

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME I
n.º 1
jan. 2017

DIREITO PÚBLICO

Axel Gosseries

J. J. Gomes Canotilho

Mattias Kumm

Neil Walker

Mário Aroso de Almeida

Luís Fabrica



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA - PORTO

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME I \ n.º 1 \ jan. 2017

DOCTRINA

Axel Gosseries

Chaire Hoover d'Éthique Économique et Sociale
Université Catholique de Louvain

J. J. Gomes Canotilho

Professor Catedrático Jubilado
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Mattias Kumm

Inge Rennert Professor of Law – NYU School of Law
Research Professor – Humboldt University Berlin

Neil Walker

Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations
Edinburgh Law School

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Mário Aroso de Almeida

Professor da Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa

RECENSÃO

Luís Fábrika

Professor da Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA

Proprietário

Católica Research Center for the Future of Law
Católica Law Review
VOLUME I \ n.º 1 \ jan. 2017

Conselho de Direção

Rui Medeiros
Catarina Santos Botelho
Elsa Vaz de Sequeira
Gonçalo Almeida Ribeiro
Maria d'Oliveira Martins
Sofia Pais

Redação e Administração

Católica Research Center for the Future of Law
Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 21 721 41 78 | Fax. (351) 21 721 41 77
catolicalawreview.fd@ucp.pt | www.fd.lisboa.ucp.pt

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto Ref.ª UID/DIR/04859/2013.

© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial	António Brás
Capa e conceção gráfica	Ana Luísa Bolsa 4 ELEMENTOS
Paginação	acentográfico
Impressão	Sersilito – Empresa Gráfica, Lda.
Depósito Legal	0
Data	janeiro 2017
Tiragem	300 exemplares
Periodicidade	quadrimestral
ISSN	2183-9336



Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020 | Fax. (351) 217 214 029
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

ÍNDICE

9 Nota da Direção

DOCTRINA

11 As gerações, o rio e o oceano **Axel Gosseries**

Resumo: Seguindo a sugestão de Jefferson¹, propomo-nos analisar a comparação entre nações e gerações no quadro de uma teoria filosófica de justiça e democracia, que se debruça sobre os nossos deveres para com os membros de outras gerações. Concentramo-nos em três das características comuns às relações intergeracionais, através de uma comparação com situações internacionais específicas. A primeira consiste na imobilidade temporal das pessoas além do período entre o seu nascimento e a sua morte. Esta imobilidade leva a que certos recursos específicos a certos períodos se tornem inacessíveis às gerações de outros períodos, o que pode ser relevante para certas teorias de justiça. Em seguida, apreciamos as características de enclave que cada geração possui. A transmissão intergeracional de bens depende pois da colaboração passiva e ativa das gerações de trânsito. Mostramos que medida este aspeto é relevante para a definição das nossas obrigações de justiça intergeracional. Por fim, insistimos no carácter unidirecional da passagem do tempo – desta feita através de uma analogia com as nações ribeirinhas – e o seu efeito sobre a distribuição temporal dos custos e benefícios e das vulnerabilidades. Examinamos as suas implicações normativas possíveis para a definição de uma distribuição justa do poder entre gerações. Através das três ilustrações esperamos mostrar a pertinência desta abordagem anatómico-analógica para o entendimento daquilo que devemos às outras gerações e, em particular, às gerações futuras.

Palavras-chave: relações entre gerações; justiça intergeracional; transmissibilidade temporal de bens; consumo e transmissão extraperiódicos de bens

Abstract: Following Jefferson's suggestion, we seek to examine the analogy between nations and generations within a philosophical theory of jus-

¹ «We seem not to have perceived that, by the law of nature, one generation is to another as one independent nation to another» (Jefferson to Madison, Sept 6, 1789).

tice and democracy concerned with our duties towards the members of future generations. We focus on three features common to intergenerational relations through a comparison with distinctive international situations. The first concerns the temporal immobility of persons beyond the period ranging from their birth to their death. This immobility implies that certain resources particular to certain periods are inaccessible to the generations living in other periods, and that might be a significant fact within certain theories of justice. We consider next the enclave traits unique to each generation. The intergenerational transference of resources is thus dependent on the active and passive cooperation of generations-in-transit. We show the way in which this feature matters to define our intergenerational duties. Finally, we stress the unidirectional nature of the passage of time (through an analogy with seaside states) and its effect on the temporal distribution of costs and benefits, and vulnerabilities. We examine its potential normative implications for the definition of a just distribution of power among generations. Through these three illustrations we hope to show the pertinence of this anatomic-analogical approach for the understanding of what we owe other (and in particular future) generations.

