

**A PECULIARIDADE JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL DO PODER
CONSTITUINTE E SUA (IN)EXISTENTE
ORIGINALIDADE NO CONTEXTO DA
UNIÃO EUROPEIA**

***THE PECULIARITY LEGAL AND CONSTITUTIONAL AND ITS
CONSTITUENT POWER (IN) EXISTING ORIGINALITY IN THE
CONTEXT OF EUROPEAN UNION***

Francisco Valle Brum

*Advogado da União lotado na Procuradoria-Geral da União
Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP. Especialista em Direito do Estado*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O poder constituinte e sua divisão no ambiente europeu; 2 O poder constituinte (originário?) e sua estrutura jurídico-constitucional peculiar no contexto da integração da União Europeia; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a peculiaridade atinente ao Poder Constituinte no âmbito da União Europeia. Indica que há uma divisão deste Poder entre os cidadãos dos Estados-membros e dos *cidadãos da União*. Busca demonstrar que, no ambiente da constitucionalização da Europa, é de difícil percepção a existência de um Poder Constituinte originário, uma vez que não estão presentes os três principais fatores de sua incidência. Conclui que há, nada obstante, uma evidente estrutura constitucional, de caráter material, no âmbito comunitário, a qual engloba os tratados comunitários e a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu que, malgrado ainda não tenha culminado numa Constituição europeia propriamente dita, pode ser um sintoma a apontar neste sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte Originário. União Europeia. Constituição da Europa. Tratados Comunitários.

ABSTRACT: This article analyzes the peculiarity with regard to constituent power within the European Union. Indicates that there is a division of power between the citizens of the Member States and of the citizens of the Union. Seeking to demonstrate that, in the environment of constitutionalisation of Europe, it is difficult to perceive the existence of a constituent power, since there are present the three main factors of its incidence. Concludes that there is, however, a clear constitutional structure of material character, under which community encompasses the Community treaties and the jurisprudence of the European Court of Justice that, in spite of not yet culminated in a European Constitution itself, can be a symptom pointing in this direction.

KEYWORDS: Constituent Power. European Union. Constitution of Europe. Community Treaties.

INTRODUÇÃO

Talvez não haja na dogmática constitucional um ponto tão sensível e determinante para a eficácia de todo o rol de garantias proporcionado pela Constituição como a doutrina do Poder Constituinte. Partindo do seu conteúdo se estabelece a força vinculante da Constituição, que irradia seus efeitos por todos os demais ramos do direito, e condiciona nossa própria visão de mundo como juristas¹.

A peculiar situação da União Europeia, no que toca ao contexto da sua constitucionalização, torna ainda mais sensível esse ponto. Assim, a pergunta problematizante que se põe é saber se os Tratados constitucionais da União (cuja natureza jurídica para muitos é de efetiva Constituição da Europa) foi fruto do Poder Constituinte originário, e com isso se principia a reestruturação do Poder Constituinte - afetando todo o Direito Constitucional -, com a formal retirada da soberania e do monopólio da força dos Estados-membros em prol de uma União Europeia nos moldes norte-americanos, ou se apenas podemos dizer que a (ainda?) (in)existente federação da Europa inviabiliza a formalização do processo constituinte originário, admitindo-se apenas um poder de reforma *sui generis*.

Como hipótese, podemos dizer que as principais características do Poder Constituinte originário não estão presentes na constitucionalização da Europa, porquanto, para isso, teremos que verificar a existência da inicialidade, da titularidade e de um *povo da União*, o que não parece fazer parte da atual conjuntura da UE.

1 O PODER CONSTITUINTE E SUA DIVISÃO NO AMBIENTE EUROPEU

Não é tarefa fácil tratar em poucas linhas a questão acerca do Poder Constituinte. Esse tema, a par de muito debatido, continua extremamente aberto². Faz parte do senso comum que o Poder

1 GUSMÃO. Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*: Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6, p. 95-118.

2 Há, inclusive, quem chegue a afirmar que o Poder Constituinte originário não mais existe. Nesse sentido, Giorgio Agamben aduz que “Contra a tese que afirma o caráter originário e irreduzível do poder constituinte, que não pode ser de modo algum incondicionado e constrangido por um ordenamento jurídico determinado e se mantém necessariamente externo a todo o poder constituído, encontra hoje sempre maior consenso (no âmbito da tendência contemporânea mais geral de regular tudo mediante normas) a tese contrária, que desejaria reduzir o poder constituinte ao poder de revisão previsto na constituição, e põe de

Constituinte, teorizado inicialmente pelo abade de Sieyés³, é uma força política que inaugura uma nova ordem constitucional. Também é assaz conhecida a discussão entre juspositivistas e jusnaturalistas sobre a natureza desse poder, se jurídico ou de fato.

