

Justificativas para a constituição supranacional e o caso da União Europeia¹

Alexandre Coutinho Pagliarini²

Resumo

O objetivo do artigo é provar que as especiais condições que se mostram presentes no Direito Europeu autorizam o constitucionalista a afirmar que naquela organização internacional diferenciada (fenótipo diferenciado, segundo Canotilho) já se pode falar em constitucionalismo, em Direito Constitucional Supranacional e até mesmo em Constituição Europeia, sendo o Tratado de Lisboa um marco neste sentido. O método utilizado foi o dedutivo e as técnicas de abordagem basearam-se num discurso lógico-dialético. Conclui-se que: (i) em nível regional, pode-se considerar o Tratado de Lisboa como um novo modelo de Carta Magna, mas desta vez não para uma comunidade estatal esbarrada nos muros da soberania, mas, pelo contrário, para uma comunidade aberta baseada na cooperação e na subsidiariedade; (ii) em nível mundial, se foi possível uma Constituição supranacional para a Europa, por qual razão o mesmo raciocínio não poderia ser aplicado a um constitucionalismo supranacional impulsionado pelos instrumentos já existentes de Direito Internacional Público? O texto é original e seu valor reside não só neste fator, mas, sobretudo no fato de o mesmo veicular conhecimento no sentido de alargar a fenomenologia constitucional, a ponto de se passar a aceitar uma Constituição supranacional.

Palavras-chave: Poder constituinte tradicional. Poder constituinte supranacional europeu. Tratados internacionais como normas. Mundo sem Estados? Estado mundial?

¹ Este artigo está cadastrado no Digital Object Identifier System sob o número doi: 10.5102/prismas.2010.07.1.06 Disponível em: <www.publicaçõesacadêmicas.uniceub.br>.

² Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor-assistente do Catedrático Jorge Miranda no Doutorado, no Mestrado e na graduação em Direito da Universidade de Lisboa. Professor dos Cursos de Direito da FACINTER, da OPET e da Dom Bosco. alexandrepagliarini@terra.com.br

1 Poder constituinte no estado: significação tradicional e casos de ocorrência

Passaremos a tecer, doravante, algumas considerações sobre o exercício do *poder constituinte originário*.

Para os positivistas, o poder constituinte é pré-jurídico, quer dizer, é uma manifestação de força ou uma energia social não encontrada no mundo das normas positivadas.

Diferentemente, os adeptos da doutrina jusnaturalista – inaugurada constitucionalmente, quanto ao poder constituinte, pelo abade Sieyès – ensinam que há um direito superior decorrente da própria natureza humana, além do Direito positivo, que precede o próprio Estado, sendo assim o poder constituinte um poder eminentemente jurídico.

O entendimento positivista encontra melhor acolhida na doutrina. Isso porque a norma hipotética fundamental, apesar de propiciar fechamento ao sistema jurídico, ela mesma não é posta, é pressuposta, ou, como Kelsen desejou em sua derradeira obra – *Teoria Geral das Normas* –, uma norma fictícia³.

O tema *poder constituinte* foge do alcance da Ciência do Direito porque não podem os cientistas do Direito descrever uma *latência social e política* (o poder constituinte) com as fórmulas axiológicas usadas na interpretação das normas jurídicas. O que se faz ao estudar ou a descrever o tema é mais ligado às práticas da Filosofia, da Política ou da Sociologia, mas não da Ciência do Direito, já que esta tem por padrão referencial o Direito positivo que, por sua vez, surge com a instituição da Constituição.

Classificamos o poder constituinte como uma latência social e política que se encontra em “stand by” (em espera) para, quando acionada, inserir no ordenamento, pelo lado de fora deste, elementos constitucionais-estruturantes de uma ordem política qualquer.

Celso Ribeiro Bastos⁴ doutrina que “[...] descabe qualquer indagação a respeito de um poder constituinte, nos lindes da Ciência Positiva do Direito, pois se trata,

³ KELSSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986. p. 8.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

como vimos, de um conceito metajurídico”. E conclui Bastos: “[...] em vista do que ficou acima exposto, parece certo concluir que o poder constituinte não é um poder jurídico [...]”.

Raul Machado Horta faz interessante análise, colocando face a face os dois tipos de poder constituinte, o originário e o derivado⁵. Parte Machado Horta do princípio de que o poder constituinte originário não tem que seguir nenhuma regra de Direito que seja anterior à sua manifestação; neste prisma, devendo ser considerado como uma questão de fato, e não de direito. Por outro lado, o poder constituinte derivado⁶, criado e delimitado pelo próprio poder constituinte originário, deve seguir as regras positivas de Direito inseridas no documento normativo superior, que é a Constituição. Com base nessas premissas, Machado Horta extrai duas conclusões essenciais do pensamento de Carré de Malberg⁷.

⁵ Firme-se aqui o entendimento de que poder constituinte derivado é, na realidade, poder *constituído*, estando, portanto, no ordenamento posto.

⁶ Sobre o Congresso Nacional brasileiro no exercício da função de reformar a Carta: TAVARES. O Congresso Nacional como poder constituinte. In: FERREIRA, Josué dos Santos (org.). *Os meandros do Congresso Nacional: como interagir e participar das atividades legislativas brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense. Brasília: Senado Federal; Câmara dos Deputados, 2001. p. 329-359.

⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 29. “Primeira: a Constituição nova não será confeccionada segundo o processo, o modo constituinte e as formas que foram prescritas na Constituição anterior. Entre a Constituição antiga, da qual se fez tábuas, e a Constituição nova, que está sendo criada, não há relação jurídica. O que passa a existir entre ambas é o interregno constitucional, uma solução de continuidade, durante a qual o poder constituinte da nação se exprimirá por meio das pessoas ou corporações que empolgaram o poder. A questão do poder constituinte se coloca nos termos da formação originária do Estado: é uma questão de fato e não de direito. Por isso, o poder constituinte não é tema jurídico. E sendo fato puro e revolucionário, o positivismo jurídico rejeita o seu exame, pois não há espaço na ciência do direito público para um capítulo consagrado à teoria dos golpes de Estado ou das revoluções e de seus efeitos. Segunda: o jurista deve concentrar-se no estudo de outra forma de poder constituinte, que é a da reforma pacífica, regular, jurídica, da Constituição em vigor. A reforma pode ser mais ou menos extensa, tendo por objetivo a revisão da Constituição, em determinados pontos, ou a ab-rogação e a substituição de uma Constituição por outra. A mudança constitucional, seja ela total ou parcial, se fará de acordo com as regras fixadas pela Constituição, de tal modo que a Constituição nova, quando for o caso da revisão total, nascerá da antiga, sem solução de continuidade. A nação, uma vez exercido o poder constituinte revolucionário e extrajurídico, poderá mudar de Constituição, observando as regras jurídicas da Constituição anterior.”

