa e em que os imigrantes de língua e cultura diferentes eram integrados no território dos Estados. Assim o testemunha a integração dos huguenotes em algumas comunidades.<sup>233</sup>

Deste modo, a nacionalidade que constituía apenas o instrumento, desenvolvido à luz de um contexto histórico específico, de unificação das diferentes identidades sediadas num determinado território no contexto de uma crescente concentração social, levou à identificação de Estado e democracia, indissociáveis um do outro, tornando a atribuição da cidadania corolário da pertença do indivíduo ao Estado. Assim, após a proclamação do postulado da soberania popular pela Revolução Francesa, os Estados começaram a identificar-se com as suas nações, privilegiando os seus nacionais com um catálogo mais amplo de direitos através da atribuição exclusiva àqueles do estatuto ativo da cidadania (ou do *Status citoyen*), reservando-lhes a faculdade de participar na vida

---

<sup>232</sup> HOBSBAWN, *op. cit.* nota 156, pp. 25 ss.. Seguem a mesma ordem argumentativa T. H. Marshall e Stein Rokkan por entenderem a nacionalidade como produto do processo de criação do Estado. Segundo os autores, a criação da nação deveu-se a três processos da construção do Estado moderno intrinsecamente ligados. O primeiro seria a unificação administrativa, militar e cultural a nível elitista, acompanhada pela consolidação territorial e pelo desenvolvimento de uma infraestrutura legal e burocrática Estatal, e que estaria na base da afirmação soberana de um corpo político capaz de controlar as atividades internas do Estado. O segundo momento caracterizar-se-ia pela emergência das economias comerciais e industriais, exigindo a criação de infraestruturas públicas (como a standardização de pesos e medidas, a criação de uma moeda única e o desenvolvimento de uma ordem legal uniformizada) e a consolidação dos direitos civis e económicos, rompendo-se com a tradicional hierarquia social. Por último, a terceira fase, consistiria na impregnação nas massas da consciência nacional ajustada à economia de mercado através de um sistema obrigatório de ensino, da standardização linguística, da imprensa popular e do serviço militar obrigatório. A conjugação destes acontecimentos estaria, segundo T. H. Marshall e Stein Rokkan, na base do desenvolvimento duma solidariedade entre os nacionais de um Estado e o sentimento de identidade entre aqueles e o próprio Estado. C. f. BELLAMY, Richard. *Citizenship - A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 45 ss. Partilham ainda a opinião dos autores citados Ernest Gellner e Benedict Anderson.

<sup>233</sup> C. f. VOGEL, *op. cit.* nota 160, pp. 680 ss.

ativa do Estado, sobretudo através da capacidade eleitoral ativa e passiva e da faculdade de desempenhar cargos públicos, ideia que se tornou consensualmente difundida nos Estados democráticos até aos dias de hoje, sendo várias as normas de direito público, quer de direito nacional, quer de direito internacional<sup>234</sup>, cuja aplicabilidade depende da nacionalidade.<sup>235</sup>

Aliás, o próprio processo de modernização da sociedade, isto é, a criação e o desenvolvimento das economias capitalistas e a proliferação dos ideais burgueses, requereram a modificação das condições de pertença à comunidade. Segundo a Teoria Sistémica (Niklas Luhmann), é a mudança para a diferenciação funcional e a transformação da ordem semântica e política no processo de criação do Estado moderno, associada às inovações ocorridas naquele processo, quer o desenvolvimento da sociedade burguesa, quer a criação de um governo baseado nos direitos civis, quer a formação das nações, que caracteriza a rutura quanto ao tratamento do estrangeiro pelas sociedades, que passam a formular a sua própria identidade através de processos de autodeterminação subjetiva, tornando a diferenciação funcional no critério essencial de distinção nas comunidades politicamente organizadas. É deste modo que, nos Estados constitucionais modernos, a nacionalidade e a cidadania se tornam os pontos centrais da “política estrangeira”, processo que remonta aos anos 1776 e 1789, e que determina a precarização do estatuto do estrangeiro.<sup>236</sup>

A nível interno ou dos Estados, os indivíduos passaram alegadamente a aceitar, em nome da “identidade nacional”, a limitação das suas liberdades, restringindo a dos outros, depauperando os direitos civis e religiosos das minorias étnicas, rácicas ou religiosas que a nação não conseguiria absorver. Assim, a sucessiva institucionalização dos direitos civis (séc. XVIII), políticos (séc. XIX) e sociais (séc. XX) nos Estados Constitucionais modernos e territorialmente delimitados traria consigo a formulação de

---

<sup>234</sup> As normas de Direito Internacional Público cuja aplicabilidade dependem da nacionalidade são aquelas relativas à proteção diplomática e as concernentes ao acolhimento dos nacionais. HAILBRONNER, Kay, RENNER, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 4ª Edição, München, Verlag C.H. Beck, 2005, pp. 86 ss.

<sup>235</sup> ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.143 ss.; SPIRO, Peter J., “A new international law of citizenship.”, *The American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 694-794, pp. 694 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* Nota 3, p. 296; D. SMITH, *op. cit.* Nota 174, pp. 13 ss.; KADELBACH, Stefan, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Compilado por Dirk Ehlers, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2009, pp.653 ss.; VOGEL, *op. cit.* nota 160, pp. 684 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* Nota 25, pp. 69 ss.; MIRANDA, *op. cit.* Nota 2, pp. 282 ss.

<sup>236</sup> Cf. AYDIN, Yaşar, *Topoi des Fremden: Zur Analyse und Kritik einer sozialen Konstruktion*, Konstanz, UVK, 2009, pp. 34 ss. e 175 ss. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 109 ss.

uma tensão entre o “direito à diferença”<sup>237</sup> e o princípio da igualdade, transformando o Estado-nação num aparelho potenciador das desigualdades, cujo instrumento mais requintado consiste no “nós”: quer as minorias nacionais, quer os “não- nacionais”, passariam a constituir corpos estranhos ao acervo nacional, seja porque resistiram ao processo de homogeneização ou porque nele não tiveram lugar. Como consequência, a exclusão dos “corpos estranhos” da vida política do Estado em que residem dificultaria ou até impossibilitaria aquelas minorias de se identificarem com a ordem legal e política do Estado, prejudicando a sua integração e aumentando o seu sentimento de angústia, promovendo a sua crescente marginalização conforme eram impedidos de se concretizar enquanto seres completos e livres. Esta situação em nada difere da dos dias correntes.<sup>238</sup>

Também no âmbito internacional, nomeadamente nas relações intraestatais, o nacionalismo passaria a desafiar, desde a Revolução Francesa, qualquer ideal de Humanidade, negando a existência de uma comunidade humana mundial e a uniformidade da moral ou dos valores, oferecendo como legitimação das comunidades politicamente organizadas uma fundamentação conservadora e potenciadora de conflitos. Assiste-se a uma maior frequência das disputas sobre os vários territórios e o domínio sobre aqueles passa a motivar a assimilação dos povos conquistados na nação vencedora<sup>239</sup> ou determina, quando a assimilação se vislumbrava inútil ou demasiado morosa, a expulsão, o exílio ou, nos casos mais extremos, o extermínio étnico, pelo que König salienta o enorme potencial da “Era nacional” para a violência, associando-a às inúmeras “limpezas étnicas” ocorridas em seu nome<sup>240</sup>, que diz terem-na acompanhado desde o início como verdadeiras sombras.<sup>241</sup>

O nacionalismo torna, assim, o Estado num aparelho de exclusão por excelência e quase desumana, pelo que a tradicional reserva da cidadania aos nacionais nos sistemas democráticos implica a exclusão de alguns indivíduos da participação e

---

<sup>237</sup> Por „direito à diferença“ deve entender-se o direito à não assimilação pela cultura nacional ou religião oficial de um Estado do qual não se é nacional ou, por outras palavras, a faculdade de se ser “estrangeiro entre estrangeiros”. AYDIN, *op. cit.* nota 236, pp. 39 ss.

<sup>238</sup> *Id. loc. cit.*; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp.109 ss.

<sup>239</sup> Assim, por exemplo, a população da Alsácia e da Lorena foi sujeita a uma reeducação política e nacional por parte dos Alemães em 1871 e, novamente, a partir de 1919, pelos Franceses.

<sup>240</sup> Segundo o autor, nas guerras ocorridas nos anos 1970, foram vítimas nos Balcãs mais de 250 000 seguidores da religião muçulmana e mais de um milhão e meio foram obrigados a deixar o território. Mas o êxodo não teve fim, muitos continuavam a fugir da Bulgária, da Roménia, da Grécia, da Sérvia e do Montenegro. O autor salienta ainda que entre os anos 1912 e 1914 devem ter sido expulsos ou exilados mais de 900 000 pessoas. Cf. KÖNIG, *op. cit.* nota 175, pp. 17 ss.

<sup>241</sup> Cf. *id. loc. cit.*; D. SMITH, *op. cit.* nota 174, p. 17 ss. AYDIN, *op. cit.* nota 236, pp.34 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 297 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 68 ss.; MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 287 ss.

definição da atividade do Estado, embora também eles se encontrem numa relação com o aparelho de Poder, sendo nesta aceção histórica, portanto, que a nacionalidade, considerada questão de autodeterminação nacional, é equacionada primordialmente como questão de identidade, na maioria dos casos, coincidentes com marcadores comunitários desenvolvidos em espaços territorialmente demarcados como, entre outros, a etnia e a religião. Eis também a razão pela qual ainda seja unanime que a nacionalidade seja definida por lei nacional dos Estados, integrando, em princípio, o domínio reservado da autoridade soberana de cada Estado<sup>242, 243</sup>.

Todavia, o contexto histórico sumariamente descrito é hoje desafiado pelo aumento da interdependência global que, e sobretudo no âmbito europeu, é responsável pela diminuição das capacidades de controlo e da autoridade dos Estados, e pelo movimento de migração em massa, sobretudo nas últimas décadas e na Europa, predominantemente em razão da eliminação das fronteiras internas e da criação do

---

<sup>242</sup>A este propósito deve referir-se o célebre caso *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala, de 6.04.1955) proferido pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), na medida em que o caso veio reforçar a velha regra da competência exclusiva dos Estados em matéria de nacionalidade ao afirmar que os Estados não podem reclamar vínculos jurídicos com indivíduos com os quais não tenham uma ligação real ou efetiva (“*real and effective link*”), ou seja, a nacionalidade adquirida por determinação de um Estado não é *per se* definitiva, mas o vínculo formal que a nacionalidade expressa deve ser suportado por indícios materiais de pertença a essa comunidade nacional. Assim, o TIJ define no seu acórdão que «(...) *nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. (...) the individual upon whom it is conferred, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State*». Entende-se que o nascimento no território do Estado, a descendência de um nacional, o casamento com um nacional ou até a residência permanente no território do Estado podem determinar a existência de uma ligação real ou efetiva com o Estado.

Na medida em que o caso *Nottebohm* também constitui um marco de viragem, determinando o caráter internacional do instituto da nacionalidade, só em princípio é que a nacionalidade constitui domínio reservado da autoridade soberana dos Estados. De acordo com o TIJ, a nacionalidade apenas será do domínio reservado da autoridade soberana dos Estados enquanto a sua Lei da Nacionalidade não interferir com obrigações internacionais às quais aquele se tenha sujeitado por Convenção ou Tratado Internacional. Para efeito do exposto, a Convenção Europeia sobre Nacionalidade de 6.11.1997 constitui, para os seus Estados signatários, uma limitação daquela natureza.

A Convenção de Haia sobre Determinadas Questões Relativas aos Conflitos de Leis da Nacionalidade (*The Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws*), de 13 de Abril de 1930, também consagra nos seus artigos 1º e 2º a regra da competência exclusiva dos Estados em matéria de nacionalidade. Vide International Court of Justice, *Reports of judgments, advisory opinions and orders, Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala), de 6 de Abril de 1955, p.23*, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>; SPIRO, *op. cit.* nota 235, p. 703 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 70 ss.; GEIGER, *op. cit.* nota 69, pp. 250 ss.; HAILBRONNER, RENNEN, *op. cit.* nota 234, pp. 48 ss.; League of Nations, *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law*, 13 April 1930, League of Nations, Treaty Series, vol. 179, p. 89, No. 4137, disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3b00.html>. Vide também MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160; MOURA RAMOS, Rui Manuel, “La Double nationalité et les liens spéciaux avec d'autres pays. Les développements et les perspectives au Portugal.”, in *Revista de Direito e Economia Ano XVI/XIX*, 1990 a 1993, pp. 577-605.

<sup>243</sup> MOREIRA, *op. cit.* nota 10, pp. 29 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 70 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp.653 ss.



Espaço de liberdade, de segurança e justiça comum, pondo em causa o funcionamento eficaz da democracia territorialmente concebida, excluindo do processo de decisão democrático indivíduos por ele afetados. Não admira pois que o princípio democrático e o conceito de cidadania partilhem uma relação básica, mas paradoxal, conquanto este último dependente da nacionalidade. Atendendo aos Estados, o estatuto de cidadão e, portanto, a nacionalidade, distinguem aqueles que fazem parte do processo político democrático daqueles que dele estão excluídos por simples referência a identidades coletivas, que prejudicam as expectativas empíricas dos indivíduos no que concerne ao processo de autodeterminação, com efeitos sobre o conceito de legitimidade democrática.<sup>244</sup>

Em boa verdade, ainda que no relatório da Comissão de Direito Internacional sobre nacionalidade e apatridia a nacionalidade seja, muito genericamente, definida como o vínculo de lealdade que une uma pessoa física ou natural a um determinado Estado, é necessário entender que a nacionalidade não é mais do que um critério essencial para a definição da competência pessoal dos Estados<sup>245</sup>, indicando apenas quais as relações de exclusividade entre Estado e indivíduo para a delimitação soberana dos Estados nas suas relações, enquanto a cidadania deve ser estudada com relação ao aparelho de Poder, porque só nessa qualidade é possível apreender a sua importância, uma vez que ela exprime a variável relação entre o Homem e o aparelho de Poder, limitando a esfera de coação do Estado e reservando uma esfera de autonomia ao indivíduo, incluindo-o na participação e definição da atividade do Estado. Por esta razão, a confusão terminológica que resultou no binómio nacionalidade/cidadania deve ser afastada porque, na realidade, eles não constituem sinónimos e têm conteúdos jurídicos diferentes, apesar de os Estados continuarem, na atualidade, a conferir relevância à sua interligação em algumas áreas. Além disso, a delimitação da cidadania com base em tradicionais patentes etno-culturais de identificação, conforme resulta da tradicional reserva da cidadania aos nacionais, deve ser afastada por colidir com normas de Democracia liberal e de Direito Internacional, sendo de extrema importância manter

---

<sup>244</sup> *Id. loc. Cit.*; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp. 11 ss.; WEYSS, Birgit, *op. cit.* nota 158, pp. 16 ss.

<sup>245</sup> De acordo pode ler-se no acórdão *Nottebohm*: «Nationality serves above all to determine that the person upon whom it is conferred enjoys the rights and is bound to the obligations which the law of the State in question grants to or imposes on its nationals». International Court of Justice, *Reports of judgments, advisory opinions and orders, Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala)*, de 6 de Abril de 1955, p. 20, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>.

as esferas cultural e política separadas, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável do conceito de cidadania.<sup>246</sup>

Assim, como é possível retirar das ilações feitas ao longo da exposição, devem rejeitar-se teorias holistas-monistas e comunitaristas cuja lógica argumentativa tem na base concepções étnicas ou antropológicas, porque o ideal democrático em si, contrariamente ao postulado por aquelas correntes, não depende, enquanto conceito normativo, da identidade coletiva, motivo pelo qual se recomenda separar o discurso democrático do discurso identitário, porque a solidariedade e a identidade são, em última instância, produto do próprio processo de integração.<sup>247</sup> A democracia, pois, deve fundamentar-se nos direitos fundamentais e nos princípios universais de direito. Por isso, a aplicabilidade direta e ilimitada do direito interno dos Estados a indivíduos que se encontrem no seu território, sem lhes reconhecer a titularidade ilimitada de direitos fundamentais, acarreta em si uma discriminação que de todo não deve ser justificada, na medida em que a proteção e a promoção dos direitos humanos depende da realização do princípio democrático.