Agora, falar de Poder Constituinte é falar de democracia, sendo que na modernidade os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que fez com que se identificassem cada vez mais, sobretudo com a aproximação do século XX⁴. Os distintos modos de entender a Constituição reclamam uma aproximação particular à questão do Poder Constituinte⁵. Sobre essas diversas linhas de tentativa de conceituação do Poder Constituinte dentro da arquitetura político-jurídico-social, destaca-se estudo de Danilo Castellano, para quem:

Se puede observar, en primer lugar, que la doctrina de la Constitución como hipótesis fundamental (Kelsen), como decisión, o sea, como acto cualquiera del poder constituyente (Schmitt), como pacto (o contrato) social (teorías políticas constructivistas), identifican en último análisis el poder constituyente con una opción o una decisión de la que, cuando se ofrecen, no se dan sino razones utilitaristas, inidóneas para justificar – bajo el aspecto fundante – la misma decisión o la opción. Sustancialmente, por tanto, para estas teorías, el poder constituyente es el poder de constituirse, un hecho derivado de un acto voluntario colectivo. Un hecho prejurídico, en suma, que los juristas reconocen (o

lado como pré-jurídico ou meramente factual o poder do qual nasceu a constituição” (AGAMBEN, Giorgio Homo Sacer. *O poder soberano e a vida nua*. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 47).

- 3 Não obstante essa afirmação, Hugo Gusmão adverte que “assim como o que Galileu comprovou e universalizou já havia sido afirmado anteriormente, ainda que no âmbito da pura teoria, também as ideias enunciadas por Sieyés, muito antes que os colonos americanos declarassem sua independência e desse início à seu processo constituinte, já haviam encontrado um porta-voz: Emer Vattel, sob uma perspectiva internacionalista, já havia chagado a algumas conclusões que apos décadas seriam proclamadas pelo Abade francês. E continua No entanto, apesar do caráter vanguardista de sua argumentação, e como para demonstrar a peremptória afirmação de Hannah Arendt, a origem histórica e jurídica do Poder Constituinte necessitou dos fatos que se desenrolaram na América e na França, e que o delinearam, definitivamente, como circunstância concreta e ideia jurídico-política” (GUSMÃO, Hugo César Araújo de. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos histórico-conceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica. In: ALMEIDA FILHO, Agassis; NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 102-103).
- 4 NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 7.
- 5 CASTELLANO, Danilo. *Constitución y Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 74-75.

deberían reconocer) del mismo modo como el cordero reconoce la “decisión” del lobo. El poder constituyente, por tanto, sería un hecho considerado (impropiamente) idóneo para originar un ordenamiento jurídico, pero absolutamente extraño al mundo del derecho. Por ello las doctrinas iuspositivistas (piénsese, por ejemplo, en Georg Jellinek, Raimon Carré de Maberg o Santi Romano) excluyen que sea una “cuestión jurídica” y, por eso, tienden (sin conseguirlo) a expulsarla completamente de la esfera del derecho. El “poder constituyente”, en suma, reentraría en la esfera política [...], esto es, en un mundo lejano, si no contrario, al derecho, que para los positivistas – como es sabido – se circunscribe a las normas del ordenamiento⁶.

Em aula ministrada para os alunos do mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público na Universidade de Granada⁷, o professor Hugo Gusmão registrou que ele (o Poder Constituinte) é uma espécie de *cisne negro*, vale dizer, fenômenos sociais e políticos extraordinários que produzem um tremendo impacto e que não se sujeitam a explicações no momento em que aparecem. Só se pode explicá-los num momento posterior. O Poder Constituinte tem esse componente de *cisne negro*, porque ele se subdivide entre um “momento constituinte e um processamento constituinte”, tendo um elemento limitativo (limitado) e um elemento ilimitado (ruptura com a ordem estabelecida). O Poder Constituinte nem sempre é percebido de imediato. Ele não necessariamente tem que conduzir a um processamento constituinte; melhor dizendo, ele pode ter um momento de ruptura e não ter uma constituição que garanta juridicamente esse momento de ruptura.