O poder constituinte se manifesta de várias formas, mas tem sido sempre inserido numa das duas categorias classicamente aceitas pela doutrina: na categoria do *poder constituinte originário* ou na do *poder constituinte derivado*⁸. Contudo, apesar de a doutrina ser rica na descrição das várias formas de manifestação constituinte, entendemo-la, *data venia*, acanhada na denominação dos poderes constituintes caso a caso. Por isso, *passamos* a classificar as manifestações constituintes com os *nostros próprios*⁹ neologismos, que se seguem:

1 Poder constituinte originário de ruptura internacional: é aquele que se dá na oportunidade da independência de uma nação anteriormente vinculada a um Estado que a englobava em termos de soberania. Como exemplo de tal espécie, podemos citar o primeiro constituinte histórico brasileiro, após a Independência;

2 Poder constituinte originário de gênese: é aquele que cria um Estado *do nada*. Acontecerá, na vida política contemporânea, quando, por exemplo, a nação palestina constituir-se no Estado da Palestina;

3 Poder constituinte originário de ruptura interna: ocorre nas ocasiões de tomada revolucionária do poder, com desprezo ao ordenamento jurídico-constitucional posto, impondo-se outro que não se limite pelos ditames daquele que está sendo superado. Exemplo dessa manifestação constituinte foi a Constituição de 1891;

4 Poder constituinte originário de nova ordem – previsto pela velha ordem: é aquele que ocorre pacificamente quando uma Assembleia Nacional Constituinte é prevista por um ordenamento jurídico, que se vai fazer ultrapassar pela manifestação constituinte dessa Assembleia Constituinte instituída pela própria velha ordem. Nesse caso, a Assembleia criada – dentro do ordenamento jurídico da própria velha ordem – terá amplos poderes para se manifestar de maneira soberana e criar originariamente o novo Estado ou a nova ordem que melhor lhe convier, respeitadas as delimitações procedimentais impostas pela emenda constitucional da velha ordem que a propiciou. Prova da existência histórica desse tipo de ma-

⁸ Linhas adiante, faremos severas críticas contra a expressão poder constituinte derivado, que dá uma noção errada de tal força, que classificamos simplesmente como poder reformador.

⁹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Prefácio de J. F. Rezek; apresentação de André Ramos Tavares. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 53.

nifestação constituinte é a Carta de 1988, cujo poder constituinte foi convocado e regulado pela Emenda Constitucional nº 26, de 17 de novembro de 1985;

5 Poder constituinte derivado com data marcada: é o quinquenal, previsto na vigente Constituição portuguesa. Foi o previsto no art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – da Constituição de 1988. Como visto, é sempre limitado, implícita e explicitamente, pelas disposições postas pelo poder constituinte originário na Carta Magna. Equivale a um poder reformador (ou força reformadora);

6 Poder constituinte derivado sem data marcada: é a manifestação constituinte instituída, derivada, que tem como exemplo máximo o art. 60 da Carta brasileira em vigor, que trata das *emendas constitucionais* que venham tramitar perante o Congresso Nacional. Equivale a um poder reformador (ou força reformadora).

Com a classificação *supra*, encerramos a exposição concentrada acerca da *natureza* do poder constituinte. Passamos a dissertar sobre os modos pelos quais os países, **internamente falando**, vêm exercendo os seus poderes constituintes.

A ideia inicial de poder constituinte é revolucionária, traz consigo a expectativa de uma ruptura. Efetivamente, rompe-se com a ordem anterior e insere-se outra.

No final do parágrafo passado, falamos no rompimento de uma ordem e na inserção de outra. A ordem rompida não é necessariamente uma ordem constitucional formalizada. Foi isso o que ocorreu na França de 1789. A monarquia não era detentora de uma Carta Política solenemente aprovada que regia o seu governo e servia como fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais. Não havia, na época, Constituição formal. Esta era produto do constitucionalismo moderno que passou a positivar Cartas formalizadas, solenemente, a partir das Constituições dos Estados Unidos da América e da França. De qualquer modo, a primeira Constituição formal francesa, elaborada pelo poder constituinte revolucionário, desestabilizou o antigo regime. Com isso, queremos dizer que essa Constituição francesa promoveu uma superação de sistema: quebrou a ordem absoluta monarquista que a antecedeu.

Poder constituinte, portanto, significa sempre o exercício de uma latência sociopolítica que culminará na quebra da ordem político-jurídica que a nova ou primeira Carta Magna formalizará. Nesse sentido, a primeira Constituição históri-

ca francesa, a despeito de não ter revogado nenhuma Carta Política formal antecedente, induziu ao sepultamento do governo dos reis absolutos.

Há poder constituinte em exercício, contudo, fora do contexto revolucionário, continuando tal poder, mesmo assim, com a marca “*constituente*”. Isto se dá quando, num Estado já dotado de Constituição e em que não se verifica rebelião ou revolução contra as instituições postas, passa a se manifestar o poder constituinte pela convocação popular *instigada*, por exemplo, pelas autoridades previstas no sistema para cumprir tal desiderato (por exemplo, no caso de uma emenda constitucional apresentada pelo presidente da República e aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional). Foi exatamente isso o que ocorreu no caso do poder constituinte da Carta de 1988, quando o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 26, tendo esta convocada o eleitorado brasileiro para, nas eleições vindouras para a nova composição do Parlamento bicameral, eleger os novos constituintes, tendo os senadores e deputados eleitos acumulado a função constituinte¹⁰.

Não há poder constituinte, propriamente dito, naquilo que a doutrina costuma chamar de *poder constituinte derivado*. Nesse, não há a *marca inicial* indispensável para que o exercício do poder possa ser considerado como primário e livre. Na realidade, o *poder constituinte derivado* não pode fazer, *do zero*, uma Constituição. Trata-se ele, pois, não de poder constituinte, mas de *poder constituído*, respeitante dos limites postos pelo poder constituinte – propriamente dito, o *originário* – na Carta. Logo, melhor seria denominar o *poder constituinte derivado* de *poder reformador*, simplesmente. Reformador, e só, porque não pode instituir uma nova ordem estatal estruturante de um novo cosmos a partir de uma nova Carta Política; reformador, e só, porque se encontra enquadrado num espectro de limitações criadas e instituídas por aquele que, verdadeiramente na Carta, fixou os espaços em que o *poder reformador* poderia atuar; reformador, *mas às vezes nem isso*, porque, dependendo da rigidez escolhida pelo poder constituinte originário na Carta Magna, o “poder constituinte derivado” (*poder reformador*) nem pode atuar¹¹.

¹⁰ Tal acumulação merece a crítica de todos, uma vez que, *em tese*, *poderiam* os senadores e deputados eleitos usar a nobreza da manifestação constituinte em causa própria.