Keywords: relationships between generations; intergenerational justice; temporal transferability of resources; extra-periodic consumption and transmission of goods.

35 Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível

J. J. Gomes Canotilho

Resumo: O texto refere-se à incomensurabilidade de discursos. Parte-se do contexto atual marcado por discursos económicos e financeiros, por narrativas da dívida e por estados de necessidade financeira. Neste quadro, caracterizado pelos discursos em torno das crises financeiras, dos limites à dívida pública ou das dificuldades de financiamento do Estado Social, a análise incide, de modo particular, na incomensurabilidade dos discursos dos economistas (de alguns economistas) e dos juristas (de alguns juristas) em torno dos problemas suscitados pelas políticas de austeridade em vários países da União Europeia. O confronto das narrativas discursivas conduz a uma incontornável suspensão reflexiva acerca das fontes de direito nos sistemas jurídicos internormativos e impõe uma reflexão sobre as hierarquias entrelaçadas entre normas – regras e princípios – desenvolvidas no cenário normativo do estado de direito constitucional democrático e “decisões de *governance*” precipitadas pela necessidade de resolver problemas coletivos urgentes (endividamento excessivo dos estados, políticas de desvalorização fiscal).

Palavras-chave: Incomensurabilidade de discursos. Sistemas jurídicos

multinível. Crise da dívida. Sustentabilidade do Estado Social. Normatividade e *governance*. Direito, política e economia.

Abstract: The article concerns the incommensurability of discourses. It proceeds from the present-day context marked by economic and financial discourses, debt-related narratives, and states of financial exception. Within this framework, characterized by discourses around financial crises, debt ceilings, or the difficulties of financing the welfare state, the analysis focuses particularly on the incommensurability of the discourses of economists (some economists) and lawyers (some lawyers) around the issues raised by the austerity policies of various countries within the European Union. The confrontation of discursive narratives leads to an unavoidable reflective halt concerning the sources of the law in inter-normative legal systems, and entails a reflection about the intertwined hierarchies between norms – rules and principles – unfolding in the normative scenario of the constitutional democratic state and ‘governance decisions’ precipitated by the need to tackle urgent collective problems (excessive indebtedness, policies of fiscal devaluation).

Keywords: Incommensurability of discourses. Multilevel legal systems. Debt crisis. Sustainability of the welfare state. Normativity and governance. Law, politics, and the economy.

55 Constitutional Courts and Legislatures: Institutional Terms
of Engagement
Mattias Kumm

Abstract: The debate about the legitimacy of judicial review has arguably been misframed. The question is not whether judicial review can be justified, but how judicial institutions need to be designed and how the relationship between the judicial and the legislative branches must be structured in order for it to be legitimate. After briefly describing the point of judicial review and introducing a normative standard for its legitimate institutionalization, the article analyzes a number of variables that, taken together, determine whether or not such standard is met. A third part briefly illustrates the usefulness of the established framework by analyzing and assessing the institutionalization of judicial review in the US and in the UK. As will become clear, both are problematic outlier cases: In the US the institutional position of the Supreme Court is too strong in its relationship the legislature, effectively enabling juristocracy. In the UK the position of the courts is too weak, effectively enabling electoral authoritarianism.

Keywords: Judicial Review. Democratic Legitimacy. Authorial and Editorial Role of Citizens. Institutional Design. Strong and Weak Review. United States and United Kingdom.