Outra discussão que já é *lugar-comum* é a que se refere a quem é o titular do Poder Constituinte e de quem tem o poder de fazer a constituição. Nesse aspecto, deve-se dizer, com Hegel (ainda que com razões diversas) que a questão carece de significado⁸. Ela está privada de significado jurídico, porque, como sustentado por uma parte dos juristas positivistas, o Poder Constituinte seria um fato e não um verdadeiro poder jurídico. No mesmo sentido, estaria privada de significado para os

6 CASTELLANO, op. cit., p. 75-76.

7 GUSMÃO, Hugo C. Araújo de. *Reforma constitucional y Globalización*. Aula ministrada em 04.06.2013 no programa de mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada em convênio com o Instituto Brasiliense de Direito Público.

8 Ibid., p. 84.

pensadores clássicos, já que não existe. É uma pretensão de onipotência que o homem ou as coletividades reivindicam, mas que não possuem, pois tanto uma como outras somente dispõem do poder ordenador. Ainda, está privada de significado político, porque o poder político não é um poder brutal e absolutamente *livre em sua causa*; é, ao contrário, um poder humano⁹.

Ainda sobre a fluidez do conceito, Isabel Turégano Mansilla¹⁰ adverte que:

Empleado con una función explicativa, el concepto de poder constituyente sirve efectivamente para poner de manifiesto que la limitación de la autoridad jurídica suprema presupone lógicamente un poder extrajurídico que le autoriza y delimita su ámbito de actuación. Éste creo que es el sentido de la distinción entre soberano y soberano. Sin embargo, como ya señalaran CARRIÓ y NINO, resulta problemática la aplicación de un término como el de «poder» propio de contextos normativos en una sede en la que por definición las normas están ausentes, puesto que puede servir como legitimación encubierta del mero hecho del ejercicio efectivo de la fuerza (CARRIÓ, 1973; NINO, 1985).

Não é desiderato deste artigo investigar as correntes que teorizam acerca do Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, mas sim investigar se a criação de uma “constituição” para o velho continente pode ser caracterizada como um *fato “constituente”*, ou seja, como um momento em que se deflagrou o Poder Constituinte originário.

Antes, porém, impende trazer a peculiar situação da constitucionalização da União Europeia, uma vez que pode haver uma divisão desse Poder Constituinte entre os cidadãos da União (?) e os povos europeus.

Sobre o ponto, é de se dizer que o artigo 1, inciso 2, do Tratado de Maastricht do ano de 1991 deu início a uma “União cada vez mais estreita entre os povos da Europa”, ao passo que o artigo 1, inciso 1, do Tratado que funda uma Constituição para a Europa já passou a se referir

9 GUSMÃO, op. cit., p. 85.

10 MANSILLA, Isabel Turégano. A vueltas con la noción de soberanía: reflexiones sobre la contribución de Ernesto Garzón Valdés. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), p.199-203.

aos dois sujeitos constituintes, isto é, tanto “às cidadãs e aos cidadãos” como “aos Estados” europeus¹¹. Nas palavras de Habermas¹²

Mesmo malogrando a Constituição da convenção de 2004, o Tratado de Lisboa recomenda o fim de uma soberania “dividida” entre cidadãos e Estados porque o Parlamento, ao propor mudanças no tratado constitucional (de modo igualmente restrito), não somente está submetido ao procedimento como se coloca diante do Conselho como órgão de igual nível nos “procedimentos legislativos ordinários”.

Nesse norte, esse elemento novo do sujeito constituinte cindido entre “cidadãos” e “Estados” exige, sob o ponto de vista da democracia, uma qualificação importante. É que os cidadãos participam de duas maneiras na constituição de uma comunidade política superior, vale dizer, em seu papel como futuro cidadão da União e como membro da população de um Estado. Por isso, a Constituição da União Europeia preserva também, como todas as ordens jurídicas modernas, um caráter estritamente individualista, se baseando em última instância nos direitos subjetivos dos cidadãos¹³. Desse modo, seria mais consequente reconhecer como o outro sujeito do processo constituinte não os próprios Estados membros, mas sim seus povos¹⁴.

Nessa perspectiva, Habermas registra que:

[ã]mbos os papéis do sujeito constituinte da comunidade constituída ganham um significado institucional: no âmbito europeu, o cidadão deve poder simultânea e igualmente formar seu juízo e decidir politicamente, seja como cidadão da União ou também como membro pertencente ao povo de um Estado. Cada cidadão participa no processo europeu de formação da opinião e da vontade tanto como o *indivíduo* europeu capaz de autonomamente dizer “sim” ou “não”, como também como *membro* de uma determinada ação.