¹¹ A atual Constituição brasileira é exemplo disso quando, no parágrafo 4º do artigo 60, fixa um núcleo imutável, que se refere à forma federativa, ao voto, aos direitos fundamentais e à separação dos poderes.

De qualquer modo, se considerarmos *poder constituinte* como a “força capaz de inserir no ordenamento norma constitucional”, então poderemos aceitar o *poder reformador* como poder constituinte. Mas não o fazemos por causa do problema semântico: *constituir* é sinônimo de instituir.

Constituir¹², instituir: expressões que dão uma ideia de *originalidade* ou *capacidade de instituir*. Tal característica não reside na representação daquilo que pode fazer o *poder reformador*. O poder constituinte originário, ele sim, não só pode mudar as atuais cláusulas pétreas da Constituição Brasileira, como também pode rasgar o atual ordenamento constitucional, inserindo no sistema outro completamente diferente – desde que respeitados os compromissos internacionais do país e os “*jus cogens*”. Por essa razão, fica aqui expressa a rejeição ao acerto da expressão *poder constituinte derivado*. Melhor chamá-lo de ***poder reformador***, unicamente. Todavia, considerando que mesmo a melhor doutrina, talvez por motivos didáticos, utilize-se da expressão *poder constituinte derivado*, não há óbice em sua utilização, uma vez que a mesma já se tornou de conhecimento público nas faculdades e nos livros de Direito.

Tema instigante, que decorre da ideia de capacidade reformadora da Carta, é o da rigidez constitucional.

Primeiro, fixe-se que o *poder reformador* se encontra limitado pelas disposições escolhidas pelo verdadeiro *poder constituinte* (o originário) e constantes na Carta. Assim, só poderá atuar o *poder reformador* dentro dos quadros de limitação escolhidos pelo *constituinte originário*. Acontece que, geralmente, o exercício do *poder reformador* tramita de um modo mais difícil que aquele referente à reforma das normas infraconstitucionais. Constituição que assim disponha é Carta rígida.

Correlaciona-se também o tema *rigidez constitucional* com o prévio exercício do poder constituinte originário que, prevendo o processo pelo qual se modificará o Texto Magno posto, estabelece um critério diferenciado para que se possa efetivar tal reforma. Esclarecemos que o critério diferenciado de modificação é, no caso das Constituições rígidas, mais dificultoso do que aquele utilizado pelo poder

¹² Kant empregou o termo constitutivo para designar o que condiciona a realidade dos objetos fenomênicos. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi; Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 197.

reformador – geralmente o Parlamento – para a modificação da legislação ordinária. Assim, a doutrina francesa insiste que a previsão de um procedimento especial para a modificação da Carta é o que caracteriza uma Constituição como rígida, anotando Bernard Chantebout¹³ que “*Lorsqu’une telle procédure spéciale est prévue, on dit que la Constitution est rigide*”.

Konrad Hesse¹⁴, com muita propriedade, *correlaciona rigidez com mobilidade da Constituição*, uma vez que esta une *abertura e amplitude* da normalização jurídica com *determinação obrigatória*. Com isso, Konrad Hesse considera imprescindível que haja uma polaridade entre o caráter determinativo-obrigatório da Carta e a indispensável abertura dela, sendo imprescindível uma coordenação entre os elementos *rigidez e mobilidade*. Partindo da tarefa de interpretar a Constituição, Hesse entende necessário verificar a coexistência de *rigidez e mobilidade*, ou seja, da abertura e da amplitude em face da rigidez, uma vez que as determinações obrigatórias, vistas isoladamente, poderiam levar à estagnação da vida em coletividade, pois *o persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso estão dados*, senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias, senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanecerá invencível.

Konrad Hesse conseguiu, com rara exatidão, juntar conceitos contrários, como rigidez e mobilidade, estabelecendo assim a possibilidade de se manter a Carta no topo de um ordenamento jurídico nacional, sem, todavia estancar-lhe a possibilidade de modificação que propiciará à mesma o acompanhamento das mudanças sociais e a constante respeitabilidade de sua força normativa, pois, *temperando-se rigidez e mobilidade*, a Constituição, sem sair de seu posto mais alto, torna-se capaz de acompanhar as contingências históricas do Estado e do povo que ela quer reger. Pela temperança da rigidez com a mobilidade foi possível que as Constituições passassem a ser modificáveis, superando-se, destarte, o dogma da *absoluta imutabilidade constitucional*. Por isso, consideramos lapidar o entendimento de Hesse quando, *ao colocar de mãos dadas rigidez e mobilidade*, afirma que a Constituição deve se caracterizar,

¹³ CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel et science politique*. 14. ed. Paris: A. Colin, 1997. p. 41.

¹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 45-47.

quanto à sua modificabilidade, por “[...] aquela elasticidade relativa e aquela estabilidade relativa [...]”. Completamos, nós, que esta conclusão **pode ser aplicada ao constitucionalismo pós-nacional que, temperando elasticidade com estabilidade não mais cabe nos quadrantes do Estado nacional moderno.**

Devemos ressaltar o seguinte: só podemos falar em rigidez constitucional quando se trata de Constituição *formal*, não cabendo comentários nesse sentido ao dissertarmos acerca de Constituição *material* (ou costumeira), sendo o que depreendemos do ensinamento de Georges Burdeau quando leciona que “*Cette qualité de la constitution formelle est appelée ‘rigidité’*”. E continuando com Burdeau¹⁵, o fundamento da rigidez é a separação do poder constituinte e dos poderes constituídos, ganhando expressão tal rigidez quando é determinada a distinção entre poder constituinte originário e poder reformador. Com aguda perceptividade, Burdeau diz, inclusive, que não é só pelo processo de revisão que se pode transformar a Constituição formal, mas também pelo processo de *interpretação* que se dá em sua aplicação.

Historicamente, o termo rigidez levava à compreensão de que a Constituição era imutável. Isso é doutrina ultrapassada, *data venia*, e prova disso é que a Itália já foi regrada pelo chamado Estatuto Albertino, que era a Constituição do Reino da Itália, cujas disposições eram modificáveis por intermédio de leis ordinárias posteriores (*lex posterior derogat priori*). Portanto, o entendimento que devemos ter do termo rigidez mereceu reparação de todas as ordens constitucionais ocidentais e da doutrina, e devemos entender por Constituição rígida simplesmente que a Carta, apesar de ocupar o mais alto posto do ordenamento local, não é documento inteiramente imodificável, mas que simplesmente impõe, para que se efetive a mudança, um processo especial cujo trâmite legislativo é mais árduo do que aquele da modificação da legislação ordinária.