Resumo: O debate sobre a legitimidade da justiça constitucional tem

sido porventura mal colocado. A questão não é a de saber se é possível legitimar a justiça constitucional, mas a de como arquitetar as instituições judiciais e como estruturar as relações entre os poderes judicial e legislativo de forma a assegurar essa legitimidade. Após uma breve referência ao valor da justiça constitucional e articulação de um parâmetro normativo para sua institucionalização legítima, o artigo percorre um conjunto de variáveis que determinam a observância ou não desse parâmetro. A terceira parte ilustra sucintamente a utilidade deste modelo através da análise e do exame da institucionalização da justiça constitucional nos Estados Unidos e no Reino Unido. Como se tornará claro no decurso dessa análise, ambos consubstanciam casos peculiares e problemáticos: nos Estados Unidos a posição institucional do Supremo Tribunal é demasiado forte na sua relação com o poder legislativo, o que permite a implantação de uma juristocracia. No Reino Unido a posição dos tribunais é demasiado débil, o que permite a implantação de um autoritarismo eleitoral.

Palavras-Chave: Justiça Constitucional. Legitimidade Democrática. Função Autoral e Editorial dos Cidadãos. Arquitetura Institucional. Controlo Judicial Forte e Débil. Estados Unidos e Reino Unido.

67 Federalism in 3D: The Reimagination of Political Community
in the European Union

Neil Walker

Abstract: In this paper, I consider the mixed virtue of the federal perspective in relation to certain key recent developments in the 3D (i.e. sub-state, state, supranational) territorial politics of the EU. I argue that, on account of its statist legacy, the invocation of federalism considered either as a technique of government or as a direct expression of an affective relationship between people and supranational polity is of limited or even negative value in EU. Yet federalism, when drawing on its deeper historical roots and considered instead as a basis for imaginative reflection on the nature and proper trajectory of an unprecedented political configuration, fares rather better. Here, indeed, the federal imagination continues to provide a direct challenge to the sovereigntist perspective with its emphasis on the ultimate authority of either state or supranational levels, but does so with complex, unpredictable and as yet unresolved effects, given the still powerful drag of that sovereigntist perspective. In pursuing this point, I focus on a particularly topical and challenging part of the European federal puzzle. I concentrate on the third sub-state dimension of the EU's 3D 'federated' structure, as evidenced in recent developments in Scotland and Catalonia in particular, and on how the development of the EU's federal imaginative example should and can alter the spirit in which new sovereignty claims at this level are both made and received.

Keywords: territorial politics of the European Union; sub-state; state and supranational; federal imagination; political configuration

Resumo: No presente artigo, explanam-se as virtudes da perspectiva federal em relação a significativos e recentes desenvolvimentos na política territorial 3D da UE (ou seja, subestado, estado, supranacional). Defendo que, devido à sua herança estatista, a invocação do federalismo, considerada quer como uma técnica de governo ou como uma expressão direta de uma relação afetiva entre as pessoas e política supranacional, é limitada ou mesmo um valor negativo na UE. No entanto, o federalismo, uma vez exploradas as suas raízes históricas mais profundas e entendido como base de reflexão imaginativa sobre a natureza e trajetória de uma configuração política sem precedentes, afigura-se bastante melhor. Neste ponto, a imaginação federal continua a desafiar a perspectiva soberana com a sua ênfase na autoridade última dos níveis estaduais ou supranacionais, mas fá-lo com efeitos complexos, imprevisíveis e não definitivos, devido à forte atração que a perspectiva soberana ainda exerce. Relativamente a esta questão, focar-me-ei num tópico particular e numa parte desafiadora do *puzzle* federal europeu. Concentrar-me-ei na terceira dimensão subestadual da estrutura federal 3D da UE, tal como se tem vivenciado nos recentes desenvolvimentos na Escócia e na Catalunha, e sobre a forma como o desenvolvimento de exemplo federal imaginativo da UE deverá e poderá alterar o espírito em que as novas reivindicações de soberania realizadas e recebidas.

Palavras-chave: política territorial 3D da União Europeia; subestado, estado, supranacional; imaginação federal; configuração política

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

- 91 Atos de aplicação de Sanções Contratuais: Sua Natureza Jurídica e Regime Processual
Mário Aroso de Almeida

RECENSÃO

- 101 *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*
Luís Fábrica

Nota da Direção

A *Católica Law Review* nasce da ambição de querer fundar uma revista jurídica de referência, divulgando escritos de elevada qualidade selecionados segundo os mais exigentes padrões internacionais de revisão pelos pares.