11 HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012. p. 71.

12 Idem, *ibidem*.

13 HABERMAS, op. cit., p. 72.

14 Idem, *ibidem*.

Não obstante a opção de Habermas ao afirmar a existência de uma divisão de sujeito constituinte pertencente ao cidadão da União e ao povo de um dos Estados-membros da comunidade europeia, precisa-se investigar se o Poder Constituinte pode ser considerado originário, donde restaria comprovada a hipótese do filósofo alemão.

2 O PODER CONSTITUINTE (ORIGINÁRIO?) E SUA ESTRUTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PECULIAR NO CONTEXTO DA INTEGRAÇÃO DA UNIÃO EUROPÉIA

Na já citada aula ministrada na Universidade de Granada, Hugo Gusmão provocou os alunos com a indagação acerca da existência ou não de uma Poder Constituinte originário no âmbito da União Europeia. Antes de adentrar especificamente esta questão, se mostra importante, ainda que brevemente, trazer apontamentos sobre a União Europeia e sua constituição.

De início, o Tratado constitucional foi elaborado em um momento histórico no qual o processo de integração europeia estava culminando com os dois objetivos essenciais que se haviam desenvolvidos desde o Tratado de Paris e dos Tratados de Roma, que, em 1957, criaram a Comunidade Econômica Europeia, ou seja, a ampliação progressiva do âmbito territorial do processo de integração e a intensificação desse processo¹⁵. Todavia, uma questão permanecia pendente: qual seria a natureza jurídica desse Tratado? Para alguns, se tratava de um simples tratado, enquanto que para outros era claramente uma Constituição. Para Francisco Balaguer, o Tratado constitucional era, na verdade, um Tratado com alma de Constituição, haja vista que havia no Tratado matérias típicas de um texto constitucional (carta de direitos fundamentais, mecanismos de controle do poder, delimitação de competências, desenvolvimento do sistema jurisdicional preexistentes, etc.)¹⁶. Sobre a natureza do Tratado constitucional e, posteriormente, do Tratado de Lisboa, Balaguer¹⁷ registra que:

En definitiva, bien podía decirse que el Tratado constitucional era una Constitución, aunque adoptara la forma de Tratado y a pesar de que se deba considerar sólo el primer paso de futuros

15 CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. v. I. Madrid: Tecnos, 2010. p. 219.

16 *Ibid.*, p. 224-225

17 *Ibid.*, p. 225.

avances en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Valoración que se puede extender claramente al Tratado de Lisboa en el que se mantienen sustancialmente las características anteriores [...]. El contenido material del Tratado Constitucional, que se incorporó al Tratado de Lisboa, debe ser completado en el futuro con nuevos desarrollos constitucionales que no sólo sean materialmente constitucionales sino que lo sean también formalmente.

Habermas¹⁸, demonstrando a mesma linha de entendimento acerca da natureza jurídica dos Tratados referidos, aduz que “Diferentemente das constituições nacionais dos séculos XVIII e XIX, a constituição da União é obra das elites políticas”. Isso porque nas constituições dos séculos indicados os revolucionários se uniam para derrubar o antigo regime, ao passo que, agora, são os Estados, é dizer, os atores coletivos, que associam-se para cooperar em campos políticos limitados com o auxílio de um aparato instrumental baseado no direito das gentes¹⁹.

Pois bem. Um dos fatos recentes que trouxeram uma forte preocupação para a Europa, e que originou diversos estudos sobre o modo de seu controle, foi a crise financeira mundial, que teve seu auge em 2008, e que atingiu a União Europeia. O baixo crescimento dos países que a compõem, sendo a situação da Grécia um caso emblemático, fez com que fossem lançados uma série de pacotes de resgate para tentar equilibrar a economia dos países em maior dificuldade. Essa situação fez com que surgisse a preocupação acerca do modo de se fazer um controle *nacional* do mercado. E como fazer?

Na expressão de Francisco Balaguer Callejón, a dimensão europeia do *Direito Constitucional* é que oferece a possibilidade de controlar o mercado e de colocá-lo a serviço dos direitos dos cidadãos, uma vez que as medidas de controle da economia somente poderão se realizar em escala supranacional nas grandes regiões econômicas²⁰. Nas palavras do autor:

Teniendo en cuenta el proceso de globalización o mundialización, bien se puede afirmar que la dimensión europea del Derecho

18 HABERMAS, op. cit., p. 67.

19 Ibid., p. 67.

20 CALLEJÓN, op. cit., p. 220.

constitucional es la única posibilidad de realizar un control constitucional del mercado. No es posible, con el actual proceso de globalización, pensar en un control nacional o estatal del mercado. Las medidas de control de la economía sólo van a poder realizar a escala supranacional en las grandes regiones económicas. De ese modo, la dimensión europea del Derecho constitucional ofrece la posibilidad de controlar el mercado y de situarlo al servicio de los derechos de los ciudadanos²¹⁻²².