Segundo Habermas, a legitimidade democrática depende da relação interna que se estabelece entre os direitos humanos e a soberania popular, constituindo os primeiros o padrão de institucionalização da criação de redes comunicativas promotoras da formação de uma vontade política razoável. Tal explica-se porque o princípio da soberania popular, expresso nos direitos de comunicação e participação que visam garantir a autonomia pública e política dos cidadãos, apenas define o procedimento que, devido às suas características democráticas, justifica a legitimidade dos resultados das eleições, enquanto os Direitos Humanos clássicos, pelo contrário, fundamentam o próprio Estado de Direito, tornando-o inerentemente legítimo, na medida em que visam garantir a autonomia e a liberdade privadas dos cidadãos. Neste sentido, os cidadãos apenas poderão fazer uso da sua autonomia pública se, com base na igualdade e da autonomia privada, forem suficientemente independentes e apenas poderão ser iguais no gozo da sua autonomia privada se fizerem uso adequado da sua autonomia política enquanto cidadãos. Do exposto entende-se que a autonomia pública e privada estão

---

<sup>246</sup> Cf. HUDSON, Manley O., “Report on Nationality, Including Stateless .”, *Extract from the Yearbook of the International Law Commission* 1952, vol. II , pp. 3-24 , pp. 6 ss., disponível em <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> .MOREIRA, *op. cit.* nota 10, *cit.*, pp. 29 ss.; *op. cit.* nota 25, pp. 70 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp. 653 ss.; WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 16 ss.; GEIGER, *op. cit.* nota 69, p. 694; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 296 ss.

<sup>247</sup> Cf. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.154 ss.

intrinsecamente ligadas na sua realização, pelo que a garantia dos direitos fundamentais é indissociável dos direitos políticos.<sup>248</sup>

No entanto, os Direitos Humanos, não obstante a sua forma legal, são sobretudo direitos morais, pelo que surge uma tensão peculiar entre o seu significado universal e as condições locais da sua realização. Por exemplo, apesar de o direito de participação política estar expressamente consagrado em algumas declarações internacionais, nomeadamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CEFDR) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), enquanto normas legais, elas apenas protegem o indivíduo conforme pertence a uma comunidade jurídica específica, normalmente os cidadãos do Estado-nação, paradoxo que Wingert designou "detective aspect" do discurso dos direitos humanos. Assim, os direitos humanos que proclamam a inclusão do "outro" atuam, igualmente como ferramenta das políticas de exclusão exercidas em seu nome.<sup>249</sup>

Porém, aquele facto explica-se porque os Direitos Humanos «são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas»<sup>250</sup>, pelo que a formação dos direitos esteja estritamente ligada às conceções ideológicas vividas em cada época. Os chamados "direitos de igualdade" foram gradualmente alargados a grupos oprimidos, marginalizados ou excluídos. Assim, só após uma série de lutas políticas os trabalhadores, as mulheres, os judeus, os ciganos, os afrodescendentes, os gays e os refugiados políticos foram reconhecidos como seres humanos plenos com direito à igualdade de tratamento, pelo que o reconhecimento mais importante a retirar desta retrospectiva é a verdadeira função ideológica que os direitos humanos cumprem: através do reconhecimento da validade universal do princípio da igualdade, a inclusão serve para desvendar a desigualdade de tratamento daqueles que foram excluídos silenciosamente.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> Cf. HABERMAS, *op. cit.* nota 196, pp. 89 ss.

<sup>249</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 92 ss.

<sup>250</sup> BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 5.

<sup>251</sup> Cf. HABERMAS, *op. cit.* nota 196, pp. 92 ss.

Embora os Estados mantenham a sua responsabilidade local, quer na qualidade de Estado, enquanto fatores de estabilização, harmonização e segurança interna, quer na qualidade de membro da comunidade internacional, os Estados apenas poderão suprir a perda da soberania “absoluta”, se defenderem uma melhor legitimação, uma melhor prossecução da *Rule of Law* e um melhor cumprimento das responsabilidades das instituições e dos órgãos internacionais a nível global.<sup>252</sup> Pelo menos, tal é exigido pela dignidade humana, na medida em que «*the conflict of cultures takes place today in the framework of a world society in which the collective actors must, regardless of their different cultural traditions, agree for better or worse on norms of coexistence*»<sup>253</sup>.

Da exposição entende-se que, numa época em que a emergência de novas realidades, como a globalização e o incremento de uma mobilidade mais fácil e acelerada à escala global, fomentam a corrosão da força constitutiva e independência dos Estados e a constituição de espaços crescentemente integrados, que põem em causa a continuidade dos espaços nacionais e o *dogma do caráter único e exclusivo do vínculo de nacionalidade*<sup>254</sup>, os direitos humanos fornecem a única base de legitimação reconhecida da comunidade política internacional: quase todos os Estados têm aceite, até agora e pelo menos no papel, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

Assim, pelo menos nos países mais liberais e que respeitam os Direitos Humanos, a nacionalidade parece ter perdido alguma importância, tendo-se verificado uma relativização da distinção entre nacionais e não-nacionais. Os estrangeiros, embora não sejam nacionais, por consideração à dignidade humana, devem ser respeitados enquanto cidadãos transnacionais e devem ser tratados com igualdade perante a lei. No que toca especificamente à Europa, a alteração verificada realiza-se através da implementação das normas de direito humano a nível estadual e mais especificamente a nível transnacional: os direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do

---

<sup>252</sup> MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 5 ss.; FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp.82 ss.

<sup>253</sup> HABERMAS, *op. cit.* nota 196, p. 99.

<sup>254</sup> Contam para efeito da relativização da condição de exclusividade do vínculo da nacionalidade, a evolução do princípio da igualdade conjuntamente com o incremento da mobilidade transnacional que, no plano da vida familiar, ao reconhecer-se a igualdade plena da mulher, passaram a exigir a condenação da transmissão *iure sanguinis* da nacionalidade apenas por referência ao progenitor masculino, aumentando significativamente os casos de dupla nacionalidade originária. E, talvez até ainda mais significativo, o gradual enraizamento dos indivíduos em comunidades nacionais diferentes daquela com que estavam ligados por vínculo jurídico-político formal juntamente com o reconhecimento de direitos de participação política independente da perda do estatuto nacional anterior. Cf. MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 5 ss. Vide também ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 72 ss.

Homem (CEDH)<sup>255</sup>, garante determinados direitos a quem se encontrar no território dos Estados membros, sem atender à sua nacionalidade.<sup>256</sup> Deste modo, é imprescindível que se reconheça que o surgimento e o desenvolvimento dos direitos humanos no domínio internacional e a alteração do paradigma em que se desenvolveu o Estado moderno reclamam a alteração do papel da nacionalidade e exigem o reconhecimento pleno dos direitos fundamentais a todos que estejam numa relação com o aparelho de Poder.

Numa sociedade, em que parte da população tem um estatuto precário ou na qual é vedada uma adesão plena a determinados indivíduos, em que se desperdiçam recursos humanos e materiais e em que os processos de exclusão são fortalecidos, corre-se o perigo de cisão das sociedades, circunstância que não pode deixar de ter as suas consequências no futuro da democracia que, de acordo com a sua natureza, deve ser de carácter geral. Em bom rigor, ou a democracia inclui a totalidade dos indivíduos ou, em princípio, ela não é Democracia de todo, pelo que a superação da clivagem social entre membros e estrangeiros pode ser essencial para o futuro desenvolvimento da Democracia: a integração dos últimos tornar-se-á na tarefa essencial da Democracia interna.<sup>257</sup>

As reflexões *supra* justificam-se sobretudo porque o Estado contemporâneo ou do século XXI está fortemente condicionado na realização das suas tarefas pela necessidade de cooperação internacional. Assim, na medida em que as minorias nacionais e não-nacionais obtiveram, primeiro, direitos sociais e, mais tarde, direitos civis, parece claro que os direitos não podem nem devem ser delimitados nacionalmente como, aliás, sucedia ainda no século XIX. Os direitos dirigem-se crescentemente ao indivíduo independentemente dos seus enraizamentos particulares e para lá das regras positivas da coletividade particular a que lhe coube pertencer, porque a internacionalização dos Estados impedem-nos de decidir de forma autocrática sobre a sua concessão. Além disso, não parece justo que, na medida em que a internacionalização afeta todas as esferas do indivíduo, os Estados, no que concerne à economia e às finanças, zelem de tal forma pela observância do Direito Internacional de concorrência, que implique a diminuição considerável do escopo de realização das

---

<sup>255</sup> Firmada em Roma a 4 de Novembro de 1950 e que entrou em vigor a 3 de Setembro de 1953. No caso específico de Portugal, a Convenção foi assinada a 22 de Setembro de 1976 e entrou em vigor, na ordem jurídica portuguesa, a 9 de Novembro de 1978. Encontra-se disponível no site do Conselho da Europa. Vide <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

<sup>256</sup> FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 298 ss. Cf. LISTER, *op. cit.* nota 231, pp. 181 ss.

<sup>257</sup> Cf. AYDIN, *op. cit.* nota 236, p. 237.; KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 254 ss.

políticas internas (sociais, económicas, fiscais, ambientais, de educação e formação, de saúde, de alimentação, do trabalho e de transportes) e resulte, concomitantemente, na discriminação do Homem em relação aos produtos e serviços<sup>258</sup>, como resultado da divisão internacional do trabalho e do incremento da mobilidade dos agentes económicos. A dignidade humana exige uma melhoria progressiva do tratamento do Homem.<sup>259</sup>

Assim, segundo uma conceção de democracia fundada nos direitos fundamentais e segundo um entendimento kantiano baseado na autonomia e no direito, a democracia enquanto ideal de autodeterminação está inevitavelmente enraizada na autonomia privada, pelo que direito e Estado não devem ser expressão de um espaço de proteção coletivo da vida nacionalmente definida, mas devem garantir e fixar os limites da liberdade individual, essenciais ao desenvolvimento dos projetos de vida individuais e coletivos. Por isso, ainda que historicamente relacionados, o facto de a nacionalidade determinar a atribuição de direitos e deveres aos nacionais, não faz com que a cidadania, na sua essência, lhe esteja adstrita.<sup>260</sup>

Na medida em que a nacionalidade, ou a qualidade de ser nacional, na realidade, e sobretudo sob o aspeto jurídico, poderá não corresponder ao povo em sentido sociológico (confirmam-no as minorias nacionais), como poderá não ser sinónimo da qualidade de estar submetido à autoridade do Estado (comprovam-no a situação resultante dos movimentos migratórios), as considerações *supra* apontam para a necessidade de repensar o carácter permanente do vínculo jurídico que o indivíduo estabelece, em razão de simples condições naturalistas (*ius soli*), éticas ou rácicas (*ius sanguini*) com o Estado e parecem ser motivo suficiente para considerar que a concessão do “estatuto ativo” da cidadania não deverá depender exclusivamente da

---

<sup>258</sup> Assim pode entender-se ter sucedido quando a regra da livre circulação de pessoas, antes dos acórdãos *Watson e Bellman*, *Luisi e Carbone* e *Gravier* proferidos pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) – hoje Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)-, revestia apenas um carácter instrumental ou operatório enquanto decisiva para a implementação de um Mercado Comum e a instituição de uma União Aduaneira. A livre circulação de pessoas, quando surgiu, não era mais do que uma conceção meramente económica, na medida em que o indivíduo apenas gozava da liberdade de circulação enquanto agente económico e não na sua qualidade de cidadão. Só a partir das interpretações feitas pelo TJCE a liberdade de circulação das pessoas deixou de ser interpretado num sentido estritamente económico, para passar a ser um direito individual concebido à luz dos direitos fundamentais, contribuindo para firmar a cidadania europeia. *Vide* GORJÃO HENRIQUES, Miguel, “Aspetos gerais dos Acordos de Schengen na perspectiva da livre circulação de pessoas na união europeia”, in *Temas de Integração*, pp.47-96, Vol.1, n.º2, s/l, 1996, pp. 51 ss.; MACHADO, *op. cit.* nota 15, pp. 243 ss.

<sup>259</sup>KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 254 ss.; HAARSCHER, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Instituto Piaget, 1993, pp. 26 ss., FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 82 ss. e 299.

<sup>260</sup> Cf. ASSENBRUNNER, *op. cit.* nota 22, pp.118 ss.

nacionalidade, sobretudo para os nacionais dos Estados membros de comunidades *supraestaduais* como a União Europeia, já que no caso daquela se trata de um projeto de integração política que tem subjacente uma lógica de legitimação democrática da comunidade humana, social e política, pressupondo a participação dos indivíduos.

Nesta perspetiva impõem-se um entendimento cívico do termo cidadania (*civic notion of citizenship*), ou seja, deve compreender-se o seu carácter inerentemente político, rejeitando-se o ideal de justaposição da cidadania com critérios naturalistas, rácicos ou étnicos de integração, aos quais corresponde por excelência a nacionalidade.<sup>261</sup> É que a cisão entre *demos* e Estado possibilita conceber-se uma multiplicidade de *demos* coexistentes que contribuem para a qualidade das decisões democráticas, uma vez que incluem uma variedade maior de membros em comparação com o conceito excludente e tradicional de povo<sup>262</sup>.

## 1.2. A nacionalidade múltipla e a cidadania

O Estado-nação, baseado na convicção da existência de uma congruência fundamental entre um povo integrado por fortes laços económicos, culturais e históricos e um Estado (o seu Estado) cuja tarefa principal consiste na organização e desenvolvimento da Nação, é um paradigma que está a desabar e que não pode corresponder à realidade do século XXI, porque a constituição de espaços crescentemente integrados, fruto de um mundo globalizado, estreitou cada vez mais a interconexão da comunidade mundial. O desenvolvimento das novas tecnologias que em muito facilitaram a comunicação, as viagens e o comércio (*flows*) traduziram-se numa onda política da promoção e abertura das fronteiras, facilitando o comércio e o investimento internacional (*networks*). Cada vez mais pessoas residem, atualmente, fora dos seus Estados de origem, fenómeno que necessariamente acarreta consequências no domínio da organização económica e social. Assim, a transformação concetual do significado de soberania como resultado natural e inevitável da criação de um mundo globalizado e cada vez mais interdependente e a prossecução de alterações legais no domínio da nacionalidade e dos Direitos Humanos, nomeadamente o reconhecimento da igualdade dos sexos, a necessidade de evitar a apatridia e a crescente aceitação e

---

<sup>261</sup> KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp.653 ss; MIRANDA, *op. cit.* nota 2, pp. 282 ss; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 69 ss.; LISTER, *op. cit.* nota 231, p. 197.; STRAZZARI, *op. cit.* nota 231, pp. 3 ss.

<sup>262</sup> Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 25 ss.

promoção da nacionalidade múltipla (ou plurinacionalidade) entre alguns Estados, trouxe a gradual evolução do conceito de nacionalidade, que jamais pode (ou deve) ser tida como um vínculo exclusivo, tendo como consequência o aumento da verificação de casos de dupla e múltipla nacionalidade<sup>263</sup>, quer por nascimento, quer por naturalização.<sup>264</sup>

A difusão e a receção dos casos de plurinacionalidade nunca foi tão Benvinda como no mundo do século XXI<sup>265</sup>, sobretudo porque a sua rejeição em muito dependia da lógica concetual que postulava a exclusividade e indivisibilidade da lealdade nacional<sup>266</sup>, para não se mencionarem os problemas que a sua aceitação implicariam na prática relativamente a assuntos como a proteção diplomática, o serviço militar, o estatuto civil e o tributário. Quanto à exclusividade do vínculo nacional, os opositores à promoção da nacionalidade múltipla igualavam-na à bigamia e defendiam que a sua aceitação incentivaria a traição do plurinacional aos sistemas políticos.<sup>267</sup> Assim,

---

<sup>263</sup> A partir deste momento somente referida como nacionalidade múltipla porque a expressão engloba tanto os casos em que um sujeito tem duas nacionalidades (dupla nacionalidade) como aqueles em que se possui mais do que duas nacionalidades (nacionalidade múltipla). Pelas mesmas razões referir-se-á, ao longo da exposição, ao plurinacional.