Interessante notar que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, constituiu-se em documento “*sui generis*” em nossa história constitucional, isso porque parte de seu texto podia ser modificada pelo exercício do processo legislativo comum, ou ordinário, o que autoriza a doutrina a classificar tal parte de *flexível*, coexistindo tal bloco flexível com outro que, por sua vez, só podia ter suas disposições

¹⁵ BURDEAU, Georges et al. *Manuel de droit constitutionnel*. 24. ed. Paris: L.G.D.J, 1995. p. 48-49, 51. (Tradução nossa).

modificadas mediante o exercício do processo especial mais dificultoso, sendo esse bloco o que podemos entender por *rígido*. Isso levou a Constituição de 1824 a ser chamada, quanto à sua estabilidade, de Constituição *semirrígida*, ou *semiflexível*.

Decorre da rigidez constitucional a necessidade de evitar que normas do ordenamento infraconstitucional disponham contrariamente ao que preveem as normas da Carta Magna, dando-se assim azo para que exista, no território regido por essa Constituição, o controle da constitucionalidade.

Sendo a rigidez uma característica que só pode existir numa Constituição escrita, *formalizada*, e, considerando que não podemos confundir o poder constituinte originário, que é inicial e não jurídico, com o poder reformador, que é *constituído* e pertence ao mundo do Direito posto, mister é que seja controlada, por intermédio de órgãos próprios e também constituídos, a pertinência de todo o ordenamento com os dizeres da Carta Magna. Se, por um acaso, uma dada Constituição for flexível – como o Estatuto Albertino e parte da Carta brasileira de 1824 –, isso implica aceitar que o procedimento ordinário de modificação pode alterar a Constituição; logo, em casos assim, não é detectada a rigidez do Texto Magno e, outrossim, torna-se supérflua a existência de órgão instituído cuja função seja o controle da constitucionalidade, nem se podendo, destarte, falar em normas infraconstitucionais, pois todas no ordenamento teriam a mesma estatura que a norma posta por lei ordinária. Disso é possível lançar uma dúvida: ***se é verdade que uma Constituição formal, cujo processo modificatório é mais dificultoso que o da legislação ordinária, deve, por isso, ser considerada como ocupante do topo do sistema (supremacia), é também verdadeiro que uma Constituição Europeia (ou Tratado Constitucional Europeu) se postaria no topo do ordenamento comunitário e se sobreporia às Constituições locais, sendo, outrossim, verdadeiro, que será necessário um controle de constitucionalidade para proteger as disposições da Carta comunitária?*** A resposta é: sim!

Nos termos da atual Carta Magna brasileira (art. 60) exerce-se o *poder reformador* somente por *emendas constitucionais*, com um grau de tramitação mais dificultoso do que aquele referente à tramitação das leis ordinárias e complementares. Por isso, a atual Magna Carta brasileira é rígida. Já não se encontra mais disponível no arcabouço constitucional do Brasil o processo de *revisão constitucional* do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que assim prescrevia: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promul-

gação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

O poder constituinte (originário), já dissemos, insere no ordenamento uma Carta, *do zero*. Ele próprio, entretanto, reside fora do ordenamento; daí a sua natureza *não positiva*. As disposições constitucionais acerca do processo de revisão das Cartas são constantes nelas próprias, o que quer dizer que são produtos da atuação do poder constituinte originário. No caso de este haver determinado que o processo de modificação da Lei Maior é mais intrincado do que o de modificação das leis ordinárias e complementares, teremos *rigidez constitucional*. Em consequência disso, estará a Constituição situada num degrau acima no desenho da pirâmide normativa: isso se chama **supremacia** e ela só se detecta no caso de o poder constituinte originário haver previsto que é mais difícil modificar a Constituição do que aprovar uma lei ordinária ou complementar ou modificar tais espécies (**infra**)constitucionais. Só se justifica o uso da expressão *Lei Maior* nesse caso, ao dizer que a expressão *Lei Maior* é sinônimo de Constituição rígida e marcada pela supremacia. Consequentemente, uma Constituição não escrita, posta por um poder constituinte em constante latência, mas que não se decidiu pela formalização de uma Carta, não pode ser, pelo menos formalmente, considerada como detentora da qualidade da *supremacia*. É o caso da famosa Constituição britânica¹⁶ que, não por isso, deixa de ser um monumento cultural¹⁷ daquele povo¹⁸ e um exemplo para os mundos da “*common law*” e também da “*civil law*”.

¹⁶ CARVALHO, O. M. *O mecanismo do governo britânico*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943. p. 27-28: “O critério para classificar uma constituição de rígida ou de flexível gira em torno do processo adotado para emendá-la. São rígidas aquelas que cercam de dificuldades a emenda ou revisão do texto. Em regra, rigidez está ligada à idéia de que existe um texto constitucional pensado como uma unidade. São chamadas de flexíveis aquelas constituições em que o processo de elaboração da lei constitucional é semelhante ao processo de elaboração das outras leis, não havendo, portanto, distinção entre lei constitucional e lei ordinária. É o caso da Grã-Bretanha, que tem a única constituição flexível em funcionamento no mundo civilizado atualmente.” Ver também: JENNINGS, Sir William Ivo. *A Constituição Britânica*. Brasília: UnB, 1981.

¹⁷ CARVALHO, O. M. *O mecanismo do governo britânico*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943. p. 17: “Os britânicos começaram a elaborar a sua Constituição há centenas de anos e deixaram cada texto componente dela separado dos outros por séculos de distância. Além disso, construíram uma obra fragmentária, esparsa em numerosos documentos de valor e origem desiguais, que ninguém pensou em codificar.”

¹⁸ Ao comentar a respeito da perenidade constitucional existente no Reino Unido, exaltando sua grandeza, afirma Orlando Magalhães Carvalho que “[...] a constituição não controla os britânicos, mas os britânicos é que controlam a constituição.” CARVALHO, O. M. *O mecanismo do governo britânico*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943. p. 17.

Falar de supremacia da Constituição é o mesmo que dizer que as normas da Carta são hierarquicamente superiores a todas as outras dentro do mesmo ordenamento jurídico apresentado, tratando-se, destarte, a supremacia – ou a hierarquia superior da Constituição – de assunto inserível num texto que tem a pretensão de falar também sobre *rigidez constitucional*, uma vez que a referida supremacia só se identifica em Constituições que, quanto à estabilidade, mostrem-se rígidas. Tal entendimento é inerente à própria tradição ocidental advinda do constitucionalismo, razão pela qual as doutrinas dos importantes sistemas jurídicos ocidentais se mostram uníssonas na consideração de que só se garantirá supremacia à Carta se ela dispuser em seu texto acerca da maior dificuldade de se mudar disposições constitucionais. Vejamos a opinião de Jacques Baguenard¹⁹: “*La suprématie constitutionnelle n'existe que dans les systèmes de constitution rigides [...]*”.

Para Canotilho²⁰, três fatores justificam a supremacia da Carta em relação às outras unidades normativas do sistema: (i) autoprímazia normativa; (ii) as normas da Constituição são *normas de normas*; (iii) os poderes públicos a elas estão submetidos.