Portanto, a superação da grave crise mundial, com, v.g., o controle constitucional do mercado, perpassa, inevitavelmente, por esse *Direito Constitucional*, denotando a preocupação dos europeus acerca desse momento²³ (?) constituinte que estão vivenciando. Nesse sentido, Gomes Canotilho²⁴ anota que:

A este propósito, penso que as Constituições nacionais, agradecemos ou não esta ideia, estão hoje em rede. Em termos de interorganizatividade, elas vêm “conversando” com outras Constituições e com esquemas organizativos supranacionais, vão desbancando algumas normas, alguns princípios das próprias Constituições nacionais. Neste aspecto, pode falar-se de fraqueza das Constituições nacionais: quem passa a mandar, quem passa a ter poder são os

21 Idem, *ibidem*.

22 A importância de mecanismos constitucionais para uma integração política e econômica para fazer frente aos problemas surgidos naquele continente foram abordados por Francisco Balaguer Callejón a propósito da queda do Muro de Berlim, haja vista que “En efecto una integración limitada a unos pocos países no permitiría hacer frente a los retos que plantea el proceso de integración en un mundo globalizado. Singularmente, la situación generada en Europa a partir de la caída del Muro de Berlín, convertía la ampliación en obligada. Pero, al mismo tiempo, la ampliación progresiva de la esfera territorial desde los seis Estados miembros iniciales a los 27 actuales exige una intensificación de la unión política, a través de mecanismos constitucionales, como único modo de hacerla operativa, ya que las técnicas diseñadas inicialmente para un número reducido de Estados resultan insuficientes” (*Ibid.*, p. 219).

23 Sobre o ponto, não há como responder nesta quadra da história se a crise de 2008 foi ou não um verdadeiro *momento constituinte*, porquanto, como antes afirmado, o Poder Constituinte nem sempre é percebido de imediato. Ele não necessariamente tem que conduzir a um processamento constituinte; melhor dizendo, ele pode ter um momento de ruptura e não ter uma constituição que garanta juridicamente esse momento de ruptura. Na referida aula ministrada por Hugo Gusmão, surgiram alguns exemplos de *momentos constituintes* na história mundial, a saber: a) a Declaração de independência dos EUA; b) a Constituição norte-americana; c) o 11 de setembro de 2001 (atentado às Torres Gêmeas, nos EUA); d) a queda do muro de Berlim; e) o último discurso de Nicolau Ceausescu, que desagouou na sua morte (a partir daí a Romênia entra num processamento constituinte); e e) a morte do ditador Franco em 1975.

24 CANOTILHO, J.J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

textos internacionais. Mas a directividade programática permanece, transferindo-se para estes.

A ratificação do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009 por todos os 27 Estados-membros pode ser considerado um sintoma de uma tentativa de arrefecimento desse período histórico iniciado em 2008. Resta, então, para os objetivos deste artigo, verificar se a constitucionalização do Direito das gentes, notadamente no contexto da União, foi uma emanção do Poder Constituinte originário, que, portanto, inaugurou uma nova ordem constitucional, agora sob o a peculiaridade de ser supranacional, ou se ainda é cedo para tal afirmação.

Com efeito, em Habermas²⁵ verificamos que uma das inovações da constitucionalização do Direito das gentes, como referido no primeiro capítulo, foi a divisão do Poder Constituinte entre os cidadãos da União e os povos europeus. Para ele:²⁶

A comunidade formada pelo Tratado Internacional se transformou em uma União Política por tempo indeterminado. Com a introdução de uma cidadania própria da União, com a referência explícita a um interesse europeu pelo bem comum e com o reconhecimento da União como personalidade jurídica própria, os tratados se tornaram a base de uma comunidade politicamente constituída. Diante da constituição democrática de uma Federação nacional, o nome “tratado constitucional” pode, no entanto, sinalizar a situação particular de que a União Européia que ser entendida como uma comunidade *supraestatal*, sem deixar de ser democraticamente constituída (e, do mesmo modo, legítima). A União partilha o caráter *supraestatal* com as federações das era pré-democráticas, com os Antigos Impérios e com as uniões de cidades-Estado; mas, diferentemente das confederações clássicas, a construção da União deve satisfazer inequivocamente os princípios democráticos. Dessa perspectiva, em um tom declamatório os artigos 9 a 12 do Tratado de Lisboa não deixam a desejar.