<sup>264</sup>MARTIN, David. A, "Introduction: The Trend Toward Dual Nationality.", in *Rights and Duties of Dual Nationals - evolution and prospects*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 3-18, Kluwer Law International, 2003, pp. 3 ss.; HAILBRONNER, Kay, "Rights and Duties of Dual Nationals: Changing Concepts and Attitudes.", in *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolutions and Prospects*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 19-26, Kluwer Law International, 2003, pp. 19 ss.; KOKOTT, *op. cit.* nota 1, pp.12 ss.; SPIRO, *op. cit.* nota 235, pp. 694 ss.; LISTER, *op. cit.* nota 231, pp. 226 ss.; SPIRO, Peter J, "Perfecting Political Diaspora.", *New York University Law Review*, Vol. 81, n.º 207 (2006), pp. 101-125, pp. 101 ss., disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=876955](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876955); MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 6 ss; FAIST, Thomas, GERDES, Jürgen, "Dual Citizenship in an Age of Global Mobility." Washington DC, Migration Policy Institute, pp. 3 ss, disponível em <http://www.migrationpolicy.org/>

<sup>265</sup>BLATTER, Joachim K., ERDMANN, Stefanie, SCHWANKE, Katja, "Acceptance of Dual Citizenship: Empirical Data and Political Contexts.", *Working Paper Series „Glocal Governance and Democracy”* (Institute of Political Science University of Lucerne), n.º 2 (Fevereiro 2009), pp. 10 ss., nomeadamente figura 3, disponível em [http://www.unilu.ch/eng/workingpapers\\_287648.aspx](http://www.unilu.ch/eng/workingpapers_287648.aspx).

<sup>266</sup> Segundo Bettencourt Rodrigues Morais, o facto de a dupla nacionalidade ter sido encarada, a partir do século XIX, como uma situação anómala derivava da sequência das ideias anteriores, nomeadamente da consideração do conceito de vassalagem como implicação de obrigações de carácter limitado, tendo-se iniciado as reações contra a dupla nacionalidade, em França, a partir do século XVIII. Jean Bodin ligará a exclusividade do vínculo senhorial ao poder absoluto concedido ao senhor (soberania). Cf. RODRIGUES MORAIS, *op. cit.* nota 160, pp. 27 ss. No mesmo sentido afirma Giovanni Kojanec ao concluir que a postura do direito internacional em relação ao problema da nacionalidade múltipla é o resultado da abordagem histórica, filosófica e social que os Estados fazem da matéria e que determina a sua base legislativa. Cf. HAILBRONNER, *op. cit.* nota 264, pp.20 ss; KOJANEC, Giovanni, "1<sup>st</sup> European Conference on Nationality", in *Council of Europe*, Strasburgo, 3 de Fevereiro de 2000, pp. 37 ss., disponível em [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference%201%20\(1999\)Proceedings.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference%201%20(1999)Proceedings.pdf).

<sup>267</sup>Segundo Spiro a condenação da plurinacionalidade não passava de uma condenação moral, o que explica o emprego de conceitos como "lealdade" ou "fidelidade" naquela matéria, termos com independência material bastante limitada, e que constituíam sobretudo um fundamento cultural não jurídico. Na verdade, segundo o autor, a aversão à plurinacionalidade não resulta nem nunca resultou da



imbricada nos argumentos manipulados pela ordem mundial do século XIX, os Estados viriam a adotar a Convenção de Haia de 1930 que consagraria no seu preâmbulo o direito a uma única e exclusiva nacionalidade. O ambiente hostil que se tinha formado em torno da problemática nacionalidade múltipla refletia-se igualmente nas decisões dos tribunais, na lei nacional e mesmo no Conselho da Europa que, uma década depois de ter adotado a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), procedeu à adoção de uma convenção em 1963 com o objetivo explícito de evitar os casos de nacionalidade múltipla<sup>268</sup>, não reconhecendo quaisquer conflitos entre as liberdades consagradas no diploma anterior com as consagradas naquele último<sup>269</sup>.<sup>270</sup>

No entanto, a identificação de um indivíduo pode ser feita em vários círculos concêntricos de identidade<sup>271</sup>, pelo que David A. Martin constata que os plurinacionais, em regra, sentem ligações fortes a ambos Estados sem, por essa mesma razão,

---

ação individual, mas antes de convenções legais, porque a conceção da nacionalidade múltipla desarma a soberania por contrariar a sua lógica. O mesmo afirmam Margiotta e Vonk: «*The legal literature at the end of the nineteenth and beginning of the twentieth century traditionally thought of multiple nationality as an anomaly, but primarily for emotional and psychological reasons. Legal arguments for the inconceivability of dual nationality were not really brought to the fore, apart from the argument that dual nationality troubled interstate relations.*» Cf. SPIRO, Peter J., “Dual Citizenship as Human Right.”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, n.º 1 (2010), pp 111-130, pp. 105 ss. Vide MARGIOTTA, Constanza, VONK, Olivier, “Nationality Law and European Citizenship: The Role of Dual Nationality.”, *EU Working Papers RSCAS* (Institute European University), n.º 66 (2010), p. 2, disponível em

<http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchumanCentre/Publications/Index.aspx>.

<sup>268</sup> No âmbito do Conselho da Europa a adoção da Convenção Europeia sobre a Redução dos Casos de Nacionalidade Múltipla e Obrigações Militares em Caso de Nacionalidade Múltipla. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/043.htm>. Segundo Moura Ramos a Convenção Europeia de 1963 não só impedia a aquisição originária da nacionalidade múltipla como previa, no seu art.1º, que o nacional de um Estado contratante que voluntariamente adquirisse a nacionalidade de um outro Estado contratante perdia, de forma automática, a sua nacionalidade anterior. Cf. MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 8 ss.

<sup>269</sup> O que não deixa de revelar grande admiração uma vez que, no art.1º da CEDH, se impõe às partes contratantes o reconhecimento dos direitos e liberdades nela consagrados a toda a pessoa que se encontre sob a jurisdição do Estado. Deste modo, a CEDH não distingue, quanto ao seu âmbito de aplicação, entre nacionais e não nacionais, quer sejam estrangeiros, quer apátridas. Vide *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=7&DF=18/04/2013&CL=ENG>; e MESQUITA, Maria José Rangel de, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: uma Perspetiva Constitucional*, Coimbra, Almedina, Janeiro 2013, pp. 105 ss.

<sup>270</sup> Cf. MARTIN, David A., “Introduction: The Trend Toward Dual Nationality.”, *cit.*, p.4 ss.; HAILBRONNER, *op. cit.* nota 264, pp.20 ss. Para maior desenvolvimento, vide também SPIRO, *op. cit.* nota 267, p. 112 ss.

<sup>271</sup> Trata-se, como Rita Ribeiro observa e muito bem, «do paradoxo latente entre a autonomia do sujeito na sua autocriação identitária e accional e a correlativa sujeição (mesmo que momentânea ou pululante) às forças de classificação, disciplina e regulação social», porque, na verdade, as identidades são flexíveis, fruto da volatilidade das relações sociais e das relações de força que as enformam e só depois um constructo teórico, pelo que aquelas tanto podem ser concêntricas, temporárias, contextuais como fragmentadas, cruzadas e compostas. Aliás, «a identidade como processo histórico é fundamentalmente definida pela capacidade de criação subjetiva». Cf. RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, p. 39; KAUFMANN *apud ibid.*, p. 37.

comprometerem a respetiva lealdade com os Estados. Esta ideia é reforçada por Margiotta e Vonk que defendem que a nacionalidade, enquanto vínculo jurídico entre um indivíduo e um Estado, não difere qualitativamente doutros vínculos que o indivíduo estabelece, quer com a família, quer com comunidades éticas e religiosas, e que estes, à semelhança da nacionalidade múltipla, são apenas exemplos dos vários tipos de “lealdade” que um indivíduo pode estabelecer. Tal aceção leva Spiro a afirmar que a aversão à plurinacionalidade e o emprego do conceito de lealdade nesta matéria resulta claramente de interesses do Estado, especialmente no que diz respeito ao serviço militar e à manutenção do nacional.<sup>272</sup>

Assim, a afirmação de que a plurinacionalidade contende com interesses individuais não será facilmente comprovada à luz das tendências atuais do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, nomeadamente no que diz respeito à proteção diplomática, ao serviço militar e ao direito tributário.

Primeiro, porque o entendimento histórico de que a plurinacionalidade contende com o exercício efetivo da proteção diplomática pelos Estados da nacionalidade tem sido afastado, reconhecendo-se que as complicações à prossecução daquela não resultam da plurinacionalidade em si, mas antes da recusa dos Estados em reconhecer a não exclusividade do vínculo nacional, passando a admitir-se o exercício da proteção diplomática contra o Estado da nacionalidade mais formal, por aplicação do princípio da efetividade do vínculo nacional<sup>273</sup>. Além destes casos, podem ser tomadas iniciativas diplomáticas para a proteção dos direitos dos indivíduos sem a necessidade de verificação do vínculo de nacionalidade e contra o Estado da nacionalidade, o que resulta da aceitação internacional dos Direitos Humanos como base possível de contestação e da admissibilidade de ação exterior.<sup>274</sup>

Segundo, porque a celebração de tratados internacionais em matéria do serviço militar, nomeadamente de protocolos anexos às principais convenções celebradas em

---

<sup>272</sup> Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.11 ss; MARGIOTTA, VONK, *op. cit.* nota 267, pp. 2 ss.; SPIRO, *op. cit.* nota 267, p. 118 ss.

<sup>273</sup> O princípio da efetividade resulta da jurisprudência do TIJ (caso *Nottebohm*, Liechtenstein v. Guatemala, de 6.04.1955). São de importância decisiva para o seu crescente reconhecimento internacional a jurisprudência do Tribunal Permanente de Arbitragem (caso *Canevaro*, Itália v. Peru, de 03.05.1912), da Comissão de Conciliação italo-americana (caso *Strunsky Mergé* de 1955) e do Tribunal Arbitral para a resolução dos diferendos entre o Irão e os Estados Unidos (caso *Esphahanian v. Bank of Terajat*, de 1983). Vide respetivamente [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1029](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029); [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_xiv/236-248.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_xiv/236-248.pdf);

<http://pt.scribd.com/doc/29110625/Esphahanian-dual-nationality-case-US-Iran-Claims-Tribunal>. Vide também RODRIGUES MORAIS, *op. cit.* nota 160, pp. 289 ss.; HAILBRONNER, *op. cit.* nota 264, pp. 23 ss.

<sup>274</sup> Cf. *id. loc. cit.*; MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp. 11 ss.

matéria de nacionalidade múltipla – Protocolo sobre Obrigações Militares em casos de Dupla Nacionalidade ou o Protocolo de Haia (1930) e os Protocolos anexos à Convenção Europeia de 1963 (Primeiro Protocolo de 1977 e o Segundo Protocolo de 1993) – assim como a previsão e regulação da matéria no capítulo VII da Convenção Europeia sobre Nacionalidade de 1997, resolvem os problemas ligados à previsão simultânea de obrigações militares. Para além do facto de a maioria dos Estados terem abandonado a obrigatoriedade do serviço militar, obrigação histórica e primária decorrente da nacionalidade, o seu cumprimento depende cada vez mais do critério da residência.<sup>275</sup>

Em terceiro lugar, as mesmas conclusões podem ser tiradas em matéria tributária, porque se constata que a prática recorrente dos Estados é fazer depender a tributação da residência ou do local do objeto tributado.<sup>276</sup>

Deste modo, pode concordar-se com Dimitry Kochenov:

*With the growth of international migration in the liberal context where states are bound to exercise self-restraint in nation building, it became apparent that ‘the paradigm of societies organised within the framework of the nation-state inevitably loses contact with reality. In this context, it has compellingly been demonstrated that arguments against multiple citizenship simply do not exist.’<sup>277</sup>*

Deste modo, as modernas vias de comunicação, incluindo a transmissão rádio televisiva através de satélite, o e-mail, o skype e a internet, tornam bastante improvável o isolamento das culturas. Assim, mesmo “mono-nacionais” podem desenvolver afinidades com outras esferas identitárias - regionais, nacionais ou supraestaduais (transnacionais) - seja por influência das experiências laborais ou turísticas, da literatura ou da cozinha, ou por adesão à religião ou orientação filosófica. Aliás, a globalização autoriza tais tendências, o que facilmente se retira da prática internacional e da crescente integração dos Estados, quer na prossecução de políticas e objetivos comuns, quer pela crescente aceitação dos princípios democráticos, pelo reconhecimento internacional dos Direitos Humanos, pela internacionalização dos mercados ou pela raridade das guerras.

---

<sup>275</sup> Cf. SPIRO, *op. cit.* nota 267, pp. 118 ss.. Vide também LEGOMSKY, Stephen H., “Dual Nationality and Military Service: Strategy Number Two.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals*, de David A. MARTIN e Kay HAILBRONNER, pp. 79-134, Kluwer Law International, 2003, pp. 91 ss.; FAIST, GERDES, *op. cit.* nota 264, pp. 7 ss.

<sup>276</sup> Cf. SPIRO, *op. cit.* nota 267, pp. 118 ss.

<sup>277</sup> Vide KOCHENOV, Dimitry, “Double Nationality in the EU: An Argument for Tolerance.”, *European Law Journal* (Blackwell Publishing) vol. 17, n.º 3 (Maio 2011), pp. 323–343, p. 330.

Não admira por isso que, num mundo cada vez mais globalizado, quanto maior for a internacionalização dos processos de decisão mais problemático (ou difícil) se torne a defesa da exclusividade do vínculo político<sup>278, 279</sup>.

Pelas razões *supra* expostas, facilmente se entenderá que as objeções ao reconhecimento da múltipla nacionalidade são sobretudo de cariz funcional e que aquelas se prendem, na sua maioria, com os eventuais efeitos negativos que a plurinacionalidade possa ter na realização dos ideais democráticos, enfraquecendo o ideal da igualdade, motivo pelo qual se questiona a dupla votação dos plurinacionais, e diluindo a solidariedade entre os membros da comunidade política, na medida em que os plurinacionais gozam de direitos em mais do que um Estado e de um direito de opção (“*exit-option*”), do qual a maioria dos cidadãos não beneficia.<sup>280</sup>

Os opositores à múltipla nacionalidade temem que a plurinacionalidade interfira com o exercício responsável dos direitos políticos (*irresponsible voting*), nomeadamente que os plurinacionais não exercerão o seu direito de sufrágio com a mesma preocupação e zelo que seria de esperar pelos “mono-nacionais” que, pelo menos na forma mais idealizada possível, votariam de forma responsável e altruísta. Os adversários ao acolhimento da dupla nacionalidade receiam ainda que os plurinacionais

---

<sup>278</sup> Neste sentido Moura Ramos argumenta que os Estados, em sequência da abertura dos seus espaços e da progressiva erosão da conceção clássica da soberania, sentiram a necessidade de afrouxar os mecanismos que impediam o aparecimento das situações de plurinacionalidade. Assim, o reconhecimento da igualdade dos cônjuges e o impacto da pressão dos movimentos internacionais dos trabalhadores, que pretendiam adquirir a nacionalidade dos Estados de acolhimento sem perder a nacionalidade de origem, levaram os Estados da Europa à abolição dos antigos mecanismos que sujeitavam a aquisição de uma nova nacionalidade à perda do vínculo nacional anterior, em nome dos Direitos Humanos e da necessidade de integração dos imigrantes, nomeadamente dos da segunda geração. A conservação da nacionalidade de origem revela-se de grande importância para a facilitação e a realização do princípio da unidade da nacionalidade familiar. Faist e Gerdes mencionam que antes do alargamento da União em 2004, apenas seis dos quinze Estados-membros faziam depender a aquisição da nova nacionalidade da renúncia da nacionalidade anterior, embora se previssem exceções àquela (Espanha, Holanda, Alemanha, Áustria, Dinamarca e o Luxemburgo). Os países que integraram a União Europeia após o alargamento em 2004 são, segundo os autores, mais reservados em matéria da múltipla nacionalidade, sobretudo quando adquirida por naturalização (aquisição derivada da nacionalidade). Apenas três, o Chipre, a Hungria e Malta reconhecem explicitamente a plurinacionalidade dos seus imigrantes. Os autores relacionam a recente autonomia dos seis restantes Estados – Estónia, Letónia, Lituânia, República Checa, Eslováquia e Eslovénia- à repugnância destes aceitarem a plurinacionalidade de forma incondicionada. Não obstante as observações feitas, a Europa é a região do globo em que a proteção dos Direitos Humanos é mai bem realizada, o que não pode deixar de se refletir na crescente aceitação na região da plurinacionalidade. Cf. MOURA RAMOS, *op. cit.* nota 160, pp. 6 ss.; FAIST, GERDES, *op. cit.* nota 264, pp. 4 ss.; BLATTER, ERDMANN, SCHWANKE, *op. cit.* nota 265, pp. 5 ss., nomeadamente figura 1. Vide também MARGIOTTA, VONK, *op. cit.* nota 267, pp. 3 ss.