Destarte, a *supremacia da Carta Magna* induz à seguinte verdade: por serem rígidas, as normas constitucionais ocupam posição hierárquica superior quando comparadas às demais partículas deonticas do ordenamento jurídico posto. Com

¹⁹ BAGUENARD, Jacques. La Constitution. In: MOREAU, Jacques (Dir.). *Droit public: théorie générale de l'état et droit constitutionnel, droit administratif*. 3. ed. Paris: Economica, 1995. t. 1. p. 42.

²⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1112: “A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua *posição hierárquico-normativa superior* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas da constituição são *normas de normas* (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.” (grifos do autor)

as palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho²¹, constantes na nota infra, voltamos a falar sobre o que já deve ter-se firmado como dogma da modernidade constitucional: a verdade de que não há disposição linear, horizontal, entre as normas, pois elas se escalonam em pirâmides de importância; e, nessa pirâmide, ocupa a Carta Política o ápice do ordenamento posto de um Estado soberano.

Poder constituinte, Constituição, rigidez e supremacia: temas que se correlacionam, do primeiro em diante, cujas significações modernas são as que se referem a *um-só* povo, a *uma-só* força sociopolítica incidente sobre *um-só* território, para posicionar *um-só* ordenamento de *um-só* país.

2 Poder constituinte na União Europeia: uma significação pós-moderna

No contexto da União Europeia (UE) não é novo o tema “Constituição Comunitária”. Entretanto, nunca se chegou tão perto de aprovar, via *tratado internacional*, uma Carta para a Europa. Após os *nãos* da França e da Holanda à Constituição Europeia, adveio o **Tratado de Lisboa** que, assinado na capital lusitana, já encontrou o *não* do Eire – esse *não* irlandês pode reverter-se, uma vez que o governo do Eire está na iminência de convocar o povo deste país para novo referendo, apesar das resistências dos populares e das exigências impostas por este governo no contexto da União Europeia, as quais não são facilmente aceitas pelas instituições supranacionais e nem pelos outros países que aderiram *in totum* aos termos do **Tratado de Lisboa**, documento jurídico este que representa a dação de maior poder aos órgãos supranacionais da EU e que substitui a *Constituição Europeia* rejeitada pelos povos da França e da Holanda em referendos anteriores. Apesar dos *nãos* aqui relatados, o constitucionalismo supranacional europeu continua em voga como prova máxima de um neoconstitucionalismo evidente.

²¹ BARACHO. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 80: “A primazia da Constituição nos ordenamentos jurídicos, aliada à ordenação do sistema de fontes e ao princípio da hierarquia normativa, dá ao texto fundamental, como *normae normarum*, grande projeção na instrumentalização jurídica da sociedade. Como norma jurídica básica, a aplicação imediata e direta dos princípios constitucionais constitui não apenas um mandato genérico ao legislador ordinário, que deverá incorporar os princípios constitucionais ao direito positivo ordinário. Está o legislador obrigado a adequar-se ao ordenamento e aos princípios da Constituição. A Constituição é norma suprema e não apenas declaração programática, que pode ser incorretamente interpretada.” Não consta nas referências.

Há obras²² extremamente críticas quanto ao momento europeu, opinando no sentido de não ser possível o exercício de um *poder constituinte supranacional*²³. As opiniões nelas constantes, bastante contundentes e bem feitas, marcam-se, contudo, pelo que pedimos vênha para chamar de “*equivoco óptico*”: leem um novo momento constitucional com os olhos de um antigo momento constitucional.

Por outro lado, há vasta doutrina estrangeira²⁴ contrária à do parágrafo anterior, que propugna pela **possibilidade** de um *poder constituinte supranacional* no caso europeu, de um poder constituinte referente aos povos da comunidade.

Sobre o *novo poder constituinte*, Maurício Andreiuolo Rodrigues publicou²⁵ notáveis ideias. Já a respeito da Constituição Europeia, como *Projeto Valéry Giscard d’Estaing*, só existem, pelo que sabemos, duas obras específicas publicadas no Brasil: uma, de *nossa autoria*; a outra, organizada por José Ribas Vieira²⁶, ambas defensoras da constitucionalização supranacional na Europa e, portanto, leitoras da pós-modernidade com os olhos da pós-modernidade.

Nos moldes tradicionais, um poder constituinte é tido como uma *latência* responsável pela feitura de uma Constituição, incidente sobre um povo, um território e uma soberania. Essas são as conclusões do constitucionalismo clássico. E não podiam ser diferentes tais conclusões, uma vez que o constitucionalismo moderno é o movi-

²² CARRASCO, Ricardo Miguel Llopis. *Constitución europea: un concepto prematuro*. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional básica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. CUNHA, Paulo de Pitta e. *A Constituição Européia: um olhar crítico sobre o projecto*. Lisboa: Almedina, 2006.

²³ CANOTILHO, aceitando a estruturação de uma comunidade política fora dos moldes clássicos – uma vez que é a favor da Constituição Europeia –, pugna pela existência de uma “*internacional community*” como **rede constituinte**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucionalismos e globalização*. Palestra proferida no Teatro Guaíra, em Curitiba, no dia 4.10.2004, sobre esta temática no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

²⁴ Em notas passadas e no decorrer deste texto científico, já elencamos (e continuaremos a fazê-lo) dezenas de livros, artigos e ensaios a favor de um Direito Constitucional europeu e, consequentemente, de um *poder constituinte supranacional* e de uma *Constituição para a Europa*.

²⁵ RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

²⁶ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Constituição européia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. VIEIRA, José Ribas (Org.). *A Constituição européia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

mento representativo do Estado-nação que teve o delineamento de seus contornos impulsionados pela Revolução Francesa. Nesta esteira, tecem-se críticas segundo as quais:

o poder constituinte não poderia ser exercido por meio de *tratado internacional*;

27 povos não poderiam produzir um *poder em latência*, um *poder constituinte supranacional*, pois o poder constituinte só pode ser alavancado por um povo para estruturar *um-só* Estado e nele positivar *uma-só* Constituição.

Ao contrário das coisas físicas e visíveis, o poder constituinte não é físico nem visível. É uma abstração desenvolvida por Sieyès e outros depois dele. Também são abstrações a *soberania* e o próprio *Estado moderno*; trata-se de objetos culturais.

Uma coisa se liga à outra. O poder constituinte *implica* a feitura de uma Constituição; uma Constituição *implica* a estruturação de uma comunidade política e a proclamação de Direitos Fundamentais; a soberania *implica* a crença do Estado delimitado territorialmente, com um governo superior e ordens respeitadas e/ou a serem respeitadas, o que, por sua vez, *implica* o Estado-nação da modernidade.