O número que ora se lança, dedicado ao Direito Público, é o primeiro de três. A ele seguir-se-ão mais dois, a publicar ainda em 2017. Um sobre matérias de Direito Privado e outro de Direito Penal.

A *Católica Law Review* é uma revista bilingue promovida pelo Católica Research Centre for the Future of Law, aberta a autores nacionais e internacionais. Assume-se como um fórum de debate científico e cosmopolita, proporcionando aos leitores uma perspetiva esclarecida, crítica, inovadora e sem fronteiras sobre os temas mais relevantes da investigação no âmbito do Direito.

A lista de revisores da *Católica Law Review* conta com a colaboração de destacados académicos, tanto nacionais como internacionais, assegurando assim a continuidade deste projeto, para além dos volumes iniciais.

O presente número inclui contributos de Professores de reconhecido mérito. Na parte doutrinal, a revista reúne artigos de Axel Gosseries (Lovaina), J. J. Gomes Canotilho (Coimbra), Mattias Kumm (Nova Iorque/Humboldt) e Neil Walker (Edimburgo). Conta ainda com uma análise de jurisprudência feita por Mário Aroso de Almeida (Católica-Porto) e uma recensão da autoria de Luís Fábria (Católica-Lisboa).

Por se tratar do primeiro número da revista, optou-se por convidar pessoalmente cada um dos autores, adiando para 2018 a realização de uma *call for papers*. Tal decisão permitiu agregar num só volume importantes e desafiantes textos sobre questões de inegável interesse. O estudo de Gosseries cruza a dimensão temporal com a espacial na análise da solidariedade intergeracional. O artigo de Gomes Canotilho lança um olhar crítico sobre o confronto das narrativas da crise económico-financeira, refletindo-as nos temas das fontes de direito e do pluralismo normativo. A reflexão de Mattias Kumm aborda o tema do equilíbrio de relações entre o poder legislativo e o judicial, procedendo para

o efeito à comparação entre o modelo juristocrático e o autoritarismo eleitoral. Neil Walker, por seu turno, propõe um imaginativo desafio de índole federalista à perspectiva soberana dos países da União Europeia.

A pronta aceitação dos convites endereçados, com uma contribuição final tão expressiva, deixa-nos muito entusiasmados, mas também com a convicção de que temos entre mãos um projeto com capacidade de crescer e de ganhar vida. A adesão de autores das mais diversas proveniências vem ainda demonstrar que a aspiração da criação de um fórum cosmopolita, a partir da Católica, é possível e está ao nosso alcance.

As gerações, o rio e o oceano

Axel Gosseries¹

Chaire Hoover d'Éthique Économique et Sociale
Université Catholique de Louvain

«[...] desenhamos mal porque representamos o que sabemos em vez de representarmos o que vemos»
(R. Hainard, 1990)²

1 Axel Gosseries é Maître de recherches do FNRS, *Professeur Extraordinaire* na Universidade de Lovaina (UCL), *Franz Weyr Fellow* da Academia Checa de Ciências e *Distinguished Visiting Professor* no Instituto para Estudos Futuros (IFFS, Estocolmo). Axel Gosseries agradece a inúmeros colegas pelas suas sugestões em versões anteriores, assim como às pessoas que assistiram às apresentações das suas ideias principais (Yerevan, Madrid and Besançon in 2014; Braga in 2013; Montpellier, Barcelone, Geneva and Bucharest in 2012). Esta é a versão portuguesa – com uma reduzida bibliografia – de «Les générations, le fleuve et l'océan», *Philosophiques*, 42(1): 153-176. Muito obrigado a Maria Amélia Oliveira pela bela tradução.

2 Crispini (1996: 94) (cit. in).

Introdução

1. Todo aquele que se debruça em Filosofia sobre questões de justiça intergeracional, que se interroga sobre o que devemos às gerações futuras deve, para aferir da robustez de uma proposta de princípio, procurar perspectivas alternativas e confrontá-la com as mesmas. Trata-se não apenas de identificar – mesmo que axiomáticamente – teorias normativas alternativas, mas também de propor – de modo parcialmente independente – uma descodificação anatômica alternativa da natureza do problema. Um método possível consiste em refletir sobre uma analogia entre a esfera intergeracional e o domínio internacional. A comparação, frequentemente evocada, raramente é aprofundada³.