<sup>279</sup> Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.11 ss.

<sup>280</sup> Cf. *id. loc. cit.*; SPIRO, *op. cit.* nota 267, pp. 119 ss.

possam tender para a adoção de ideais políticos estremados porque não necessitarão de encarar forçosamente as consequências políticas resultantes das eleições.<sup>281</sup>

No entanto, tais ilações são claramente fruto da lógica concetual que postula a exclusividade e indivisibilidade da lealdade nacional e não correspondem forçosamente à realidade, premissas que, aliás, se apresentam bastante ténues em face da globalização e na medida em que o vínculo formal de nacionalidade não impede a identificação simultânea do indivíduo com outras comunidades. Assim, por exemplo, a não residência de um plurinacional não impede que aquele não continue interessado na organização e condução política do seu (outro) país de nacionalidade, porquanto muitos possuem propriedades, operam empresas, fazem investimentos ou mantêm transações financeiras com aquele país. Por outro lado, no que respeita aos plurinacionais residentes, o recurso à “*exit-option*” parece ser muito improvável, quer nos casos em que os indivíduos adquiriram a dupla nacionalidade por meio da naturalização, quer naqueles casos em que a aquisição é originária, na medida em que a inércia e a familiaridade acabam por manter as pessoas enraizadas apesar da adversidade. Situações semelhantes verificam-se inclusive no âmbito da imigração laboral como revelam estudos realizados naquele campo.<sup>282</sup>

Pelo exposto pode afirmar-se que a recusa da plurinacionalidade, em vez de promover a igualdade, comprometerá a realização dos direitos políticos, porquanto recusará a elegibilidade daqueles que doutra forma a teriam adquirido, e que os plurinacionais tendem a concentrar o seu envolvimento político no país de residência apesar de não estar excluída a hipótese de conservarem sérios interesses na condução política do outro país de nacionalidade e que, dadas as circunstâncias, na sua maioria permanecem o tempo suficiente para sentir as consequências da votação.<sup>283</sup>

Outro argumento frequentemente invocado pelos opositores à múltipla nacionalidade, no âmbito da sua integração política plena, consiste na asserção de que os plurinacionais são incapazes de interpretar corretamente a realidade económica, social e política do país, receando-se uma distorção dos seus votos por falta de capacidades cognitivas, nomeadamente por desconhecimento da situação de facto ou por dificuldades no domínio da linguagem, e que, por isso, sejam influenciados por

---

<sup>281</sup> Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.12 ss.; SPIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 111ss.

<sup>282</sup> Cf. *id. loc. cit.*; MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.12 ss.; FAIST, GERDES, *op. cit.* nota 264, pp. 12 ss.

<sup>283</sup> Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp.11ss. Vide também SPIRO, Peter J., “Political Rights and Dual Nationality.”, in *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolution and Prospects*, de David A., HAILBRONNER, Kay MARTIN, 135-152. Great Britain: Kluwer Law International, 2003, pp. 136 ss. e 150.

políticas e governos distantes (*uninformed voting*).<sup>284</sup> Todavia, este argumento parece tão reprovável quanto o anterior no sentido que a sua concretização parece mais um receio dos principais líderes políticos e do público eleitor residente do que uma realidade concretamente constada. A este propósito Peter J. Spiro salienta que estudos realizados pelo Conselho da Europa, nomeadamente os que resultam do seu *Report on Member State links with citizens living abroad*, levam a concluir que, nos Estados que concedem aos seus expatriados capacidade eleitoral, a taxa de participação apresenta-se de tal forma reduzida que o seu impacto é quase nulo. David A. Martin acrescenta que, embora uma tal situação possa hipoteticamente constituir-se, a rejeição do estatuto do plurinacional não é capaz de fundamentar uma barreira eficaz à eventual verificação do *uninformed voting*, na medida em que o “vulgar” cidadão eleitor é tão apto a alvo de distorção quanto o plurinacional: por um lado, porque as suas capacidades cognitivas são perfeitamente influenciáveis e, por outro, porque as suas escolhas e opções políticas passam pelo crivo da interpretação subjetiva. De acordo com este autor, as escolhas daqueles últimos têm de considerar-se tão legítimas como as dos primeiros, embora não se possa negar que eventuais afinidades externas não possam comprometer, de algum modo e em certa medida, o voto dos indivíduos. No entanto, lembre-se que estão sujeitos a este tipo de interferências externas tanto os plurinacionais como os “mononacionais”.<sup>285</sup>

Outras objeções à múltipla nacionalidade são frequentemente encontradas em sede do próprio processo de sufrágio, porque se teme que o exercício do direito de sufrágio do plurinacional nos países da sua nacionalidade implique o desrespeito do princípio da igualdade de sufrágio, na medida em que, de certo modo, o exercício simultâneo daquele poderá, no entender dos concidadãos, representar a previsão de um estatuto, ainda que simbolicamente, superior àquele garantido aos restantes nacionais. No entanto, tal objeção parece não ter qualquer fundamento concetual porque a compreensão do princípio da igualdade de sufrágio (“uma pessoa, um voto”) necessita de um enquadramento espacialmente delimitado, isto é, a sua validade depende da sua análise no interior de uma realidade política concreta e que, normalmente, constitui a

---

<sup>284</sup> Cf. *id. loc. cit.*; SPIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 110 ss.

<sup>285</sup> Cf. *id. loc. cit.*; SPIRO, *op. cit.* nota 283, p. 138.; MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp. 11 ss. Vide também Council of Europe Parliamentary Assembly, Link Between Europeans Living Abroad and Their Countries of Origin, Doc. 8339 (Mar. 5, 1999), parágrafo 48, disponível em <http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=8660&Language=EN>.; e SPIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 114 ss.

dimensão territorialmente delimitada dos Estados, na qual se observará que aqueles que beneficiam do estatuto da múltipla nacionalidade não estão sujeitos a um tratamento diferenciado: enquanto nacional daquele Estado, o plurinacional será tratado como qualquer outro nacional (ou “mono-nacional”), beneficiando dos mesmos direitos e impondo-se-lhe os mesmos deveres ou obrigações que aos restantes nacionais. Assim, de acordo com Faist e Gerdes, o problema da dupla votação encontra-se sobrestimado no âmbito interno dos Estados conquanto os votos habitualmente se encontrem agregados a eleições e políticas diferentes pelo que, embora o direito de sufrágio possa ser exercido simultaneamente em mais do que um Estado, o voto não conta mais que uma vez.<sup>286</sup>

As mesmas conclusões podem verificar-se quanto ao aspeto prático da problemática acima suscitada porque os Estados, ao regularem as condições para o exercício do direito de sufrágio dos nacionais não residentes, impõem obstáculos ao seu exercício simultâneo, abrangendo não só os “mono-nacionais” não residentes como aqueles que beneficiam do estatuto da múltipla nacionalidade. A este propósito, a prática internacional dos Estados tem revelado o recurso a três formas básicas de restrição do exercício do direito de sufrágio com base na não residência. Primeiro, pode impor-se a perda do direito de sufrágio, quer na sua vertente ativa, quer na vertente passiva, no país de origem, prevendo-se exceções que justificam a manutenção do direito como a ausência por motivo de prestação de serviço ao Estado ou a título de transferência do local de trabalho desde que de uma empresa nacional se trate. É assim que sucede, por exemplo, na Irlanda, na Hungria, na Dinamarca, na África do Sul, na Itália, em El Salvador, na Eslováquia e no Nepal. Segundo, como é prática habitual no Reino Unido, no Canadá e na Nova Zelândia, restringe-se o direito de sufrágio por inabilitação após determinado período de ausência do país. A terceira forma faz depender o exercício do direito de sufrágio da presença dos nacionais não residentes em território nacional para a realização do voto, não se prevendo a sua realização exterior.<sup>287</sup>

Para além das formas típicas a que os Estados recorrem para restringir o exercício do direito de sufrágio dos nacionais não residentes, existem formas

---

<sup>286</sup>Cf. MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp. 11 ss.; FAIST, GERDES, *op. cit.* nota 264, pp. 12 ss. A este propósito também Bauböck observa que: «[a]s long as these votes are not aggregated at a higher level, the principle of one person/one vote has not been infringed». Vide BAUBÖCK, Rainer *apud* SPIRO, *op. cit.* nota 267, p. 130.

<sup>287</sup> *id. loc cit.* Cf. *ibid.*, pp. 136 ss. Vide também SPIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 104 ss.

individualizadas para a sua concessão, constituindo aquela, matéria do núcleo da soberania dos Estados. A Bélgica revela uma disciplina bastante própria no domínio, ao permitir aos seus nacionais não residentes o exercício do direito de sufrágio nas legislativas federais, quer por procuração, quer pessoalmente, desde que seja apresentado documento oficial emitido pelo país de residência que comprove a inelegibilidade naquele. Acrescenta-se que um número crescente de Estados possibilita o exercício do direito de sufrágio aos seus nacionais não residentes, incluindo os plurinacionais, através de correio ou do recurso às embaixadas e consulados, permitindo o exercício exterior do direito de sufrágio. Estados que permitem o voto via correio são os Estados Unidos da América, a Espanha, Portugal e, preenchido o requisito supramencionado, o Canadá. Permitem o exercício do direito de sufrágio exterior a nacionais não residentes por via do recurso às embaixadas e consulados, o Reino Unido (desde preenchido o requisito supracitado), a Polónia, a Lituânia, a Columbia, a Venezuela, o Peru, a França, a Rússia, a Arménia, a Síria, a Suécia e a Espanha. Apesar do movimento descrito, com tendência para facilitação do exercício do direito de sufrágio, a realidade comprova que a taxa de participação dos interessados tem-se mostrado bastante baixa<sup>288, 289</sup>.

Deste modo, embora se verifique um movimento tendente à facilitação do exercício do direito de sufrágio aos nacionais não residentes, a maioria dos plurinacionais vê afastado o seu direito de sufrágio no Estado de que (também) é nacional, porque nele não reside. Por este motivo deve concluir-se que o fator determinante para a concessão do direito de sufrágio ou a inelegibilidade de um nacional reside no critério da residência, o que aliás também sucede relativamente ao direito de sufrágio para o PE (art.39º, n.º 1 CDFUE). As ilações anteriores permitem constatar igualmente que a múltipla nacionalidade não impõe o tratamento diferenciado relativamente a outros nacionais.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> A este propósito Spiro refere que apenas 3.000 de 200.000 nacionais colombianos residentes nos Estados Unidos da América exerceram o seu direito de sufrágio para as presidências em 1990 e que apenas uma pequeníssima amostra (14.000) dos nacionais britânicos não residentes participaram nas eleições parlamentares de 1997. Para além dos casos citados verificaram-se situações (como ocorreu nas eleições parlamentares da Suécia em 1997 – 25.000 de 80.000 eleitores não residentes –, na França e na Áustria – taxa correspondente a 25% dos eleitores não residentes) em que a taxa de participação foi consideravelmente superior. Todavia taxas de participação mais elevadas não justificam uma afetação das consequências políticas que resultam das eleições. Cf. SPIRO, *op. cit.* nota 283, p. 138.

<sup>289</sup> Cf. *ibid.*, pp. 136 ss.; MARTIN, *op. cit.* nota 270, pp. 11 ss.

<sup>290</sup> SPIRO, *op. cit.* nota 283, pp 136 ss.; PIRO, *op. cit.* nota 264, pp. 103 ss.



### 1.3. O surto dos movimentos “regionalistas” e a ductilidade do processo identitário

O conflito de culturas tem hoje lugar no contexto de uma sociedade mundial e, de acordo com o exposto em parágrafos anteriores, tal circunstância exige que os atores coletivos, independentemente da sua cultura e diferentes tradições, aceitem, para bem ou mal, o estabelecimento de normas de coexistência, porque o isolamento contra influências externas deixou de ser opção num mundo cada vez mais integrado. Mesmo nas sociedades que duma perspetiva cultural são comparativamente homogêneas, uma reformulação reflexiva das tradições dogmáticas prevaletentes é muito mais difícil de evitar.<sup>291</sup> No entanto, o restabelecimento da paz nos espaços crescentemente integrados parece de difícil concretização, por um lado, dado a relutância dos Estados se renderem aos desafios do mundo globalizado, por outro, pelo refortalecimento do nacionalismo na forma do surto das reivindicações de independência ou autonomia regionais.<sup>292</sup> Mas como se explicam estes fenómenos aparentemente contraditórios?

A existência e a proliferação coexistente de fenómenos como a produção identitária regional (regionalização) com fenómenos de produção identitária em esferas mais amplas (internacionalização) explicam-se pelo decurso do processo de globalização que, desenvolvendo fluxos (*flows*) e teias (*networks*) inter-regionais e globais em todas as áreas de vivência social, promovendo a circulação de mercadorias, pessoas, símbolos e informação no tempo e no espaço, formam mosaicos bem definidos de interação entre esferas até então independentes, como a esfera dos atores sociais e a esfera do poder.<sup>293</sup>

Em bom rigor, os nacionalismos minoritários que se têm vindo a desenvolver nos Estados democráticos são fruto do próprio processo de globalização: quanto mais globais se tornarem as necessidades, mais fortes serão as expectativas dos indivíduos nos seus governos regionais e locais, porque só as estruturas políticas locais estão, em última instância, aptas para encontrar soluções adequadas às necessidades concretas dos indivíduos e para enfrentar os seus receios.<sup>294</sup> Se até à data, aqueles foram malogrados,

---

<sup>291</sup> Cf. HABERMAS, *op. cit.* nota 196, p. 99.

<sup>292</sup> Cf. HAARSCHER, *op. cit.* nota 259, p. 27. Vide FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, *cit.*, pp. 82 ss e 298 ss. Vide ainda a propósito do condicionamento dos Estados na concessão dos direitos GEIGER, *op. cit.* nota 69, pp. 261 ss.

<sup>293</sup> SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 10 ss.

<sup>294</sup> FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, pp. 522 ss.

tendo sido considerados como uma patologia do corpo político nacional e as suas liberdades foram restringidas em nome da “identidade nacional”, a globalização e o condicionamento dos Estados apresentam-se-lhes como verdadeira oportunidade no sentido da sua “des-etnicização” ou do combate contra o centralismo democrático nacionalista excessivo (*weitgetriebenen demokratisch-nationalstaatlichen Zentralismus*). Adotando o mesmo discurso inclusivo e cívico que em tempos foi instrumento dos nacionalismo nacionais, porque as identidades são um móbil de reivindicação e resistência eficaz em momentos de mudança ou perante modelos dominantes, as minorias regionais tendem a mover-se a par dos movimentos políticos progressistas e a fazer causa comum com os novos movimentos sociais, pelo que estas nações antes procuram constituir o quadro principal da regulação social, e não tanto reivindicar particularismos.<sup>295</sup>

Segundo Langlois, é precisamente o facto de as minorias nacionais se terem tornado “sociedades globais”, em vez de representarem fragmentos étnicos, que explica a necessidade daquelas reivindicarem soberania em grau suficiente para serem sujeitos e não meros objetos do debate constitucional. À semelhança do que sucedeu no processo de “*state-making*” ou “*state building*” ou na luta contra o sistema feudal aristocrático, as minorias nacionais procuram, desta vez, afirmar-se contra o modelo dominante Estado-nação. O autor conclui, portanto, que a proliferação dos regionalismos não deve ser confundida com movimentos de autodeterminação em sentido estrito, que procuram a constituição de um Estado, mas deve ser entendida como exigência de renegociação da posição das minorias no Estado e na ordem transnacional emergentes.<sup>296</sup>

Assim, apesar de se presenciarem fortes movimentos nacionalistas e substancialmente apoiados pela opinião pública, nomeadamente no Reino Unido, na Espanha, na Bélgica e na França, nenhum daqueles procura verdadeiramente a constituição de um Estado no sentido tradicional. A argumentação pode ser apoiada no estudo das realidades presentes e a seguir descritas.<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> Cf. KEATING, *op. cit.* nota 22, pp. 201 ss. FLEINER, BASTA FLEINER, *op. cit.* nota 3, *cit.*, pp. 522 ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 69 ss; RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, p. 32 ss.; RIBEIRO, Rita, *A nação na Europa – breve discussão sobre identidade nacional, nacionalismo e supranacionalismo*, Minho, pp.11 ss., disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5646/4/A%20na%C3%A7%C3%A3o%20na%20Europa.pdf>.