25 HABERMAS, op. cit., p. 65.

26 Ibid., p. 67-68.

Com efeito, três²⁷ são os fatores que caracterizam o Poder Constituinte como sendo originário, a saber: a inicialidade, a titularidade e o povo. Quanto ao primeiro fator, para a incidência do Poder Constituinte originário deve haver um evento político capaz de mobilizar toda uma coletividade que, decidindo romper com a realidade passada, funda um novo corpo político. Apesar do fato de que, como exposto ao longo deste artigo, a Europa tenha, de fato, uma Constituição (ainda que com outra roupagem), a realidade pretérita se mantém, vale dizer, os Estados-membros permanecem com sua soberania (ainda que mitigada), possuem a utilização legítima do poder e ainda garantem as liberdades civis e políticas dos cidadãos dos Estados.

É sobre essa primeira característica que Hugo Gusmão afirma que:

Em relação à característica de inicialidade, no âmbito supraestatal, ainda não assomou um evento político capaz de mobilizar uma coletividade que ganha consciência de si mesma e decide fundar um novo corpo político, rompendo, simultaneamente, com uma realidade pretérita. Neste sentido, sequer o Tratado de Roma de 2004 representou um divisor de águas capaz de instaurar a incomunicabilidade político-jurídica entre uma realidade passada e outra atual. Historicamente, o exercício do poder constituinte originário, embora mitigado formalmente, sempre esteve marcado pela consciência do ato político que se levava a cabo. A experiência histórica indica que o poder constituinte, como evento político, tem um caráter inequívoco. Não é o caso europeu. Não há uma intenção declarada de fundar uma nova ordem política, estruturada através de uma Constituição, baseada numa ruptura com o passado. Por esta singela razão, ao comparar o processo de aprovação do Tratado de Roma de 2004 com o exercício de um poder constituinte originário, Francisco Balaguer Callejón só aponta a configuração de tal ruptura, no âmbito europeu, num sentido amplo ou genérico, relativo ao resultado e apenas parcialmente, no que concerne a seu processo de elaboração²⁸.

27 Para os objetivos deste artigo, utilizar-se-á apenas três categorias teóricas do Poder Constituinte, deixando de lado outras que poderiam ser aqui citadas.

28 GUSMÃO, Hugo Cesar Araújo de. Poder de reforma da Constituição Estatal num contexto supranacional. O caso europeu. In.: *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15 - n. 1, jan./abr. 2010. p. 132-133.

A verificação da titularidade²⁹ encontra ainda maiores dificuldades. Quem seria o titular do Poder Constituinte originário supranacional? O atual ambiente da UE permite afirmar que processo de integração provocou a perda de sincronia entre as instituições políticas efetivas e a possibilidade de representação democraticamente legítima, apta a viabilizar o controle destas instituições por parte dos cidadãos europeus, de sorte que num âmbito supranacional, o *déficit* democrático fundamenta-se na deficiência estrutural em refletir adequadamente a vontade popular e na inexistência de um ambiente apto a gerar formas de manifestação desta vontade³⁰⁻³¹.

E se há algo que parece não haver entendido os que promoveram a consecução do Tratado de Lisboa, registra Balaguer Callejón³², é que justamente a conexão entre estatalidade e constitucionalidade obriga

29 O mesmo Hugo Gusmão, agora em outro estudo, consigna que “Tendo sido criada no momento das rupturas revolucionárias do final do Século XVIII, a Teoria do Poder Constituinte assimila com perfeição a transição de poder político que se desloca da figura do Rei, para uma entidade despersonalizada, e traduz essa assimilação no dilema acerca da titularidade, que preocupava teóricos de antanho, como Rousseau (1969) e Sieyès (1973), e que, hodiernamente, apesar de se encontrar pacificada em termos formais, ainda é objeto de deliberação de constitucionalistas respeitáveis. Não obstante, hoje a opção clara é pela atribuição da titularidade do Poder Constituinte ao povo. Böckenförde (2000: p. 163, 165), chega inclusive a vincular a própria idéia de Poder Constituinte a essa concepção plural acerca da titularidade, ao salientar: [...] el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene su lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática. [...] El poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo.” Para delimitar, com maior precisão, este titular, a lição de Canotilho (2002. p. 65, 66), em consonância com a essência da argumentação de autor alemão, é bastante válida: “[...] hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo na actualidade, se entende como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, idéias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes.” (GUSMÃO. Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6, p. 95-118).

30 *Ibid.*, p. 133.