É esta comparação e as suas implicações que pretendemos explorar. Por outro lado, a Filosofia pode tirar partido da análise sobre a dimensão internacional levada a cabo por outras disciplinas como o Direito Internacional ou a Economia Geográfica, que por sua vez desenvolveram conceitos centrados no espaço geográfico. Existem ferramentas ou propostas que podem ser testadas por analogia no plano intergeracional, eventualmente salientando características próprias à dimensão temporal. Não examinaremos diretamente como é que o Direito dos Rios, o Direito do Mar ou o Direito dos Conflitos, a título de exemplo, nos ajudam a entender, fazendo a transposição do espaço para o tempo, a estrutura das questões intergeracionais. Do mesmo modo, não analisaremos a forma como a Economia Geográfica avalia a dimensão dos custos de transporte e de armazenagem ou os efeitos económicos de uma geografia de enclave. Situando-nos a montante, propomos de certa forma os prolegómenos de um tal trabalho. Comparamos *gerações* e *nações* sob um ângulo muito particular, que é o da sua respetiva relação com o *território* e o *período*.

2. Para fins do presente exercício, definamos cada uma destas noções:

Geração: Conjunto de pessoas nascidas durante o mesmo período.

Nação: Conjunto de pessoas nascidas no mesmo território.

Se a definição de «geração» corresponde ao que os demógrafos intitulam «grupo de nascimento», a definição de «nação» – que visa aproximá-la ao máximo da de «geração» – está bastante afastada do sentido mais rico, que é o preferido das ciências sociais. O forte elo entre nação e território de nascimento na presente definição – que remete para a conotação do inglês «*native*» – é

3 Em matéria de exceções, *vide* o trabalho precursor de Barry (1979).

obviamente discutível. Tem apenas como função centrar-nos no essencial à comparação entre as dimensões de «território» (nações) e de «período» (gerações). A nacionalidade, como a «geracionalidade», é assim determinada para sempre no instante do nascimento. Esta definição de «nação» não permite que diferentes nações partilhem o mesmo território de nascimento, nem que a mesma nação partilhe diferentes territórios de nascimento, nem ainda que um indivíduo altere a sua nacionalidade. Tal é, no entanto, compatível com o facto de todos os territórios serem multinacionais no caso de migrações de vulto. Esta abordagem só seria totalmente errada se a ideia de nação, tal como consta no termo «internacional», não tivesse *qualquer* relação com a ideia de território, o que não é verdade. Em todo o caso, não se coloca em causa a nossa posição relativamente à questão do Estado-nação e muito menos relativamente a um alegado «direito de solo».

3. Enveredemos por uma via que aborda dois tipos de espaços internacionais: os rios e os oceanos. Inicialmente perguntar-nos-emos se as gerações não estarão numa situação análoga à das nações insulares sem meios para navegação em mar alto, como as caravelas (secção 1). Em seguida, se as gerações não se encontrarão numa situação comparável à dos Estados-enclave, sem acesso direto ao mar? (secção 2). Por fim, se podemos comparar a passagem do tempo à passagem da água pelo leito de um rio? Será que as gerações não deveriam manter entre si relações semelhantes às dos países a montante e a jusante de um mesmo curso de água? (secção 3).

Para cada uma destas três comparações tentaremos identificar as implicações normativas das especificidades intergeracionais que assim se destacarem. Porque não basta afastar o olhar ou proceder a um trabalho «anatômico» alimentado pela analogia. Este trabalho interessa-nos na medida em que nos pode permitir identificar no plano normativo implicações que de outra forma ficariam invisíveis. Indicaremos assim três características que são *gerais* nas relações intergeracionais (imobilidades das pessoas, situação de enclave e direção do tempo), mas limitadas a contextos *específicos* nas relações internacionais. Mais ainda, mesmo se estas características são gerais no domínio intergeracional, nenhuma delas necessariamente afeta o *conjunto* dos bens que compõem o cabaz que uma geração transmite à outra.