As implicações acima, todas elas, decorrem de abstrações, pois fisicamente não são tácteis, nem o poder constituinte, nem o Estado e muito menos a soberania. Trata-se de criações da inteligência humana que deram vazão à instituição e à manutenção do Estado moderno. Entretanto, mesmo nas coisas referentes às *verdades modernas* tem havido distorções, e, ainda assim a doutrina constitucionalista clássica aceita inovações que, na realidade, não decorrem do criativo processo de interpretação, mas de “*favores axiológicos*” para justificar atitudes inconstitucionais dos donos do poder, verificando-se, então, aquilo que Andreiuolo Rodrigues chama de “*jeitinho constitucional*”. Já que é assim, “*jeitinho por jeitinho*”, nada impediria que se desse um “*jeitinho*”, para aceitar o poder constituinte europeu como verdadeiro poder constituinte, e a Constituição Europeia (ou tratado constitucional) como verdadeira Constituição. Todavia, com o perdão pelo tom jocoso, a Carta Magna para a Europa não se trata, em hipótese alguma, de “*jeitinho*”.

É a futura Constituição Europeia um ícone representativo da nova verdade histórica: a supranacional. Nesse prisma, a Carta Magna europeia é uma necessidade intransponível que os tempos impuseram às comunidades de países que se juntaram naquele continente, na formação dessa diferente espécie constitucional chamada União Europeia. Ademais, sem *favores* e sem “*jeitinhos*”: *se* é indiscutível a existência de um

substrato constitucional na Europa, *então* é possível uma Carta para o Velho Continente. E se é verdade que a UE pode se dotar de Constituição, *então* é também verdadeiro que nada impede o exercício de um *poder constituinte supranacional*.

A Constituição Europeia e o seu poder constituinte não são “*jeitinhos*”. Ba-seiam-se em princípios, valores e verdades já retratados no presente texto.

Devido às necessidades dos tempos modernos para que se desse impulso à derubada do Absolutismo, as *verdades* do *poder constituinte originário*, da *soberania* e do *Estado moderno* foram pensadas: “*eureka!*” Agora, para as *verdades* deste novo tempo pós-moderno, não são mais suficientes aquelas “*velhas verdades*” do constitucionalismo moderno. É como desejar inserir um motor de Ferrari, último tipo, numa carcaça de Fusca-68, ou seja: “*missão impossível!*”

Ciência se faz com a descrição de elementos existentes, todos eles girando em torno de um fator aglutinante que verdadeiramente justifique uma tese a ser defendida. Desse modo, ciência se fez, e muito bem, quando se identificaram os elementos que seriam os responsáveis pela construção do Estado moderno. Considerando este como uma *parede*, foram seus tijolos aqueles “*ismos*”: racionalismo, liberalismo, individualismo e constitucionalismo. Hoje, para a UE, os “*ismos*” são outros: *constitucionalismo no pós-modernismo*, *supranacionalismo*, *cosmopolitanismo*, *solidarismo*²⁷ e *multilateralismo*. Portanto, para sustentar todos estes “*ismos*” pós-modernos, o poder constituinte clássico de Sieyès não pode dar conta, razão por que também fazem ciência aqueles que descrevem um novo sistema, conforme os seus novos elementos constituintes, todos girando em torno de uma debutante justificativa final e aglutinadora, a Constituição supranacional que, no caso europeu, será a Constituição Europeia ou um tratado constitucional que a ela minimamente equivalha.

O poder constituinte da modernidade foi o responsável pela positivação da Constituição moderna. Suas bases se assentam nas *verdades* do modernismo constitucional. Perguntamos: qual é a *verdade* para o poder constituinte europeu? Em qual *poder constituinte* se assentaria a Constituição Europeia? Em resposta, tenha-se que a Carta para a Europa será induzida por um inédito poder constituinte que, por incidir sobre

²⁷ Solidarismo que inclui defesa dos direitos humanos, em geral, e tolerância religiosa, em particular, razão pela qual é de se afirmar que, apesar das profundas e positivas raízes judaico-cristãs da Europa, a Turquia não deve ter seu ingresso à UE rejeitado por conta do islamismo, mesmo porque não se há de esquecer que a Turquia abriga a cidade de

27 Constituições e 27 Estados, trata-se de uma inovadora **forma anômala de introdução de Constituição**. Mas que tal forma, apesar de anômala, pode introduzir uma nova Constituição incidente sobre 27 ordenamentos tradicionais, como os europeus, disso não temos dúvida, uma vez que, *se é verdade* que uma Constituição serve para estruturar uma comunidade política e proclamar os Direitos Fundamentais, *então nada impede* que uma Constituição incida sobre uma comunidade política constituída por 27 territórios e estructure a UE proclamando conjuntamente os Direitos Fundamentais da União Europeia. É justamente essa a pretensão do Tratado Constitucional para a UE: a de estruturá-la e de nela garantir os Direitos Fundamentais, razão por que a própria Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia está sendo acoplada ao Tratado Constitucional.

Façamos o papel de “*advogado do diabo*” e desenvolvamos a autocrítica através de questionamentos que podem vir a ser objeto de dúvida. Nesta proposta, **crítica 1**: “O poder constituinte não pode ser exercido por meio de tratado internacional”; **crítica 2**: “27 povos não poderiam produzir um poder em latência, um poder constituinte supranacional, pois o poder constituinte só pode ser alavancado por um povo para estruturar um-só Estado e nele positivar uma-só Constituição”.

Acima, vemos autocríticas contra o poder constituinte para a feitura da Constituição Europeia. Para rebatê-las, a história, o DIP e o Direito Comunitário serão panos de fundo nos próximos parágrafos.

3 O tratado internacional como veículo introdutor de norma constitucional

As comunidades que foram se formando até chegarem à UE só se tornaram possíveis pelas disposições que os países inseriram nos tratados interna-

Istambul, antiga capital do Império Romano, chamada, à época, Constantinopla. Pelo que consta nos noticiários e nos comentários, o que mais tem importado aos turcos é a defesa das instituições democráticas em seu território e o resguardo dos direitos humanos, uma vez que eles já se inseriram, economicamente falando, no modelo de Estado liberal e de tolerância religiosa. Não é paradoxal o fato de aceitarmos a Turquia numa UE de raízes judaico-cristãs, pois tal diferença é posta de lado por outro valor eminentemente europeu: o do Estado laico. Sim, dentre os valores mais caros que os europeus conseguiram preservar e que, de certa forma, faz parte do cenário comunitário e dos próprios tratados constitucionais ultimamente comentados, está o do Estado laico, característica esta que na Europa