31 Nessa medida, Gusmão entende que “O reconhecimento da existência de um poder constituinte originário europeu, por outro lado, deveria pressupor a resolução do problema da titularidade no âmbito supraestatal. E o fato é que esta característica, que é um dos pontos nevrálgicos da Teoria do Poder Constituinte, não encontra um discurso apropriado no âmbito europeu. A Europa integrada, embora composta por Estados nos quais a democracia apresenta-se como uma característica praticamente indissociável da esfera política, hodiernamente não representa um espaço autêntico de instituições e de práticas plenamente democráticas. Com a gradativa transferência de competências, de uma esfera estatal para outra supranacional, o processo de integração provocou a perda de sincronia entre as instituições políticas efetivas e a possibilidade de representação democraticamente legítima, apta a viabilizar o controle destas instituições por parte dos cidadãos europeus. Entretanto, o debate condiciona-se não só pela adaptação do contexto institucional comunitário aos cânones da representação democrática, mas também pela impossibilidade, até o momento, de perceber o advento de uma opinião pública que transcenda as fronteiras dos Estados-Membros”. (*Idem, ibidem*).

32 CALLEJÓN, op. cit., p. 241.

a União Europeia a articular de modo democrático sua estatalidade mediante o aprofundamento em sua constitucionalidade.

Hugo Gusmão³³ adverte, sobre o ponto acerca da manifestação de vontade popular, que:

Embora nos Estados-Membros produzam-se formas de consultas à população através de referendos relativos a temas da integração europeia, não se pode apontar, nesta hipótese, a manifestação de uma vontade popular europeia como o resultado da consulta condicione, de forma isolada, cada realidade nacional específica. Para falar de uma autêntica vontade popular europeia e não de uma vontade popular espanhola, alemã ou francesa, em relação a temas europeus, cabe que todo processo de consulta popular seja uniformemente aplicável a todos os Estados que componham a União, através das instituições europeias, e que seu resultado possa submeter mesmo os Estados-Membros cuja população tenha se manifestado massivamente de forma contrária ao posicionamento majoritário³⁴.

Nada obstante, há ainda um dado de fundamental relevo. É que houve, sob o ponto de vista formal, um importante retrocesso na firmação do Tratado de Lisboa. No processo de ratificação do Tratado, somente a Irlanda submeteu a questão a referendo popular, sendo, ainda mais, que o resultado foi negativo (dando lugar a uma segunda consulta). Nessa perspectiva, Balaguer Callejón³⁵ evidencia que:

Desde el punto de vista formal, sin embargo, el retroceso es importante. El intento de aproximación del Tratado Constitucional a procedimientos más cercanos a un modelo constitucional en la formulación de las normas fundamentales de la Unión, se ha visto claramente desautorizado por la forma en que se ha elaborado y aprobado el Tratado de Lisboa, a través de negociaciones entre los Estados y dejando a un lado completamente a la ciudadanía. El desplazamiento de la ciudadanía ha terminado por completarse en el proceso de ratificación, ya que Irlanda ha sido el único Estado que ha sometido el Tratado de Lisboa a referéndum. El resultado negativo de ese referéndum celebrado en 2008 y el hecho de que hubiera que convocar un segundo referéndum en

33 GUSMÃO, op. cit.

34 GUSMÃO, op. cit., p. 141.

35 CALLEJÓN, op. cit., p. 241.

2009 (con resultado positivo, en este caso) no han ayudado nada a la legitimación del Tratado.

Por fim, quanto à existência de um *povo europeu*, não obstante a visão antes referida acerca da divisão entre os cidadãos dos Estados-membros e do povo da UE, é certo que, a rigor, não se pode afirmar que a comunidade europeia possui um povo nos moldes em que se necessita para a caracterização de um originário Poder Constituinte. Há uma impossibilidade de configuração de elementos como unidade étnica, idiomática ou cultural. A realidade que o processo de integração revela é essencialmente plural. A sensação de que não se pertence a uma coletividade europeia, a dificultosa criação de um espaço público em que seja possível o nascimento de uma vontade popular comum, a imaturidade, falta de coesão e coerência relativas a um projeto político definido ao longo do processo de integração, são alguns dos fatores mais importantes que evidenciam a inexistência de um povo europeu³⁶.