4. Há outra característica importante que não abordaremos, a do ato de gerar, a da génese. O termo «geração» na linguagem comum remete mais para o fruto do ato de dar à luz do que para o próprio ato de gerar. No entanto, este último é com toda a certeza um aspeto distintivo das relações intergeracionais: os que

ocupam um determinado período são direta e causalmente responsáveis, pela via da natalidade, pela existência dos ocupantes do período seguinte. Tal não é o caso dos habitantes de um território em relação aos habitantes de outro território. A título de exemplo, Portugal não está em posição de decidir por si só a existência e a dimensão da próxima geração de espanhóis, mesmo se a pode influenciar, p. ex., através das suas políticas migratórias. A própria existência da futura geração é o fruto da nossa vontade de procriar. E se esta dimensão singular tem um elo com a seta do tempo – não somos responsáveis pela existência dos nossos antepassados – ela também se distingue da mesma.

Uma questão apaixonante é então saber se o facto de causarmos a existência da próxima geração altera a natureza e/ou a intensidade das nossas obrigações para com esta. Poderíamos pensar que reforça a intensidade. Talvez seja o caso se partilharmos a intuição, segundo a qual todos os problemas que a geração seguinte tem de enfrentar seriam de certo modo «causados» por nós, pelo facto de termos causado a própria existência destas pessoas. Talvez seja também o caso para uma teoria distributiva que deseje aplicar à geração procriadora os custos associados ao facto de ter colocado no mundo uma nova geração muito maior ou muito menor que a nossa.

No entanto, as características do ato de gerar também são suscetíveis – ainda que inesperadamente – de enfraquecer as nossas obrigações para com o futuro, em vez de as reforçar. Seria o caso em que estivessem associadas consequências problemáticas para o futuro ao ato da procriação e se as mesmas constituíssem a condição necessária para a existência de indivíduos específicos. Com efeito, podemos avançar a hipótese que, em determinados casos, as políticas ambientais (ou a sua omissão) também têm um impacto sobre... o momento dos nossos atos de procriação e logo também sobre... a identidade das pessoas assim concebidas. Esta constatação, que pode parecer forçada, está relacionada com aquilo que os filósofos qualificam como o problema da «não identidade»⁴. Infelizmente, não nos é possível abordar aqui esta questão. Existe bastante literatura sobre a matéria, frequentemente repetitiva. Em todo o caso, eis uma possível razão adicional porque a dimensão da geração, enquanto ato de gerar, poderia conter implicações normativas diferentes da migração ou da invasão no espaço das nações.

4 Parfit (1984).

1. Mobilidade temporal reduzida e inacessibilidade de recursos extraperiódicos

5. Iniciemos o nosso périplo e retomemos para tal a nossa definição de nações e gerações. Um elemento essencial está relacionado com a *mobilidade* das pessoas. De acordo com as duas definições que apresentámos, ninguém pode mudar de geração (ou de «geracionalidade») nem de nacionalidade. Cada um de nós tem um vínculo perene ao seu território de *nascimento* e ao seu período de *nascimento*. Claro que mesmo com a nossa definição estreita de «nação» ainda é possível abandonar o seu território de nascimento, mesmo que tal não implique uma mudança de nacionalidade. Se uma geração também não está obrigada a ficar no seu período de nascimento, mesmo assim a sua existência está limitada ao período mais vasto que vai do seu nascimento à sua morte. Além deste período não há mobilidade possível. Não podemos percorrer períodos anteriores ao nosso nascimento ou posteriores à nossa morte. E mesmo dentro do período em que existimos, o itinerário da nossa viagem temporal deve obrigatoriamente atravessar as sucessivas décadas na sua ordem cronológica e por uma determinada duração. Se é então incorreto afirmar que não é possível viajar de um subperíodo a outro, a direção, a ordem, o ritmo da viagem e mesmo o facto de se viajar são elementos impostos. Não há portanto livre mobilidade no tempo, e a existir mobilidade está reduzida às fronteiras da nossa existência.