<sup>296</sup> Cf. KEATING, *op. cit.* nota 22 pp. 201 ss.

<sup>297</sup> Cf. *id loc. cit.*

O nacionalismo quebequense sempre reivindicou a sua soberania sem com ela pretender quebrar o seu vínculo com o Canadá. O movimento nacionalista flamengo apenas coloca a hipótese da sucessão de Estado caso verifique a possibilidade da sua absorção por uma União Europeia mais estreita. A coligação *Convergència i Unió*, líder do movimento nacionalista catalão, rejeita claramente a sua independência com base na situação da Catalunha anteriormente a 1714, como uma nação mercantil autónoma no âmbito da “coroa real” de Aragão, fortemente ligada à Espanha e atuando no amplo espaço mediterrânico e europeu. Inclusivamente a *Esquerra Republicana de Catalunya*, de cariz marcadamente mais independentista, apenas defende a separação da Catalunha caso uma federação europeia venha tomar o lugar da Espanha. O movimento nacionalista Basco, apesar de fortemente separatista, na sua opinião dominante tende a favorecer uma visão pós-soberana à semelhança daquela proclamada pelos catalães. Apenas o nacionalismo apelidado pelo *Scottish National Party*, seguindo uma dogmática estadual em sentido mais clássico, procura a sua independência no interior da União Europeia, no entanto, no seu seio dividem-se as opiniões no que concerne à consagração de uma soberania plena ou na adoção de uma variante pós-soberana. O partido nacionalista galês, *Plaid Cymru*, tem evitado a independência galesa a favor da sua autonomia num contexto de formação duma ordem pública europeia.<sup>298</sup>

Pelo exposto, e na opinião de Keating, a opinião pública tende, deste modo, a recusar uma demarcação brusca e rígida da lei local, apoiando a autonomia governamental sem, por esse meio, demonstrar interesse em absorver todas as funções clássicas do Estado, como a defesa e a segurança ou a autonomia monetária.<sup>299</sup> Os processos de formação identitária regional demonstram, por esta via, ser menos irreduzíveis e enquistados do que aparentam numa primeira análise, pelo que, segundo alguns autores como David Held, Simon Langlois, Micheael Keating e outros, pode afirmar-se que a emergência de fenómenos identitários regionais estabelecem uma relação dinâmica bastante complexa com outros processos identitários e que estes fenómenos, ainda que possam ser apreendidos a vários níveis, não apresentam naturezas divergentes, mas são manifestações específicas do processo generalizado de globalização. Para o efeito, as minorias nacionais dos Estados da Europa ocidental (assim como as do Canadá) apenas usaram em seu benefício a crise de legitimação

---

<sup>298</sup> Cf. *id.loc. cit.*

<sup>299</sup> Cf. *id. loc. cit.*

democrática dos Estados soberanos para renegociar as suas posições no Estado e na ordem transnacional emergentes.<sup>300</sup>

Mas, o facto de se reconhecer diferentes níveis ou formas de democracia fora do contexto convencional do Estado, implica reconhecer que existem igualmente diferentes formas de comunidade política paralelas ao círculo formal dos nacionais, contrariamente ao postulado pela doutrina particularistas.<sup>301</sup> Deste modo, o processo identitário espacialmente delimitado caracteriza-se por uma dupla estrutura, constituído por dois processos convergentes, o processo de delimitação vertical e o processo de delimitação horizontal. O processo vertical estabelece-se em relação ao plano nacional, europeu e local (unidade na diferença) e o processo de diferenciação horizontal ao nível regional, em que diferentes espaços de ação formam a unidade pela diferença ao distinguir entre os planos regional e inter-regional. O substrato material dos diferentes planos, formado pelos seus territórios tidos como produto histórico da delimitação política, permitem considerar igualmente os diversos sistemas<sup>302</sup> como índices de produção identitária, na medida em que estabelecem as fronteiras entre o interno e o exterior. Deste modo, a identidade deriva não só de um processo vertical de delimitação, mas também de um processo de delimitação horizontal que permite, em última instância, determinar quais as fronteiras e relações que se estabelecem com unidades territoriais comparáveis.<sup>303</sup>

Da ductilidade do processo identitário acima descrito pode, assim, resultar um fenómeno de concomitância da formação identitária regional (vulgarmente conhecida como questão dos “nacionalismos regionais”) com um crescente desenvolvimento de processos identitários em relação a esferas espaciais mais amplas, situação que se verifica na atualidade: na mesma medida que se desenvolvem elementos necessários à formação de uma “identidade europeia”<sup>304</sup>, outros fenómenos identitários, que parecem

---

<sup>300</sup> *id. loc. cit.*; SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp.10 ss.

<sup>301</sup> Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 25 ss.

<sup>302</sup> Por sistema deve entender-se o conjunto atores, estrutura, programa e meio (ambiente).

<sup>303</sup> Cf. SCHMITT-EGNER, Peter, *Europäische Identität: Ein Konzeptioneller Leitfaden zu ihrer Erforschung und Nutzung*, 1ª Edição, Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 209 ss.

<sup>304</sup> A propósito da problemática da formação de uma “identidade europeia”, a análise do *Eurobarómetro* evidencia a presença de elementos necessários à sua formação, embora alguns daqueles possam sugerir a existência de uma identidade distinta daquela classicamente concebida dentro dos moldes do Estado-nação. Segundo Gehards e Hölscher, um projeto de “identidade europeia” parece existir, na medida em que as análises feitas aos resultados do *Eurobarómetro* levam a concluir pela verificação de influências determinantes em pelo menos cinco setores societários relevantes: na religião, na família, na economia, no bem-estar e na política. Os autores concluem que o “Human Development Index”, a formação e o nível de ensino dos inquiridos são fatores positivos determinantes nesta matéria, ainda que os mesmos não possam afirmar que a União Europeia prossiga, por meio da sua política económica, a construção de

assumir feições irreduzíveis e enquistadas, proliferam pela Europa ocidental com o objetivo de garantir uma autonomia ampla aos seus povos, como é o caso dos “regionalismos” sudtirolo na Itália, o esloveno na Áustria, o flamengo na Bélgica, o basco e o catalão na Espanha, o bretão e o alsaciano na França, e o galês e escocês no Reino Unido.<sup>305</sup>

Na medida em que se pode extrapolar as considerações *supra* mencionadas para o plano vertical de delimitação identitária, conclui-se que a identidade nacional, a criar-se uma “identidade europeia”, cujos elementos essenciais parecem desde já existir, não necessita de diminuir na exata proporção de um eventual reforço da identidade europeia. E partindo duma presunção de compatibilidade entre as duas esferas identitárias, a identidade nacional poderia beneficiar com a criação de uma “identidade europeia”, na medida em que aquela proporcionará à identidade nacional a possibilidade de expansão sincrónica dos seus potenciais<sup>306</sup>.

Em suma, as alterações culturais despoletadas pelo processo de globalização não se manifestam na universalização em sentido da unificação dos estilos de vida, dos símbolos culturais e da conduta internacional, mas propiciam o aparecimento de elementos contraditórios, diferenciáveis numa perspetiva inclusiva, mas que devem ser compreendidos como fenómenos unitários<sup>307</sup>: daí que aparentemente se trate de fenómenos opostos, eles são convergentes. Além disso, contrariamente ao que parece postulado pelo nacionalismo, as identidades são flexíveis, fruto da volatilidade das relações sociais e das relações de força que as enformam, tanto podendo ser concêntricas, temporárias, contextuais como fragmentadas, cruzadas e compostas.

#### 1.4. A cidadania da União como identidade partilhada

Do exposto entende-se que a nacionalidade continua um critério de exclusão determinante dos estrangeiros: todos os portugueses, franceses e alemães continuam mais iguais que os outros. Mas, dado a complexidade civil das democracias atuais e

---

uma identidade europeia. No que concerne, no entanto, a medidas como, por exemplo, o Programa Erasmus ou a tentativa de criação de meios de comunicação (*media*) transnacionais (p. ex. pela criação do canal ARTE), segundo os autores, tais medidas indiciam claramente o objetivo de formação de um público europeu, meta inscrita nos projetos nucleares da política da UE. Cf. *ibid.*, pp. 56 ss. Vide *Eurobarómetro*, disponíveis em [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion/index_en.htm).

<sup>305</sup> Vide ZIPPELIUS, *op. cit.* nota 25, pp. 69 ss; RIBEIRO, *op. cit.* nota 157, p. 35 ss.

<sup>306</sup> Cf. SCHMITT-EGNER, *op. cit.* nota 303, pp. 204 ss.

<sup>307</sup> Cf. SCHWERT, *op. cit.* nota 3, p. 17.

modernas oculta-se o perigo daquelas não garantirem a igualdade dos seus membros, pelo que a integração, antes de tudo, passa por ser uma questão democrática interna.<sup>308</sup>

Com o reconhecimento de que os direitos sociais, económicos e civis não podem ser limitados nacionalmente e com o alargamento da democracia às formas transnacionais de organização do poder, os direitos políticos ganham uma veste identitária significativa, tornando-se o critério essencial de distinção dos Estados. Em todo o lado irrompem noções regressivas de nação, como no debate de Maastricht sobre o sufrágio municipal dos “estrangeiros”, sem se reconhecer que uma cidadania *pleno iure* é determinante para uma democracia mais inclusiva.<sup>309</sup>

No entanto, ainda que a cidadania seja nacionalmente importante, ela não é uma prescrição de patente: o *demos* pode ser concebido de forma neutra. Assim, em vez de um entendimento tradicional de nacionalidade e cidadania, a globalização exige uma conceção que pondere simultaneamente a universalidade e a diversidade, permitindo ao cidadão seguir os seus projetos políticos quer a nível subnacional, quer a nível transnacional.<sup>310</sup> Um tal conceito reformulado de cidadania parece estar a desenvolver-se através da Cidadania da União.

A cidadania europeia surgiu primeiramente para conciliar um conjunto de direitos económicos que emergiram no âmbito da integração do mercado único, refletindo uma imagem reduzida e funcionalizada do indivíduo<sup>311</sup>. Mais tarde, desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>312</sup>, o tribunal reconheceria o efeito direto das liberdades fundamentais do mercado interno<sup>313</sup>, mas o impulso determinante para o reconhecimento de direitos pessoais não conexos às liberdades fundamentais do mercado, sucedido nos anos 70, emanou da “lei laboral europeia” e da legislação social que, embora inicialmente servisse a liberdade de circulação dos trabalhadores, gradualmente se foi tornando independente da existência

---

<sup>308</sup> KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 254 ss.

<sup>309</sup> *Id. loc. cit.*

<sup>310</sup> SCHWERT, *op. cit.* nota 3, pp. 112 ss.

<sup>311</sup> À data, a liberdade de circulação apenas era garantida aos nacionais dos Estados-Membros que pretendiam circular na qualidade de agentes económicos, ou seja, tratava-se de uma conceção económica da liberdade de circulação, que visava fundamentalmente assegurar a realização dos objetivos enunciados no Tratado, nomeadamente a realização do Mercado Comum. GORJÃO HENRIQUES, *op. cit.* nota 258, *passim*.

<sup>312</sup> Atualmente Tribunal de Justiça da União Europeia.

<sup>313</sup> KADELBACH, Stefan, “Union Citizenship”, in *Jean Monnet Working Paper 9*, 2003, em colaboração com o Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, p. 6 ss., disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/papers03.html> .

de um contrato de trabalho<sup>314</sup>. Concomitantemente começaram a levantar-se preocupações com o estatuto político dos migrantes dentro da Comunidade Europeia e foram pedidos projetos à Comissão para rever que direitos deveriam ser garantidos aos cidadãos dos Estados-Membros pela Comunidade, avançando-se com a ideia de que lhes devia ser assegurado o direito de sufrágio ativo e passivo nas eleições municipais do local de residência<sup>315</sup>.

Só nos anos 80, começariam os esforços para o reforço e a promoção da identidade e da imagem da Comunidade, já se prevendo à data, nos relatórios do Comité Adonino, quase todos os direitos mais tarde consagrados no Tratado. Foi também nessa altura que o TJCE entendeu, no seu célebre acórdão *Luisi e Carbone*, alargar a liberdade de circulação aos turistas<sup>316</sup>, tendo o Conselho, em 1990, emitido três diretivas sobre a liberdade de circulação e de estabelecimento<sup>317</sup>.

No entanto, apenas com a fundação da União Europeia, que viria a substituir a antiga Comunidade Europeia, o Tratado, agora o de Maastricht, transformaria qualitativamente todo o processo de integração europeia, tendo sido decisiva a introdução no seu art.1º, e que se mantém até data (art.1º TUE), a qualificação da União Europeia como “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa”. A introdução da Cidadania da União (antigo art.17º TCE, atual art.20º TFUE) destacava, assim, o facto de que a Comunidade Económica não constituía apenas uma comunidade de Estados, mas sobretudo uma comunidade de cidadãos, pelo que a associação de Estados e de constituições (*Staaten- und*

---

<sup>314</sup> Refira-se também, a este propósito, a jurisprudência do TJCE, nomeadamente o caso C-118/75, *Watson e Bellman*, de 7.7.1976, no qual o TJCE entendeu por bem estender o direito de livre circulação a todos os destinatários dos serviços. Acórdão disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-118/75&td=ALL&dates=%2524type%253Dpro%2524mode%253DfromTo%2524from%253D1976.7.7%2524to%253D1976.7.7>.

<sup>315</sup> KADELBACH, *op. cit.* nota 313, p.7.; MAAS, Willem, “The Evolution of EU Citizenship.” *Memo for Princeton workshop on The State of the European Union*, vol. 8, 16 de Setembro de 2005, pp. 1-17, disponível em <http://www.princeton.edu/~smeunier/Maas%20Memo.pdf>.

<sup>316</sup> C- 286/86 e C-26/83, *Luisi e Carbone*, de 31.1.1984, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-286/82&td=ALL&parties=Luisi%20e%20Carbone>.

<sup>317</sup> A Diretiva 90/364/EEC sobre o direito de residência (JOUE, L 180, 26), a Diretiva 90/365/EEC relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua atividade profissional (JOUE, L 180, 28) e a Diretiva 90/366/EEC relativa ao direito de residência dos estudantes (JOUE, L 180, 30) que foi anulada pelo TJEC, tendo sido substituída pela Diretiva 93/96/EEC (JOUE, L 317, 59). Diretivas disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=pt>.

*Verfassungsverbund*) estabelecia, em última análise, uma União política de cidadãos ou uma verdadeira associação de cidadãos (*bürgerverbund*).<sup>318</sup>

Todavia, antes da entrada em vigor do Tratado de Maastricht alguns Estados membros, nomeadamente o Estado alemão e o Reino Unido, reivindicaram a sua competência exclusiva em matéria do direito da nacionalidade, pelo que, na “Declaração relativa à nacionalidade de um Estado-membro anexa ao Tratado de Maastricht” foi explicitamente declarado que, onde quer que a nacionalidade fosse abordada no tratado, apenas a legislação nacional deveria ser decisiva. Tal circunstância implicou que a Cidadania da União estabelecesse um vínculo indireto com a nacionalidade e que, em alguns casos, a cidadania viesse a ser adquirida com mais facilidade do que noutros<sup>319</sup>. Assim, ninguém pode renunciar à Cidadania da União, sem prescindir igualmente da sua nacionalidade. Esta circunstância tem a inevitável consequência de dar demasiado destaque ao princípio da nacionalidade e de sujeitar a inclusão no *público europeu* aos mesmos critérios de inclusão nos públicos nacionais.