Nesse sentir, Gusmão, ao tratar de impossibilidade de se configurar, pelo menos neste momento, um *povo europeu*, aduz que:

É bem possível que, após o Tratado de Maastricht, estes fatores tenham sido mitigados em prol da criação de uma identidade comum europeia, no entanto, não se pode deduzir, na atualidade, que os distintos povos europeus compartilhem uma identidade baseada nos pressupostos antes assinalados. A suposta manifestação de um poder constituinte originário europeu encontra, na titularidade, portanto, um obstáculo de difícil superação em face das duas questões correlatas, embora não reciprocamente condicionantes: a falta de um povo europeu e a deficitária representação política num âmbito supranacional. O poder constituinte originário segue, portanto, como um atributo não cedido pela soberania estatal.²³ Sua abordagem, no âmbito comunitário, ademais, impõe, ao menos atualmente, um método equivocado para a análise de um objeto de estudo. Em contato com a dinâmica do processo de integração, elementos como Estado, Constituição, soberania e supremacia normativa modificam-se completamente ou perdem seu significado. No entanto, isto não significa que o poder constituinte, como categoria, não possa se relacionar com elementos teóricos advindos da integração comunitária. O que se justifica, não só

36 GUSMÃO, op. cit., p. 133.

porque tal integração manifesta uma dimensão eminentemente jurídica, mas também porque tal fenômeno afeta, e se vê afetado, pela Constituição nacional.

O que se pode afirmar é que, no âmbito da UE, há um Poder Constituinte derivado *sui generis*, donde há um poder de reforma supranacional por intermédio de uma delegação dos Estados-membros. Sendo o poder de reforma um mecanismo limitado de apropriação, por parte do povo que integra um corpo político, do futuro de seu legado constituinte, não parece que reste outra saída que não seja a de concluir que, para compatibilizar o avanço do processo de integração com o controle democrático exigido pela sua complexidade e pelo seu impacto, caberá avançar no sentido de reconhecer uma nova modalidade de Poder Constituinte derivado, através de uma cessão, ainda que parcial, do poder de reforma, a instâncias supranacionais³⁷, mas que deve ser objeto de pesquisa específica, a qual não se propõe nos modestos limites deste artigo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade, reiterada por Hannah Arendt no contexto da Revolução Copernicana de que *no son las ideas, sino los hechos, los que cambiam el mundo* é adequada de forma particular ao Poder Constituinte, o qual necessita de uma origem fática para se afirmar no universo político³⁸. É dessa origem que carece, pelo menos no atual momento, a constitucionalização da UE. O fundamento de validade da Constituição Europeia não se retira de um (inexistente) Poder Constituinte originário, porquanto a hipótese em que se manifestaria este fenômeno seria por intermédio de uma Constituição que ultrapassasse as realidades constitucionais de cada um dos 27 Estados-membros³⁹.

Enquanto os Estados-membros mantiverem o monopólio da força legítima, transferindo os direitos de soberania para a União tão somente de forma individual, episódica e limitada, esta poderá se apoiar somente em um componente de organização comparativamente fraco. A Comissão Europeia deixa ao critério da

37 GUSMÃO, op. cit., p. 136.

38 GUSMÃO, Hugo César Araújo de. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos histórico-conceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica. In: ALMEIDA FILHO, Agassis; NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 102.

39 GUSMÃO, op. cit., p.135.

administração dos Estados a “transposição” do direito da UE. E, pelo fato de que a própria UE não forma um caráter estatal, seus cidadãos não desfrutam em sentido estrito da condição de cidadãos do “Estado Europeu”⁴⁰.

É verdade, todavia, que há uma evidente estrutura constitucional, de caráter material, no âmbito comunitário, a qual engloba os tratados comunitários e a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu⁴¹, que, malgrado ainda não tenha culminado numa Constituição europeia propriamente dita, pode ser um sintoma a apontar neste sentido, fazendo com que haja, futuramente, uma nova reflexão acerca do Poder Constituinte originário do “Estado Europeu”.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGAMBEN, Giorgio Homo Sacer. *O poder soberano e a vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. v. I. Madrid: Tecnos, 2010.

CASTELLANO, Danilo. *Constitución y Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GUSMÃO, Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6.

40 HABERMAS, op. cit., p. 66.

41 GUSMÃO, op. cit., p. 136.

_____. *Reforma Constitucional y Globalización*. Aula ministrada em 04.06.2013 no programa de mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada em convênio com o Instituto Brasiliense de Direito Público.

_____. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos histórico-conceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica In: ALMEIDA FILHO, Agassis; NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Jus Podium, 2009.

_____. Poder de reforma da Constituição Estatal num contexto supranacional. O caso europeu. In: *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15 - n. 1, jan./abr. 2010.

HABERMAS, Jurgem. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

MANSILLA, Isabel Turégano. A vueltas con la noción de soberanía: reflexiones sobre la contribución de Ernesto Garzón Valdés. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007).

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DPeA, 2002.