cionais. E deles os povos tiveram ciência. Neles se espelham os **consentimentos**²⁸ dos Estados para a formação do bloco. Os tratados internacionais foram as únicas vias para a comunitarização, uma vez que têm sido eles os instrumentos por meio dos quais os Estados manifestam os seus *consentimentos*. O DIP não tem oferecido nenhuma outra forma de negociação e de criação de norma internacional; muito menos o Direito Constitucional quando visto através de lentes clássicas que provocam “*equivocos ópticos*”. Se uma norma é internacional é porque ela decorre de tratado, do costume, de princípios gerais e de decisões, *mas principalmente do pacto internacional* – nos dias atuais, verdade esta ainda mais relevante no caso da UE. Como superaríamos os Estados europeus as suas diferenças para criar as Comunidades? Só pelo tratado. Como se daria a instituição de um Direito supranacional, válido para todos os países europeus que foram se juntando e formando o bloco? Só pelo tratado. Como poderiam os Estados-membros da UE aceitar a jurisdição da CJCE (ou Tribunal de Justiça Europeu) e submeter os seus próprios ordenamentos aos regulamentos e diretivas? Só pelo tratado. Mesmo assim, em muitas ocasiões e em vários países, os tratados foram submetidos a parlamentos e referendos, fora o fato de terem sido postos em prática no cotidiano da vida de cada um dos cidadãos dos países do bloco. Três conclusões: (i) o tratado internacional foi o instrumento que deu impulso à construção da UE e do Direito Comunitário; (ii) nos Estados-membros da UE, em momentos distintos, mas por diversas vezes, houve consulta popular direta ou indireta; (iii) os europeus são minimamente cultos e bem informados, disso se podendo inferir que a comunitarização faz o gosto dos povos daquele espaço geográfico, uma vez que não se opuseram fortemente a nenhuma medida, decisão ou norma comunitária de impacto. Dessas três

ocidental, desde a superação das chagas do Holocausto, propiciou um espectro mínimo de tolerância e respeito às minorias. Outra correlação importante é a de que, na Europa, o campo foi propício para que as crenças do Estado laico e liberal se fundissem graças ao legado judaico-cristão que no Velho Mundo deixou marcas mais profundas do que em qualquer outro lugar; para Habermas, todas as religiões, em todos os lugares, deveriam se apropriar das *bases normativas do Estado liberal*, como foi feito na Europa, a fim de que se crie espaço para tolerância e se dê início à consagração de um contexto histórico de aceitação e convivência pacífica em vista das diferenças religiosas. Maiores detalhes das palavras do filósofo alemão em: HABERMAS, Jürgen. *Religious tolerance: the pacemaker for cultural rights*. Cambridge: Royal Institute of Philosophy Annual Lecture, [2004]. p. 12.

²⁸ O *consentimento* dos Estados é a base para que se considerem obrigados no DIP.

conclusões, só podemos abstrair que é desprovida de fundamento a crítica de que o povo pouco participou das decisões na UE. Tal crítica é *verdadeira* se considerarmos que não existe uma política europeia representativa, na qual estejam presentes partidos políticos europeus. Mas a mesma crítica não terá fundamento e não poderá ser confirmada como verdadeira se considerarmos que, para um projeto comunitário, o instrumento deve ser necessariamente o DIP, sabendo que do DIP cuidam os governos. Mas ainda assim, mesmo sendo o DIP um instrumento normativo dos governos, na UE foi diferente, pois foi criado um verdadeiro Direito Comunitário que propiciou uma espécie de representação indireta dos povos dos Estados-membros na figura institucional do Parlamento Europeu, não se devendo esquecer, tampouco, que o Conselho Europeu, órgão de cúpula política da UE, é formado também por chefes de governo eleitos pelos povos europeus.

Um *tratado internacional* pode inserir num sistema nacional norma de estatura constitucional, e para uma realidade supranacional, até mesmo uma Constituição inteira. No caso de *Estados vistos isoladamente*, um *pacto* pode inserir norma constitucional quando dispuser sobre Direitos Humanos. Na Holanda, nem mesmo é necessário que o pacto seja de Direitos Humanos para que este mude a Carta. Os *tratados internacionais de direitos humanos* inauguraram um novo paradigma para a pós-modernidade: o da supranacionalidade, o que tem afetado fortemente as ordens constitucionais nacionais.

4 Estado global ou mundo sem estado

Mais uma concepção que poderíamos desenvolver acerca de um poder constituinte europeu (ou mundial) seria a seguinte: a Constituição moderna é fruto produzido pelo poder constituinte originário, que é um dogma da modernidade. Tudo isso leva ao Estado moderno, que talvez seja necessariamente um Estado nacional. Não sendo a UE um Estado nacional (raciocínio esse que vale para a Comunidade Internacional, como um todo), e sem parecer que tem a pretensão de sê-lo, tratam-se então, na realidade, a EU e a própria Comunidade Mundial, de comunidades políticas em que se percebe o domínio das instituições comunitárias, das Organizações Internacionais, dos governos, das

sociedades civis, de ONGs, da imprensa, dos sindicatos, dos poderes estatais clássicos, da comunidade que acessa a rede mundial de computadores etc. Não seria então a comunidade europeia um Estado, muito menos a Comunidade Internacional; logo, não necessitariam de um poder constituinte originário, pois esta foi uma abstração criada exclusivamente para dar conta da chegada da burguesia ao poder, com a Constituição e o Estado modernos. Portanto, no caso a União Europeia, ainda seria ela uma entidade marcada pela supranacionalidade e em que não se encontram os mesmos pressupostos integrantes e justificadores do Estado nacional. Por isso, a UE seria uma espécie de *projeto de Estado global*, partindo de uma realidade regional e a ela aplicável. Essa tese é absolutamente aceitável à medida que defende que a UE tem pressupostos próprios que não se enquadram na discussão sobre modelos de federação, de confederação²⁹. Talvez a expressão *Estado global* implique noutra mais radical:

²⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.324-1.325: “Isto implica a análise do que chamamos reduçãoismo teórico. Não existe na Comunidade Europeia qualquer poder para legitimar a sua existência como ordem jurídica e para alterar ou alargar o seu âmbito de competências. É nisto que consiste a **competência da competência**. Compreende-se, por isso, que a ‘comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Europeia’ não possa dispor quer da *estatalidade* quer da *ordem constitucional* dos estados-membros. Se é admissível um *direito constitucional europeu* já não o é um *direito do estado europeu*. Um *poder de estado europeu* neutralizaria o carácter supranacional da comunidade a favor de uma construção federal substancialmente revisora da ‘forma estadual’. Mas, por outro lado, o *estado constitucional nacional* tornou-se, no contexto da União Europeia, um *estado constitucional cooperativo* que, sem deixar de observar os padrões básicos do estado constitucional (soberania popular, divisão de poderes, garantia de direitos, primazia da constituição, superioridade da lei do parlamento), passou a incorporar *competências normativas europeias*. Embora a Comunidade não disponha da competência das competências, ela possui, por força dos actos convencionais e do *acto global de supranacionalidade*, do poder normativo de editar actos jurídicos dotados de eficácia imediata e vinculatividade igual à unitária nos países membros da Comunidade. [...] A complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Europeia lança novos desafios à teoria da constituição. Esta terá agora de teorizar a ‘arte da forma supranacional’ e de fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma *nova ordem jurídica*: (1) que cria direitos de aplicação preferente relativamente ao direito dos estados-membros e cujos destinatários (sujeitos de direito) são não apenas os estados, mas também os cidadãos europeus; (2) que possui órgãos e poderes de decisão supranacionais (‘supranacionalismo decisório’); (3) que densifica o princípio constitucional comunitário da integração supranacional sem deixar de observar os princípios de *estatalidade* ou *existência dos membros*, da *autonomia constitucional nacional* e da *identidade nacional* dos membros europeus; (4) que articula a supranacionalidade normativa e

a de *mundo sem Estado* ou, ainda, a de um mundo em que o Direito das Relações Internacionais seria o elemento de validade de todas as outras ordens normativas³⁰.