320

Na medida em que o estabelecimento dos requisitos para a aquisição e perda da nacionalidade continuam, de acordo com o direito internacional, largamente no âmbito da competência dos Estados membros, impossibilitando a União, apesar de reconhecer certos direitos aos indivíduos, de intervir na definição das situações que são determinantes para a aquisição daqueles direitos, a União estaria condenada a render a igualdade e a cidadania a favor das pretensões soberanas dos Estados membros. Foi por esta razão que provavelmente o TJUE declarou que os Estados membros, na determinação das leis da nacionalidade, deviam observar o direito comunitário, na medida em que os critérios para a perda da nacionalidade poderiam levar à perda das liberdades do mercado, nomeadamente, do direito de entrada, permanência e residência, não obstante o próprio princípio da cooperação leal forçar os Estados nesse sentido

---

<sup>318</sup> CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 30 ss.; MOURA RAMOS, Rui Manuel, “Les nouveaux aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers une Citoyenneté Européene.” *Boletim da Faculdade de Direito*, 1992: pp. 17-58, pp. 37 ss.

<sup>319</sup> Sobretudo no que concerne à aquisição derivada da nacionalidade, porque as condições de naturalização diferem em muito de Estado para Estado. Cf. KOSTAKOPOULOU, Dora, *European Union Citizenship: Writing the Future*, disponível em <http://aei.pitt.edu/7943/1/kostakopoulou-d-10b.pdf>; KOCHENOV, Dimitry, “The Present and the Future of EU Citizenship: A Bird's Eye View of the Legal Debate.”, *Jean Monnet Working Paper 2*, 2012, pp. 9 ss, disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers12.html>

<sup>320</sup> KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp. 654 ss.; KOSTAKOPOULOU, *op. cit.* nota 319.



(arts.4º, n.º3 TUE)<sup>321</sup>.<sup>322</sup> Na sua jurisprudência mais recente, o TJUE acaba mesmo por impor uma restrição direta à capacidade dos Estados membros em matéria de nacionalidade ao declarar que a revogação da nacionalidade deve respeitar o princípio da proporcionalidade<sup>323</sup>.

Assim, em vez da Cidadania da União entrar em concorrência com a nacionalidade dos Estados membros, como deve ter sido receado pela Alemanha e o Reino Unido, aquela segue conscientemente a ideia de cidadania<sup>324</sup>. Não se pretende substituir a nacionalidade, porque não se estabelece qualquer soberania pessoal, mas pretende tornar-se a União mais próxima dos seus cidadãos, atribuindo-se a cidadania ao indivíduo enquanto portador de direitos e obrigações (arts.9º TUE e 20º TFUE). A Cidadania da União é, portanto, derivada da nacionalidade dos Estados membros, constituindo uma verdadeira cidadania a vários níveis, cujos destinatários são, quer a União, quer os Estados membros<sup>325</sup>.<sup>326</sup> Nas palavras de Kochenov: «*the EU is turning into 'a laboratory for differentiated citizenship', with all the positive and negative consequences of being the avant-garde of an important transformation*»<sup>327</sup>.

---

<sup>321</sup> Vide a este respeito casos *Micheletti* (C-369/90, de 7.7.1992), *Kaur* (C-192/99, de 20.2.2001) do TJUE. Disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?pro=&nat=&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CCJ%252CCR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=ALL&pcs=O&avg=&mat=or&jge=&for=&cid=3081724>.

<sup>322</sup> KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 262 ss.; GUERRA MARTINS, Ana Maria, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de estados terceiros legalmente residentes na União Europeia – da origem na integração económica ao fundamento na dignidade humana*, Coimbra, Almedina, Julho 2010, pp. 156 ss.

<sup>323</sup> Caso C-135/08, *Rottmann*, de 2.3.2010.

<sup>324</sup> É o que se pode retirar da leitura do *Terceiro Relatório da Comissão sobre a cidadania da União*, no qual a Comissão salienta que «*attempts to draw parallels with national citizenship should be avoided. Because of its origins and the rights and duties associated with it, citizenship of the Union is sui generis and cannot be compared to national citizenship of a Member State*». Cf. Comissão das Comunidades Europeias, *Terceiro Relatório da Comissão sobre a cidadania da União*, Bruxelas, 7.9.2001, COM (2001) 506 final, p. 7, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/COMIndex.do?ihmlang=pt>.

<sup>325</sup> Neste sentido afirmam Dora Kostakopoulou e Miguel Poiars ao defender que a cidadania europeia é um conceito jurídico e político autónomo.

<sup>326</sup> KADELBACH, *op. cit.* nota 235, pp. 659 ss.; KLEGER, *op. cit.* nota 193, pp. 262 ss.; NICOLETA, Olteanu Camelia, “European Citizenship versus National Citizenship.” *AGORA Int'l J. Jurid. Sci.*, vol. cclxxxii, 2010; DASCILLU, Andra, IANCU, Daniela, “National and European Citizenship.” *AGORA Int'l J. Jurid. Sci.*, vol. ccxiii, 2010.; TNS Opinion & Social at the request of the European Commission, Directorate-General Justice, “Flash Eurobarometer 365: European Union Citizenship report.”, Survey co-ordinated by the European Commission, Directorate-General for Communication (DG COMM “Research and Speechwriting” Unit), 2013, pp. 2 ss., disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/>; TNS Political & Social at the request of the European Commission, Directorate-General Justice, “Flash Eurobarometer 364: Electoral rights.”, Survey co-ordinated by the European Commission, Directorate-General for Communication (DG COMM “Research and Speechwriting” Unit), 2013, pp. 3 ss., disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/>.

<sup>327</sup> KOCHENOV, *op. cit.* nota 319, p. 3.

Assim, a partir de Maastricht qualquer cidadão da União é inserido no âmbito de aplicação pessoal do tratado, sem necessidade de verificação de qualquer requisito adicional (antiga *cross-border credential*) à nacionalidade (art.20º TFUE) o que, sem dúvida, contribui para o reforço da proteção dos direitos e interesses dos nacionais dos seus Estados membros e cidadãos. A liberdade de circulação e a concessão de direitos políticos, tidos como os elementos mais importantes na criação de cidadania da União, estariam agora expressamente consagrados como direitos no Tratado (arts.21º, 22º e 24º TFUE), acompanhados doutros importantes direitos como o direito de proteção por parte das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado membro (art.23º TFUE), incluindo as liberdades fundamentais que resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros (art.6º TUE) e os direitos sociais (arts.27º a 38º CDFUE), por força do art.17º, n.º 2 TFUE.<sup>328</sup>

Porém, como consequência daquele desenvolvimento<sup>329</sup>, as duas ordens jurídicas, interna e supraestadual, fariam reivindicações legítimas de jurisdição não só sobre as mesmas circunstâncias, mas também sobre os mesmos sujeitos, pelo que as fronteiras entre o direito da União e os direitos internos dos Estados membros deveriam, na perspetiva dos Estados e por motivo da aplicação *ratione personae* do direito da União, ser impreterivelmente distintas. Assim se explicam as decisões de Maastricht e de Lisboa proferidas pelo TCFA que afirma que o princípio democrático não pode ser satisfeito de um modo idêntico a ambos os níveis (nacional e supraestadual) e porque entende que apenas poderes soberanos bem delimitados podem ser transferidos para a União, o que constitui, aliás, segundo o TCFA, condição essencial para preservar as estruturas institucionais dos Estados, a independência da Nação, a integridade territorial e os direitos fundamentais e liberdades nacionais.<sup>330</sup>

Mas, a necessidade de preservar a regulação de certas questões a nível nacional pode figurar efeitos negativos na vida dos cidadãos da União que se encontram privados

---

<sup>328</sup> *Ibid.*, pp. 36 ss.; KADELBACH, *op. cit.* nota 313, pp. 5 ss.; MEEHAN, Elizabeth, “Europeanization and Citizenship of the European Union.” *Yearbook of European Studies* 14, 2000, pp. 157-177, pp.162 ss.

<sup>329</sup> Para aquele desenvolvimento, e de importância decisiva, contribuiu igualmente a jurisprudência do TJUE, nomeadamente através dos casos *Martinez Sala* (C-85/96 de 1998), *Grzelczyk* (C-184/99 de 2001), *Baumbast* (C-413/99 de 2002), *Collins* (C-138/02 de 2004), *Bidar* (C-209/03 de 2005), entre outros. Cf. STRAZZARI, *op. cit.* nota 231, pp. 28 ss. Acordãos disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?pro=&nat=&oqp=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=ALL&pcs=O&avg=&mat=or&jge=&for=&cid=3999571>.

<sup>330</sup> STEINBACH, *op. cit.* nota 137, pp. 369 ss.; KOCHENOV, Dimitry. “Citizenship without Respect: The EU's Troubled Equality Ideal.” *Jean Monnet Working Paper* 10, 2010, pp. 36 ss., disponível em <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/papers10.html>.

dum dos princípios fundamentais de direito: o princípio da igualdade e não-discriminação expresso no seu estatuto de cidadãos. E mais significativo é que os próprios Estados não se encontram nas condições de assegurar aos seus nacionais a igualdade desejada. Além desse facto, muitos daqueles direitos são considerados como formalmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da UE, mesmo que se resida no território do Estado membro da sua nacionalidade. Por isso, ao abraçar equivocadamente a presunção de cidadania numa aceção mono-cultural que, na realidade, nunca existiu, os juízes de Karlsruhe, ao envolver novamente a sua decisão num moralismo político disfarçado de argumento legal, demitiram corajosamente a cidadania europeia.<sup>331</sup>

Note-se que a influência da cidadania da UE sobre as nacionalidades dos Estados membros não é apenas direta, mas a sua influência indireta é sem dúvida muito mais importante. Primeiro, uma vez que todas as nacionalidades dos Estados membros oferecem o acesso ao estatuto único da cidadania da União do qual deriva um acervo progressivamente crescente de direitos, inclusive o direito de não discriminação em razão da nacionalidade, afasta a hipótese, legalmente falando, de haver “melhores nacionalidades”, facto que se torna bastante evidente quando se considera que a residência num Estado membro é o critério subjacente à maioria das pretensões legais decorrentes do estatuto da cidadania europeia. Segundo, a cidadania da união equivale *de facto* a um estatuto de “quase-nacional” do Estado membro de residência e, portanto, corresponde a uma relativização das nacionalidades dos Estados membros através da consagração do princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade nos arts.18º TFUE e 21º, n.º 2 CDFUE. Em bom rigor, nenhum cidadão da união pode ser igualado a estrangeiro: as velhas noções antiquadas de “imigrante”, “estrangeiro residente” e “convidado temporário” não se aplicam aos cidadãos europeus.<sup>332</sup>

Pelo exposto deve, neste ponto, ser fácil subsumir que a natureza imperfeita que a cidadania da união e o princípio da igualdade viriam adquirir deveu-se sobretudo à “sensibilidade” dos Estados membros. Esta circunstância parece, aliás, ser apoiada pelo TCFA na sua recente Decisão de Lisboa pelo apego que faz a concepções políticas e doutrinárias que não estão em condição de garantir a igualdade dos seus cidadãos (se alguma vez esteve?). Pior! A inexistência da até então aparentemente clara correlação entre território, Estado e democracia, determina que sejam os próprios Estados membros

---

<sup>331</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 59 ss.

<sup>332</sup> Cf. KOCHENOV, *op. cit.* nota 319, pp. 24 ss.; KOSTAKOPOULOU, *op. cit.* nota 319.

a enfraquecer os princípios que fundamentaram os seus ordenamentos constitucionais.<sup>333</sup>

Incapazes de aplicar a lei a todos os nacionais que se encontrem no seu território sem nenhuma razão aparente, nenhum Estado membro pode legitimamente afirmar que a igualdade é salvaguardada, situação que terá igualmente repercussões para a União. Assim, não obstante a UE se fundamente no princípio da igualdade e reconheça cada nacional dos Estados membros como seu cidadão, infelizmente, a maioria dos cidadãos da união não podem considerar-se efetivamente iguais, porquanto domina a presunção da sua incomparabilidade com base em critérios meramente formais (nacionalidade). Deste modo, o formalismo legal ameaça aniquilar as considerações essenciais de justiça que fundamentam a lei e a democracia, pois a igualdade é o elemento principal da cidadania e parte da sua definição enquanto estatuto de igualdade na comunidade politicamente organizada.<sup>334</sup>

Assim, por exemplo, se a Cidadania da União, com o objetivo de aproximar a União dos seus cidadãos e encorajar a formação da chamada “*Euroconsciousness*”, produz novamente uma ligação indireta à nacionalidade nos termos *supra* expostos, a Comunidade de Nações e a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) não fazem depender a concessão dos direitos políticos da aquisição do estatuto formal da nacionalidade, mas meramente do critério de residência. No caso da CPLP, e dando apenas relevo à relação que se estabelece entre Portugal e o Brasil, verifica-se que é conferida a quase totalidade dos direitos aos cidadãos brasileiros sem depender da nacionalidade.<sup>335</sup>

Conforme estabelecido na *Convenção sobre Igualdade de Direitos entre Brasileiros e Portugueses*, concluída em Brasília em 7 de Setembro de 1971, revogada e substituída pelo *Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil* assinado em Porto Seguro em 22 de Abril de 2000<sup>336</sup>, estabelece-se um estatuto de igualdade entre portugueses e brasileiros, prevendo-se a igualdade de direitos e deveres dos respetivos nacionais, incluindo os direitos políticos, cujo exercício nem implica a perda das respetivas nacionalidades nem o termo do exercício de todos os direitos e deveres inerentes às respetivas

---

<sup>333</sup> KOCHENOV, *op. cit.* nota 330, pp. 3ss.

<sup>334</sup> *id. loc. cit.*

<sup>335</sup> Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 25 ss.

<sup>336</sup> Ratificado por Decreto do Presidente da República n.º79/2000 14 de dezembro e entrou em vigor a 5 de Setembro de 2001. Disponível em <http://dre.pt/sug/1s/diplomas-lista.asp>.

nacionalidades, desde que não ofendam a soberania nacional e a ordem pública do Estado de residência. Acrescenta-se que a condição temporal de residência a que subjaz o gozo de direitos políticos passou de cinco para três anos.<sup>337</sup>

Contudo, ainda que o princípio da equiparação e a sua aplicação estejam normalmente dependentes ou do critério da residência ou permanência no território do respetivo Estado ou do critério da permanência regular ou irregular no mesmo, em bom rigor, a maior ou menor extensão dos direitos concedidos depende sempre das opções políticas de cada Estado. Assim, contrariamente ao que sucede na UE, em que a maior ou menor amplitude da reserva relativa de direitos fundamentais se baseia nas obrigações assumidas por via convencional decorrentes da participação no projeto de integração económico e político dos Estados membros, no caso da CPLP pode dizer-se que aquela depende principalmente de fatores de ordem cultural, como a língua falada e escrita e os laços históricos.<sup>338</sup> Não admira que os cidadãos da União Europeia, apesar de terem mais direitos de participação política do que outros estrangeiros em geral, tenham, em regra, menos direitos que os cidadãos de países de língua portuguesa (ainda que, na prática, o disposto no art.15º, n.º3 da CRP, apenas respeite aos cidadãos de nacionalidade brasileira).<sup>339</sup>

Por esta razão, segundo Canotilho e Vital Moreira, apesar da cláusula de reciprocidade ser uma “cláusula de diferenciação” ou um “instrumento de diferenciação jurídico-internacionalmente legítima”, aquela precisa de ser repensada jurídico-constitucional ou jurídico-internacionalmente face à criação dos ordenamentos jurídicos supranacionais ou dos ordenamentos estatais com cooperações reforçadas com outros estados membros de uma comunidade política.<sup>340</sup>

Do exposto entende-se que enfatizar a “bandeira nacional” no contexto da criação e desenvolvimento da União significa ignorar as conquistas e o potencial da cidadania europeia, porque a proteção de valores nacionais efémeros questiona e põe em risco a salvaguarda de relevantes direitos que os cidadãos têm vindo a adquirir, diminuindo as suas oportunidades. Nesta medida, são os cidadãos que mais saem prejudicados com as tentativas de bloqueio ao processo de integração, porque não só os Estados, mas também o próprio projeto de integração europeia existem, por definição,

---

<sup>337</sup> Cf. MESQUITA, *op. cit.* nota 269, pp. 30 ss. e 183 ss.