Tal distingue-se do âmbito das nações e territórios, pois apesar de eu não poder mudar de nação tal como acima está definido, posso sempre decidir se emigro ou não e, até certo ponto, posso decidir para que território pretendo emigrar, com que frequência, etc. Evidentemente que os limites do meu nascimento e da minha morte colocam igualmente um limite às distâncias geográficas que estarei fisicamente apto a cobrir. Mas não deixa de ser verdade que, à escala do planeta e de uma vida, há uma diferença entre a mobilidade espacial e a temporal. No fundo, podemos considerar que uma geração é imóvel *latu sensu*, na medida em que a sua existência se limitará a um determinado número de subperíodos que correspondem à sua esperança de vida.

6. Depois de proposta a análise, o que nos interessa é extrair as consequências normativas possíveis da constatação da reduzida mobilidade temporal das pessoas. Uma das teorias, para as quais esta análise pode ter uma certa importância, é o liberalismo de esquerda⁵, o que será demonstrado pelo raciocínio

5 Vide, p. ex., Vallentyne & Steiner (2000).

que se segue. Partamos de Thomas Paine e do exemplo de uma rede de parcelas agrícolas⁶. Para Paine, os habitantes do Planeta são à partida todos eles em conjunto coproprietários destes terrenos no seu estado natural. Ao invés, não é este o caso das melhorias que resultam do esforço de cultivo de cada um de nós. Se é então importante separar os dois aspetos em termos de justiça, Paine considera-os inseparáveis na prática. Daí propor um mecanismo, segundo o qual, ainda que aceitando a ideia de propriedade individual e exclusiva dos terrenos cultivados e as desigualdades que gera, cada proprietário deve à sociedade uma soma que corresponde à *renda fundiária*. Este valor destina-se a cobrir as perdas de terceiros, pelo facto de ficarem desprovidos do valor das parcelas no seu estado inculto. Concretamente, Paine propôs na altura (1796) a constituição de um fundo alimentado por estes pagamentos, através do qual se pagaria a todos os indivíduos que completassem 21 anos um montante de 15 libras «*as a compensation in part, for the loss of his or her natural inheritance, by the introduction of the system landed property*»⁷.

A explicação reside na ideia de *indemnização pela perda* de acesso ao valor natural das parcelas, devido à exclusão suscitada pela apropriação privada. No caso de um conjunto de parcelas agrícolas, há uma série de agricultores potenciais que disputam entre si as várias parcelas. A propriedade privada implica a exclusão de terceiros e é essa exclusão que priva os outros agricultores potenciais da possibilidade de cultivar as parcelas em questão. Ora, devemos esforçar-nos para que um terceiro não se encontre numa situação pior do que no estado natural, ou seja, do que na minha ausência.

7. No entanto, será que faz sentido afirmar que um terceiro me priva do valor de uma parcela se, de todo o modo, mesmo na sua ausência, eu *não teria tido* acesso à dita parcela, uma vez que era incapaz de o fazer pelos meus próprios meios? Esta questão toca num problema geral dos lockeanos, que podemos ilustrar aqui com determinados tipos de bens no espaço de gerações. Se um bem não é renovável, apesar de ser durável, o seu consumo é *rival* entre gerações – no sentido económico do termo. Neste caso, a imobilidade de cada grupo não se altera: se uma geração consome esse bem, priva a outra geração desse mesmo bem. A durabilidade do bem neutraliza a imobilidade da geração. Devido à sua durabilidade, o bem chega às gerações, mesmo se as gerações forem incapazes de chegarem ao bem. Note-se que um bem não rival no plano intrageracional será igualmente não rival no plano intergeracional, mesmo se a

6 Paine (1796).

7 *Ibid.*

sua durabilidade não está necessariamente garantida, como no caso de ideias que necessitariam de um investimento educacional para a sua conservação, sem o qual se correria o risco de se perderem.

Ao invés, para os bens efémeros ou duráveis renováveis, as coisas colocam-se num plano diferente. Se um bem é efémero e terá de qualquer das formas desaparecido na geração seguinte, uma geração não priva outra geração desse bem ao consumi-lo ou ao explorá-lo. As flutuações temporais do clima natural, da atividade vulcânica ou tectónica ou de recursos de biodiversidade tornam determinados períodos mais ricos do que outros (um curto episódio climático favorável; um período de acalmia sísmica, ...). Podemos pois falar de recursos flutuantes ou efémeros. Igualmente, se um bem é naturalmente renovável, desde que o consuma sem ultrapassar o limiar de renovação, cada geração que dele usufrui não vai privar outra geração desse bem. Importa então diferenciar os bens, dependendo de serem duráveis, rivais e não renováveis, ou efémeros ou duráveis renováveis. É igualmente importante entender como a constatação da imobilidade geracional se conjuga com a análise da natureza desses bens.