Aqui damos fim ao presente trabalho, opinando no sentido de ser possível a positivação de uma Constituição para a União Europeia e de uma Constituição para o Mundo, afirmação esta que traz consigo a consequência de aceitarmos que se exerça um *poder constituinte europeu* e de um *poder constituinte supranacional mundial* – nesse caso, a partir dos *jus cogens* representados pelos Direitos Humanos Fundamentais.

decisória com a observância do princípio de *atribuição específica de competências* (e não de uma transferência global de competências dos estados para a ‘União’); (5) que está vinculada a princípios jurídico-materiais e a princípios de competência como os princípios jurídicos gerais incorporados em *direitos fundamentais* comuns aos estados membros, o *princípio da subsidiariedade* e o *princípio da coesão social*.”

³⁰ KELSEN, Hans. La naissance de l’État et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie. In: LEBEN, Charles. *Hans Kelsen: écrits français de droit international*. Wien: Hans Kelsen Institut. Paris: Presses Universitaires de France, 2001. p. 27: “[...] l’État doit être considéré comme une communauté juridique comprise avec d’autres États dans une communauté juridique suprême. Et l’ordre juridique capable de constater cette communauté juridique suprême ne peut être que le droit international.” E KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 547-548: “Uma vez que as ordens jurídicas nacionais derivam a sua validade do Direito Internacional, elas devem ser consideradas inferiores à ordem jurídica do Estado que é pressuposto como soberano em primeiro lugar e que, portanto, é o único que pode ser pressuposto como tal. Essa ordem jurídica, através da mediação do Direito Internacional, que faz parte dela, abrange todas as outras ordens jurídicas nacionais ‘delegadas’ pela ordem jurídica internacional. Essas outras ordens jurídicas nacionais são, segundo o Direito Internacional, válidas exclusivamente para as suas esferas territoriais e pessoais específicas, e podem ser criadas e modificadas em conformidade com as suas próprias constituições. Mas o Direito Internacional, que garante aos outros Estados essa soberania relativa, tem – do ponto de vista dessa interpretação – o seu fundamento de validade na ordem jurídica nacional da qual procede a interpretação. Apenas essa ordem jurídica nacional que, no que diz respeito ao fundamento de validade, e não ao conteúdo de outras ordens jurídicas nacionais, se apresenta como a **ordem jurídica universal, é soberania absoluta, ou seja, apenas esse Estado é soberano no sentido original do termo**. A soberania de um Estado exclui a soberania de todos os outros Estados. Essa é uma consequência inevitável da teoria do reconhecimento baseada na hipótese da primazia do Direito nacional. A maioria dos expoentes desses pareceres, porém, não os desenvolve até as suas últimas consequências. Eles concebem o mundo do Direito como uma quantidade de ordens jurídicas nacionais isoladas, cada uma delas soberana e cada uma delas contendo o Direito Internacional como parte. Por motivos já explicados, esse pluralismo jurídico é logicamente impossível.” (grifo nosso)

Justifications for the supranational constitution and the case of the European Union

Abstract

The article aims to prove that the special conditions shown in the present European law authorizes the constitutionalist to assert that into that international organization differentiated ('fenótipo' differentiated according to Canotilho) can already speak of constitutionalism, in Constitutional and Supranational Constitution even in European Union, using the Lisbon Treaty as theoretical mark. The method used was the deductive and the approach was based on a logical-dialectical discourse. We conclude that: (i) on a regional level, one can consider the Lisbon Treaty as a new model of the Constitution, to a community open based on cooperation and subsidiarity rather than to a community based on state sovereignty, (ii) on a world bases level, we pose the following question: If there is a supranational constitution for Europe, why the same reasoning could not be applied to a supranational constitutionalism driven by existing instruments of public international law? The text is unique and their value lies not only in this factor, but mainly the fact that the same vehicle knowledge to extend the phenomenology of constitutional, to the point of moving to accept a supranational constitution

Keywords: Traditional constituent power. Making power. Supranational European constituent power. International treaties as standards. World without states? Global state?

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi; Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.

BAGUENARD, Jacques. La Constitution. In: MOREAU, Jacques (Dir.). *Droit public: théorie générale de l'état et droit constitutionnel, droit administratif*. 3. ed. Paris: Economica, 1995. t. 1.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito constitucional internacional. In: BRANT (Coord.). *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BURDEAU, Georges et al. *Manuel de droit constitutionnel*. 24. ed. Paris: L.G.D.J, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucionalismos e globalização*. Palestra proferida no Teatro Guairá, em Curitiba, no dia 4.10.2004, sobre esta temática no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRASCO, Ricardo Miguel Llopi. *Constitución europea: un concepto prematuro. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comuniades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional básica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

CARVALHO, Orlando Magalhães. *Caracterização da teoria geral do Estado*. Belo Horizonte: Kriterion, 1951.

CARVALHO, Orlando Magalhães. *O mecanismo do governo britânico*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943.

CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel et science politique*. 14. ed. Paris: Armand Colin, 1997.

CUNHA, Paulo de Pitta e. *A Constituição europeia: um olhar crítico sobre o projecto*. Lisboa: Almedina, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Religious tolerance: the pacemaker for cultural rights*. Cambridge: Royal Institute of Philosophy Annual Lecture, [2004].

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. La naissance de l'État et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie. In: LEBEN, Charles. *Hans Kelsen:*

écrits français de droit international. Wien: Hans Kelsen Institut. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Prefácio de J. F. Rezek; apresentação de André Ramos Tavares. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Constituição européia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

TAVARES, André Ramos. O Congresso Nacional como poder constituinte. In: FERREIRA, Josué dos Santos (Org.). *Os meandros do Congresso Nacional: como interagir e participar das atividades legislativas brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense. Brasília: Senado Federal; Câmara dos Deputados, 2001. p. 329-359.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *A Constituição européia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.