<sup>338</sup> *ibid.*, pp. 141 ss.; MARQUES DOS SANTOS, Victor, “Lusofonia e Projecção Estratégica. Portugal e a CPLP.” *Nação e Defesa*, n.º 109, Outono de 2004, pp. 123-151, pp. 125 ss, disponível em <http://www.idn.gov.pt/publicacoes/consulta/NeD/NeD109/NeD109.pdf>.

<sup>339</sup> MESQUITA, *op. cit.* nota 269, pp. 213 ss.

<sup>340</sup> *id. loc. cit.*

para o bem-estar dos cidadãos. Nas palavras de Kochenov, «*the body of EU citizens is by far the most important thing that the two legal orders in Europe actually have in common*»<sup>341</sup>.

Ora, também o TJUE afirmou que o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados membros<sup>342</sup> e que o art.20 ° TFUE se opõe a medidas nacionais suscetíveis de privar os cidadãos do gozo efetivo do núcleo essencial dos seus direitos enquanto cidadãos da União Europeia<sup>343</sup>. Se inicialmente o meio mais direto para a tutela dos direitos dos cidadãos era feita ao associar a cidadania da união ao mercado único, neste estágio, a cidadania já não é *per se* orientada para a realização do mercado: a cidadania europeia adiciona uma dimensão europeia a cada *demos* nacional, enquanto estatuto de igualdade dos cidadãos e, apesar de profundamente instrumental, ela é a pedra angular indispensável à ideia da legitimidade política nas democracias representativas.<sup>344</sup>

A transferência de competências exige que o Estado já não seja visto como o único ponto de referência quanto à garantia de direitos individuais e que se repense, de forma crítica, o papel da nacionalidade enquanto critério de atribuição do direito de sufrágio, ponto de vista que supõe a leitura da liberdade de circulação e da igualdade de tratamento nos termos dos direitos fundamentais e cuja fundamentação se baseia nos direitos humanos. A residência durante um número específico de anos, o pagamento de impostos e a observância das leis nacionais podem igualmente ser considerados critérios suficientes para a integração dos não-nacionais e a criação de um laço razoável entre aqueles e o Estado de acolhimento que justifiquem a atribuição do direito de sufrágio, na medida em que a cidadania, antes de tudo, deve ser analisada à luz das relações de poder que se estabelecem entre Estado e indivíduo. Assim sucede, por exemplo, nos sistemas cuja organização institucional se fundamenta no pluralismo, como os estados federais e os estados "regionais" -como a Itália e a Espanha- em que os laços que um

---

<sup>341</sup> KOCHENOV, *op. cit.* nota 330, p. 67.

<sup>342</sup> Por exemplo, Caso C-184/99 *Grzelczyk*, de 20.09.2001, par. 31.

<sup>343</sup> Caso C-34/09, *Ruiz Zambrano*, de 8.03.2011.

<sup>344</sup> KOCHENOV, *op. cit.* nota 319, pp. 13 ss.; Comissão Europeia, "Report from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions under Article 25 TFEU On progress towards effective EU Citizenship 2011-2013.", COM(2013) 270 final, Bruxelas, 2013, pp. 3 ss.

indivíduo estabelece com uma determinada unidade subnacional são determinados através do critério da residência.<sup>345</sup>

Sob esta perspetiva, a novidade da cidadania europeia reside precisamente na sua capacidade de mudar a nossa compreensão da comunidade e tornar os limites da participação política mais abertos e flexíveis.<sup>346</sup> Pois, apesar de a União não constituir uma identidade em termos tradicionais ou clássicos, na verdade, podem identificar-se já hoje uma série de elementos que indiciam a génese de uma sociedade europeia. O indicador mais importante, parte, sem dúvida, da Europa como uma comunidade política, económica e jurídica. Constituem suas manifestações institucionais uma *polity* e governança europeia através das políticas comuns, da união económica e monetária, do mercado único ou interno, do sistema europeu de bancos centrais e do Euro enquanto elementos estruturais e símbolos de um espaço de atuação transnacional claramente definido. Por sua vez, os indicadores centrais que identificam a UE como comunidade jurídica ou de Direito são formados pelo Espaço de liberdade, segurança e justiça (arts.67-69 TFUE), incluindo o Espaço Schengen, assim como a CEDH e a CDFUE, que poderão inclusive ser indício da formação de uma comunidade de valores, na medida em que é difícil ignorar que os ordenamentos jurídicos dos Estados membros e o ordenamento jurídico da União acabam por ser submetidos ao mesmo padrão constitucional de juridicidade (União de Direito) e jusfundamentalidade (direitos fundamentais).<sup>347</sup>

Fundamental é não confundir o declínio da soberania do Estado, conceito fundado na redução da lei à vontade do Estado como macro sujeito autónomo, e o declínio da soberania dos cidadãos, pois a soberania do povo é, presumivelmente, reforçada pela capacidade de escolher a comunidade política que se quer integrar.<sup>348</sup>

#### **1.4.1.O papel dos direitos fundamentais no processo de integração: o Tratado de Lisboa e a CDFUE**

---

<sup>345</sup> WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 31 ss.; KOSTAKOPOULOU, *op. cit.* nota 319; STRAZZARI, *op. cit.* nota 231, pp. 4 ss.

<sup>346</sup> Cf. KOCHENOV, *op. cit.* nota 330, pp. 66 ss.

<sup>347</sup> Cf. SCHMITT-EGNER, *op. cit.* nota 303, pp.54 ss.; SILVEIRA, Alessandra, “União Europeia: Da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope polifemo).” In *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, coordenado por Alessandra SILVEIRA, pp. 7-42, Lisboa, Quidjuris, 2010, pp. 19 ss.

<sup>348</sup> Cf. KOCHENOV, *op. cit.* nota 319, p. 40.

Como dito em parágrafos anteriores, em 1993, o Tratado de Maastricht definiu a cidadania da UE e concedeu um conjunto de direitos a todos os cidadãos da UE, quer economicamente ativos quer não, incluindo o direito de participar nas eleições municipais aos cidadãos residentes num Estado membro, cujo objetivo consistia em extenuar a perda de acesso à participação política por exercício do direito à livre circulação. Mas, políticas de integração económica bem sucedidas, por um lado, e políticas de exclusão política, por outro, formaram uma lacuna que deveria ter sido preenchida precisamente através do conceito de cidadania europeia, incluindo a “desnacionalização” dos direitos políticos.<sup>349</sup>

A atribuição e o reconhecimento de direitos jurídicos e políticos operados através da instituição da Cidadania da União revelar-se-ia na rutura do vínculo direto entre o Estado e os seus cidadãos, razão pela qual a conexão lógica entre a “comunidade de cidadãos”, de um lado, e a “comunidade de sentimento”, do outro, deixou de existir. A UE tornaria arcaico o esquema conceitual de Estado, na medida em que aquele deixava de ser capaz de fornecer soluções jurídicas adequadas aos problemas ligadas ao “novo fenótipo organizativo” como, entre outros, a aplicação preferente de normas de ordenamentos jurídicos diferentes e o grau mais elevado de proteção de direitos fundamentais.<sup>350</sup> A integração política iniciada com Maastricht abandonaria a base axiológica ancorada nos valores do mercado e da livre concorrência e tornar-se-ia numa integração assente numa lógica de legitimação democrática da comunidade humana, social e política, pressupondo a participação dos indivíduos nesse processo. O ser humano deveria ocupar o lugar central na construção da UE e fá-lo-ia a partir dessa data. A União passaria a comungar dos fundamentos axiológicos que resultam de uma herança cultural, política e jurídica comum europeia, não sendo dela exclusivos como resulta do 2º considerando do TUE, e tornar-se-ia parte integrante de uma “rede constitucional”<sup>351</sup>, de um constitucionalismo multinível (*multi-level constitutionalism* de Ingolf Pernice e Martin Morlock), ou da interconstitucionalidade<sup>352</sup>, partilhando valores com as comunidades internas mais restritas, tal como se afirma no art.2º TUE.<sup>353</sup>

---

<sup>349</sup>Cf. WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 36 ss.; Comissão Europeia, “EU Citizenship Report 2013.”, Bélgica, 2013, p. 1, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/citizen/>

<sup>350</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 230 ss.

<sup>351</sup> Vide CANOTILHO, *op. cit.* nota 13, pp. 1369 ss. e 1426 ss.

<sup>352</sup> Neste contexto Canotilho refere-se à *interconstitucionalidade e interculturalidade*. Para o autor, no que toca especificamente à União Europeia, como comunidade constitucional específica que é, deverá, por isso, estudar-se as “relações interconstitucionais” de concorrência, convergência, justaposição e



Assim, apesar da União não se confundir com um Estado, por causa do impacto direto que a sua ação produz na esfera dos particulares, impõem-se a sua sujeição a uma constituição material no sentido mais originário de instrumento jurídico de garantia da liberdade individual e conseqüentemente de limitação e legitimação do poder. O TUE, o TFUE e a CDFUE, por que se dispersa o estatuto jurídico-político fundamental da UE, refletem, deste modo, a natureza constitucional dos Estados membros, regulando as mesmas questões que qualquer constituição estadual regula, mas não as substitui.<sup>354</sup>

O Tratado de Lisboa (TL) marca, portanto, um ponto culminante no reforço da dimensão cidadã da integração europeia. Primeiro, como *supra* exposto, reforçou o protagonismo e os poderes do Parlamento Europeu, enquanto órgão representativo dos cidadãos europeus; segundo, enfatiza o valor da participação cidadã na esfera pública europeia através da consagração, no art.11º TUE, do direito de iniciativa de convidar a Comissão a apresentar uma proposta legislativa; e, *last but not least*, no plano dos valores, a dimensão cidadã da União resulta realçada, quer pelo reconhecimento de força jurídica vinculativa, e no mesmo plano que os Tratados, à CDFUE, quer pela decisão de adesão da UE à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art.6º, n.º 2 TUE).<sup>355</sup>

---

conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político de modo a que se forme uma rede de constituições de estados soberanos, evitando-se por esse meio o problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas. Com a solução exposta, Canotilho pretende a manutenção do valor e da função das constituições estaduais, como auto descrição das entidades nacionais, conservando a memória e a identidade política dos estados membros, embora reconheça que a rede constitucional que assim se forma relativizará forçosamente os princípios estruturantes da soberania interna e externa – independência, hierarquia de normas e competência das competências (*kompetenz kompetenz*). No entanto, e fundamentalmente, as linhas de marca das formatações constitutivas dos estados membros manter-se-ão na própria rede interconstitucional. Na medida em que as cristalizações e objetivações culturais contidas nos textos constitucionais permitem avançar com interpretações abertas a valores como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, democracia e socialidade, as Constituições nacionais não só informam os textos inicialmente concebidos como convenções interestatais, como se converterão em instrumentos da *hermenêutica europeia*, passando aqueles a constituir textos “constitucionalmente intraorganizativos” pela necessidade autodescritiva da União Europeia, articulando-se o reconhecimento de identidades nacionais (na medida em que asseguram o respeito pelas entidades nacionais - atual art.4º, nº 2 TUE) com a formação de uma identidade cultural europeia. Cf. CANOTILHO, *op. cit.* nota 15, pp. 261 ss.

<sup>353</sup> Cf. GUERRA MARTINS, Ana Maria, “Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2º do TUE.” In *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 47-98, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 49 ss.; QUEIROZ, *op. cit.* nota 24, pp.73 ss.

<sup>354</sup> PIÇARRA, Nuno, “O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de 20 meses de vigência.” In *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – aspectos centrais*, coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 15-37, Coimbra, Almedina, Outubro 2011, pp. 18 ss.

<sup>355</sup> Cf. VITORINO, António, “A “Casa Europeia” de Lisboa.” In *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coordenado por Nuno PIÇARRA, pp. 39-45, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 41 ss.

Decisivo no contexto constitucional da UE é, embora o art.2º do TUE replique *ipsis verbis* o artigo com o mesmo número do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE), que o atual preceito vincula quer o legislador e o administrador, quer os tribunais da União e os tribunais nacionais, por força do art.6º, n.º1 TUE. Ou seja, os valores em que se fundamenta a União—, a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de Direito e o respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das minorias—, que são valores “comuns aos Estados membros numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”, vinculam tanto os órgãos da União como os Estados membros. Neste sentido, a CDFUE como parte integrante do Tratado de Lisboa (*hard law*), bem como os próprios objetivos do Tratado (art.2 TUE) constituem o núcleo central do cânone de valores europeus, alargado pelo reconhecimento do Tribunal dos Direitos Humanos enquanto instância normativa integrante da EU, e que são a expressão da “comunidade europeia de valores”.<sup>356</sup> O TL, em observância do valor da democracia, pretende, deste modo, criar uma União mais aberta e cada vez mais próxima dos seus cidadãos, mais eficaz e mais transparente.<sup>357</sup>

A atribuição de força jurídica vinculativa à CDFUE é de extrema importância porque vai determinar uma tendencial equiparação das posições jurídicas fundamentais dos cidadãos em todos os Estados membros, uma vez que da perspetiva da segurança jurídica existiam défices na proteção judicial dos direitos fundamentais, dado que a tutela daqueles dependia predominantemente da jurisdição do TJUE que, em cada caso, necessitava “encontrar” e moldar o direito fundamental. Este facto é de tal modo determinante porque, desde os primórdios da integração europeia, o valor da igualdade funda um dos princípios mais importantes do direito da União – o princípio da igualdade e da não discriminação. Assim, o TL não apenas confere uma ampla proteção à igualdade e à não discriminação por previsão de normas tais como os arts.3º, n.º 3 e 9º TUE e os arts.10º, 18º, 19º e 157º TFUE, como reforça aquela através da atribuição de força jurídica vinculativa idêntica aos Tratados à CDFUE (art.6º, n.º1 TUE).<sup>358</sup>

A CDFUE tem, por isso, não apenas importância jurídica, mas igualmente simbólica, na medida em que, de acordo com Vital Moreira, constitui um marco na

---

<sup>356</sup> Cf. GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 353, pp. 51 ss.; SCHMITT-EGNER, *op. cit.* nota 303, pp.69 ss. ZILLER, Jacques, *O Tratado de Lisboa*, 1ª Edição, Alfragide, Texto Editores, Junho 2010, pp. 29 ss., 43 ss. e 105 ss.

<sup>357</sup> *id. loc. cit.*

<sup>358</sup> CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 321 ss.; GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 353, pp.71 ss.

história universal do reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos, porque até à data todas as declarações de direitos eram declarações nacionais ou declarações internacionais destinadas a vincular os Estados nacionais. Ela representa uma verdadeira “*bill of rights*” destinada sobretudo a defender e vincular os cidadãos e residentes da União contra os atos políticos, legislativos e administrativos da UE. Além disso, a Carta é fornecida de um nível de legitimação democrática nunca antes atingida a nível europeu, pelo que se poderá dizer que ela é a primeira expressão “autoconsciente” da própria União, através dos seus próprios órgãos.<sup>359</sup>

A contemplação dos direitos fundamentais na CDFUE enquanto princípios gerais da UE, permitem ainda ao TJUE ultrapassar as limitações do efeito direto horizontal das diretivas. Além disso, a CDFUE secundariza os instrumentos de proteção nacional sempre que se esteja a aplicar o direito da União ou os Estados membros atuem no seu âmbito de aplicação (art.51º, n.º1 e 53º CDFUE).<sup>360</sup>

No entanto, sem embargo, o compromisso de Lisboa acabou por consentir num extenso elenco de derrogações aplicáveis ao Reino Unido, à Polónia e à República Checa que, nos termos de protocolo e declaração anexa ao Tratado de Lisboa<sup>361</sup>, fizeram declarações de “*opting out*” em relação a alguns dos seus aspetos. Porém, o seu alcance prático, no plano jurídico, depende da sua futura evocação junto dos tribunais nacionais ou do TJUE. Acrescenta-se que, na medida em que a Carta, no seu preâmbulo, reafirma os direitos que decorrem das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, parece que os receios daqueles Estados em nada se confirmam. Aliás, ao contrário do que sucedeu na declaração de direitos aditada à Constituição federal norte-americana de 1971, o sistema de proteção dos direitos fundamentais na UE tem-se construído “de baixo para cima”, ou seja, dos Estados membros para a União, como resulta, antes de mais, do próprio art.6º, n.º3 do TUE. Além disso, a Carta é destinada a ser aplicada pelas instituições da União e apenas pelos Estados membros quando estes apliquem o direito da União (art.51º, n.º 1 CDFUE). Por último, do ponto de vista político, trata-se de uma manifestação desnecessária e inoportuna de intergovernamentalidade, porque a

---

<sup>359</sup> Cf. MOREIRA, Vital, “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Anotação Geral.” In *Tratado de Lisboa comentado e anotado*, coord. por Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, pp. 1395-1408, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1398 ss.; CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 321 ss.

<sup>360</sup> *Ibid.*, pp. 308 ss.; SILVEIRA, *op. cit.* nota 347, 28 ss.

<sup>361</sup> Protocolo (n.º30) Relativo à Aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido e Declaração n.º1, n.º 53 e n.º 61.

soberania dos Estados membros continua respeitada, sob forma de identidade constitucional, por força do art.4º, n.º 2 do TUE.<sup>362</sup>

Por outras palavras, as declarações representam a “insistência obsessiva” dos Estados membros, que receiam perder a sua soberania. Infelizmente, do ponto de vista constitucional, esta solução não é ideal. Em bom rigor, parece que o Protocolo não pretendia verdadeiramente instituir um *opt out*, mas apenas interpretar a Carta. Aliás, segundo Guerra Martins, do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, a possibilidade de limitar o acesso à justiça dos nacionais da Polónia e do Reino Unido (art.1º do Protocolo), implicando uma violação do princípio da igualdade entre cidadãos da União sem justificação razoável, afigura-se discutível.<sup>363</sup>

No mesmo sentido devem ser entendidos os limites a que o carácter vinculativo da Carta está sujeito, nomeadamente os arts.6º, n.º 1, 2ª parte e 51º, n.º 2 CDFUE, porque a Carta não gera obrigações novas, apenas codifica direitos já reconhecidos como parte integrante do Direito da União. Como *supramencionado*, a função principal da Carta é, através da limitação do poder e da liberdade de atuação da União, colocar a integração europeia sob a égide dos direitos fundamentais em prol dos direitos nela enunciados.<sup>364</sup>

Em suma, o direito originário, pela primeira vez na história da integração europeia, refere expressamente os valores sobre os quais se funda a UE (art.2º TUE), circunstância que não pode deixar de ter valor simbólico na ótica do constitucionalismo.<sup>365</sup> No entanto, a CDFUE não deixa de ser o elemento mais proeminente da constitucionalização da União na medida em que procura uma «“relação complementar entre identidade e alteridade”, através da qual várias ordens jurídicas envolvidas “reconstroem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade»<sup>366</sup>. Assim, nas palavras de Maria Luísa Duarte, com a Carta completa-se a evolução que concretiza a autonomização dos direitos em relação ao

---

<sup>362</sup> Cf. PIÇARRA, *op. cit.* nota 354, pp. 27 ss.; VITORINO, *op. cit.* nota 355, pp. 41 ss.; ZILLER, *op. cit.* nota 356, pp. 129 ss.; GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 347, pp. 72 ss.; DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais.” In *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coord. por Nuno PIÇARRA, pp. 81-98, Coimbra, Almedina, Outubro 2011, pp. 93 ss.

<sup>363</sup> GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 353, pp. 72 ss.

<sup>364</sup> CALLIESS, *op. cit.* nota 109, pp. 312 ss.; DUARTE, Maria Luísa, *op. cit.* nota 362., pp. 93 ss.; MOREIRA, *op. cit.* nota 359, pp. 1401 ss.

<sup>365</sup> GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 353, pp. 77 ss.; GUERRA MARTINS, *op. cit.* nota 322, pp. 215 ss.

<sup>366</sup> SILVEIRA, *op. cit.* nota 347, p. 41.

vínculo económico e parte-se «de uma base plural e heterógena para chegar a uma proclamação de direitos que é, por um lado, tendencialmente completa, e é, por outro lado, impulsionada por uma concreta Ideia de Direito Partilhada pelos Estados-Membros e pela União Europeia que são, na sua essência, uns e outra, *comunidades políticas de Direito*»<sup>367</sup>.

## Conclusão e recomendações

O Estado encontra-se hoje num processo de “desagregação” ou “fragmentação” assistindo-se à repartição da autoridade política que deixa de se encontrar exclusivamente representada pelo Estado central. A globalização, a regionalização e a nacionalização desafiam os princípios da personalidade e da territorialidade dos Estados, implicando a revalorização conceptual do Estado e da Democracia territorialmente concebida, que se encontram em profunda crise.

A partilha de competências entre Estados e organizações transnacionais reflete um processo de erosão progressiva da soberania dos Estados, figurando como a tentativa mais evoluída daquela integração a UE. Para além disso, a crescente inclusão do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, corrobora os questionamentos normativos e concetuais subversivos à noção vestefaliana de supremacia territorial que emergiram das perspetivas revolucionárias sobre a reformulação das relações entre Estados e Estado e sociedade.

A soberania de *per se* deixa de constituir garantia de legitimidade internacional e passa a cumprir essencialmente funções retóricas, porque os Estados dependem cada vez mais de autoridades externas para a prossecução das suas funções. A nível europeu verifica-se uma limitação material significativa da soberania dos Estados, podendo inclusivamente falar-se, como já anteriormente referido, do desenvolvimento de uma nova forma de soberania: a soberania partilhada ou *pooled sovereignty*.

As comunidades de destino “desnacionalizam-se” e passam a englobar esferas concêntricas de identificação, dificultando o papel do Estado enquanto criador e defensor da identidade nacional, na medida em que se quebra a congruência entre *decision-makers* e *decision-takers* em que reside a “crise do constitucionalismo”. Urge

---

<sup>367</sup> DUARTE, 362, p. 85.

constitucionalizar a ordem jurídica internacional e a salvaguarda dos princípios democráticos externos ao molde do Estado-nação.

A homogeneidade social só é corolário democrático conforme seja implicitamente introduzido como axioma básico do princípio democrático e pressuposto como elemento do Estado. Assim, os défices democráticos do constitucionalismo global deixam-se reconduzir a uma ordenação lógica, sequencial e silogística de natureza funcional, fundamental e processual, reflexa de um determinado entendimento normativo e juridicamente fixado de Democracia.

A tarefa essencial é determinar como se poderá tornar o governo transnacional adequadamente democrático tendo em conta o tipo de entidade em que assenta. É esta tarefa que o TCFA parece desconhecer ao conceber a homogeneidade nacional como condição da democracia nas Decisões de Maastricht e Lisboa, sendo que as estruturas doutrinárias existentes são as principais barreiras que previnem um desenvolvimento efetivo de uma doutrina democrática da UE, porque em todas as áreas políticas enumeradas pelo tribunal observam-se interdependências entre os níveis europeu e nacionais.

A diferenciação entre determinadas entidades e as suas fronteiras são abstrações que não consideram o fluxo e a abertura das relações sociais, pelo que o *demos* pode ser concebido de forma tendencialmente neutra, porque são os princípios universais comuns que unem as sociedades nas democracias multiculturais e liberais modernas. A filiação cultural não é determinante para a formação da opinião pública, porque a democracia é sobretudo um concurso de interesses coletivos ou de grupo divergentes. Nesta ordem de ideias o poder político transnacional emergente deveria ser encarado como uma mais-valia constitucional e democrática face ao constitucionalismo nacional.

O princípio democrático contém em si um mandado de otimização que visa o esgotamento de todas as modalidades de participação, apenas podendo persistir enquanto for composta por sucessivas “democratizações”, pelo que as instituições democráticas não se tornam mais democráticas por se introduzir mais instrumentos da mesma natureza. Também as constituições devem permitir uma compreensão atualizada dos princípios, estar abertas a propostas interpretativas e, se necessário, ao alargamento da disciplina constitucional a novos problemas, refletindo as mutações sociais e políticas. Só o reconhecimento pelos membros das comunidades democráticas da legitimidade de participação “dos outros” na vida política através da atribuição do estatuto de cidadão pode constituir uma iniciativa fundamental no sentido de mais

democratização. A gênese de novas solidariedades é um indício preponderante de que as fidelidades nacionais podem ter uma origem diferente da nacionalidade e que as legitimidades políticas não se manifestam obrigatoriamente em ambições soberanas.

As condições que permitem aos cidadãos ser livres exigem a segmentação do governo democrático numa multiplicidade de unidades de dimensões variadas porque os direitos se dirigem cada vez mais ao indivíduo sem atender aos seus enraizamentos particulares ou às regras positivas da coletividade particular a que lhe coube pertencer. O Estado deve garantir e fixar os limites da liberdade individual e, conforme a autonomia pública e privada estão intrinsecamente ligadas na sua realização, a garantia dos direitos fundamentais deve ser indissociável dos direitos políticos: a cidadania *pleno iure* é determinante para uma democracia mais inclusiva. Acrescenta-se que a proteção e a promoção dos direitos humanos dependem da realização do princípio democrático pelo que a cidadania deve ser estudada em relação ao aparelho de Poder. É de extrema importância manter as esferas cultural e política separadas, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável do conceito de cidadania.

As alterações culturais desencadeadas pelo processo de globalização, contrariamente ao que se possa esperar, não se manifestam na universalização, mas propiciam o aparecimento de elementos contraditórios, que devem ser compreendidos como fenómenos unitários, exigindo-se uma conceção que pondere simultaneamente a universalidade e a diversidade, permitindo ao cidadão seguir os seus projetos políticos quer a nível subnacional quer a nível transnacional. Como se infere do presente trabalho, a Cidadania da União parece estar a desenvolver-se no sentido da ponderação simultânea entre universalidade e diversidade.

Neste sentido, a construção europeia não deve ser vista apenas como um jogo de natureza estratégica onde rege a imposição da vontade “soberana” dos Estados mais fortes nem como mero instrumento para a prossecução dos interesses seculares próprios dos Estados membros. O princípio da igualdade dos Estados e o princípio da subsidiariedade devem ser os princípios mestres da integração política da União. Em geral, o TL revela o seu compromisso com o fortalecimento da legitimidade democrática institucional europeia. Deve considerar-se como decisivo para a constituição de um cânone de valores europeus a previsão da CDFUE como parte integrante do TL e o reconhecimento do Tribunal dos Direitos Humanos enquanto instância normativa integrante da EU, através dos quais o constitucionalismo europeu passa a fornecer o melhor exemplo de uma ordem reflexiva, democrática e transnacional

que, no entanto, necessita ir além da conceção jurídica atual dos direitos de participação política.

O entendimento que nega aos cidadãos da União o direito de sufrágio para participar nas eleições legislativas dos Estados membros de residência, ignora os recentes desenvolvimentos em matéria de direito e decorre de uma lógica de defesa do Estado-nação, relegando o indivíduo para segundo plano. O facto de o *demos* europeu ser constituído pelos povos europeus – *dêmoi* – e não por um único povo europeu não constitui nem constituirá um defeito, antes pelo contrário, tal circunstância corresponderá melhor à realidade institucional da União enquanto *Staaten- und Verfassungsverbund*, ao passo que aquela futuramente continuará a concorrer com os laços de identidade, significativamente mais fortes, que se estabelecem a nível regional e nacional. Por esta razão, a cláusula de reciprocidade precisa de ser repensada jurídico-constitucional ou jurídico-internacionalmente face à criação dos ordenamentos jurídicos supranacionais ou dos ordenamentos estatais com cooperações reforçadas com outros estados membros de uma comunidade política, porque a cidadania europeia adiciona uma dimensão europeia a cada *demos* nacional, enquanto estatuto de igualdade dos cidadãos.

A atribuição do direito de sufrágio a não-nacionais residentes deve ter em conta os critérios materiais que atrás referi como a residência, o pagamento de impostos e a observância das leis nacionais. Análogo aos argumentos invocados a propósito da múltipla nacionalidade sobre a problemática do exercício responsável dos direitos políticos, do *uninformed voting* e do problema da dupla votação, sem dúvida sobrestimado, e pelas razões expostas, é necessário que se repense, de forma crítica, o papel da nacionalidade enquanto critério de atribuição do direito de sufrágio, ponto de vista que supõe a leitura da liberdade de circulação e da igualdade de tratamento nos termos dos direitos fundamentais e cuja fundamentação se baseia nos direitos humanos: *Political Exclusion as a response to Fears of “Überfremdung” (desnacionalização) is undemocratic*<sup>368</sup>.

A desconexão lógica entre a “comunidade de cidadãos”, de um lado, e a “comunidade de sentimento”, do outro, justificam a “desnacionalização” dos direitos políticos, porque a residência num Estado membro é o critério subjacente à maioria das pretensões legais decorrentes do estatuto da cidadania europeia. Só deste modo é que a

---

<sup>368</sup> JESSURUN D’OLIVEIRA *apud* WEYSS, *op. cit.* nota 158, p. 68.



UE se pode transformar num verdadeiro *burgerverbund*, numa “união cada vez mais estreita entre os povos da Europa” (art. 1º TUE).

Para o efeito propõe-se que os direitos de participação política sejam atribuídos com base no critério da residência em vez da nacionalidade ou da cláusula de reciprocidade, sem prejuízo da exigência de um período mínimo de residência, também utilizado na prática internacional estadual no que concerne ao processo de naturalização. O estabelecimento daquela condição não viola as normas internacionais de Direitos Humanos e pode ser visto como meio legítimo para a verificação de uma ligação social de pertença (*membership*), desde que o período temporal exigido não seja demasiado longo. A prática mais corrente entre os Estados é o estabelecimento de uma condição temporal equivalente a 5 anos de residência, mas nunca mais de 15 anos.<sup>369</sup> Além disso, como verificado *supra*, o fator determinante para a concessão do direito de sufrágio ou a inelegibilidade de um nacional nos termos do direito interno dos Estados assenta igualmente no critério da residência.

No que concerne ao alargamento dos direitos políticos dos cidadãos da União deve entender-se ser suficiente uma condição temporal equivalente a 5 anos de residência a coincidir com a condição temporal de elegibilidade do direito de residência permanente de acordo com o art.16º da Diretiva 2004/38/CE <sup>370</sup>, na medida em que parece sugerir uma inclusão suficiente do cidadão por força do afastamento das condições previstas no Capítulo III, nomeadamente as condições impostas pelo art.7º da mesma diretiva, nos termos acima expostos.

A elegibilidade no Estado membro de residência não deve prejudicar a elegibilidade dos direitos de participação política do Estado de origem, recomendação que tem em conta a opinião pública europeia<sup>371</sup>, nem deve implicar a perda das respetivas nacionalidades. A previsão desta possibilidade não apresentaria obstáculo ao princípio da igualdade de sufrágio no que concerne às eleições para o PE, na medida em que o exercício do direito é dependente do critério de residência (art.39º, n.º1 CDFUE). Acrescenta-se que a naturalização, apontada por alguns autores como alternativa ao

---

<sup>369</sup> J. SPIRO, *op. cit.* nota 235, pp. 725 ss.

<sup>370</sup> Cf. JO L 158 de 30.4.2004, Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (Texto relevante para efeitos do EEE, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0038:PT:NOT>).

<sup>371</sup> Cf. Comissão Europeia, *op. cit.* nota 349, pp. 35 ss.

reconhecimento de direitos políticos aos não-nacionais, não pode ser aqui apoiada por entrar em contradição com os valores da União, nomeadamente os valores do pluralismo, da não discriminação e do multiculturalismo: a manutenção da nacionalidade de origem não pode nem deve fundamentar uma recusa de assimilação.<sup>372</sup>

Nesta medida, a globalização não terá apenas uma conotação negativa, mas apresentará também a oportunidade ao Estado de se redefinir a nível da natureza política e do conceito de Estado-nação, enquadrando-o no complexo ambiente da nacionalização, regionalização e internacionalização. Os Estados continuarão a ter um papel determinante no governo transnacional, contudo deixarão de constituir a principal forma de organização democrática, pelo que passarão a fundar não mais do que um *dêmoi* e um dos sistemas políticos organizados no interior da comunidade política humana. No entanto, caber-lhes-á o protagonismo principal na luta por mais democratização.

---

<sup>372</sup> WEYSS, *op. cit.* nota 158, pp. 8 ss.