Antes de abordar esta conjugação, frisemos a ideia, segundo a qual a situação de mobilidade temporal reduzida é, p. ex., semelhante à dos pescadores de duas ilhas do mesmo arquipélago, incapazes de navegar em mar alto e de chegar a outras ilhas, com a sua capacidade de pesca limitada à captura de peixe da costa endémico (equivalente espacial dos recursos efémeros) ou a peixe migratório de mar alto que cruza a sua ilha de tempos em tempos (equivalente espacial dos recursos duráveis renováveis). O problema da rivalidade não se coloca no caso de eles só consumirem peixe endémico da costa ou se consumirem peixe migratório, sem colocar em risco a capacidade de renovação e o nível do *stock*, quando os cardumes finalmente atingirem a ilha seguinte.

8. Como unir a análise da natureza⁸ dos bens (do seu «comportamento» no tempo) à da imobilidade geracional? Podemos analisar a mobilidade temporal reduzida como uma limitação nos recursos *internos* das pessoas (e das gerações), afetando o seu acesso aos recursos *externos* «inicialmente» comuns⁹. As desigualdades de recursos internos são pois suscetíveis de afetar de três maneiras muito distintas o direito dos indivíduos aos recursos externos, em função da nossa interpretação de uma abordagem lockeana.

8 Não trataremos da importante questão do carácter cultural ou natural de um recurso.

9 O que não é evidente. A literatura sobre a deficiência alerta para o facto de que a deficiência deve ser entendida em geral tanto como desadequação do indivíduo ao ambiente como uma desadequação do ambiente ao indivíduo.

De acordo com a primeira opção, que qualificaremos de «antirredistributiva», consideramos que a explicação para justificar as minhas eventuais obrigações relativamente a um terceiro em matéria de recursos externos é que a minha utilização de um recurso *priva* os terceiros da utilização desse mesmo recurso. Neste caso, poderíamos dizer que as pessoas, que têm recursos internos mais escassos e cuja deficiência é tal que reduz a sua capacidade de utilizar recursos *externos*, deveriam receber uma parte *inferior* da receita da taxa sobre a renda fundiária proposta por Paine. Este resultado seria particularmente desigual, «*adding insult to injury*». E é por este motivo que alguns consideram que tal interpretação da cláusula lockeana, mesmo sendo «de esquerda», é absolutamente insuficiente. Segundo esta abordagem, um tetraplégico não receberia compensações em termos de direitos sobre a receita da taxa de Paine. Pior ainda, ser-lhe-ia reduzida a parte da receita a que teria direito se não fosse inválido. No entanto, esta interpretação enquadrar-se-ia na lógica que consiste em compensar as pessoas unicamente daquilo de que são privadas.

Uma segunda opção, que poderíamos qualificar de «neutra», consistiria em afirmar que a razão pela qual um utilizador efetivo deve indemnizar um terceiro se refere ao facto que o utilizador *priva* o terceiro da utilização de um bem que lhe *pertencia* (em copropriedade), *independentemente* da capacidade deste terceiro utilizar pessoalmente o bem sem a ajuda de outrem.

Quanto à terceira opção, que qualificaremos de «redistributiva», tratar-se-ia, no seguimento do exemplo de Otsuka, respeitando uma forte proteção da propriedade própria (que está associada aos recursos internos), de atribuir de modo desigual o direito aos rendimentos dos recursos *externos*, de modo a *compensar* as desigualdades a nível dos recursos *internos*. Atribuir-se-ia mais direitos sobre os recursos externos a quem é *menos* dotado de recursos internos, e isto sem se entrar por tipos de tributação do trabalho incompatíveis com uma forte proteção da propriedade própria. Nesta situação, um tetraplégico, incapaz de aceder por si só aos recursos externos em causa, receberia uma compensação *superior* à dos outros, no caso de expropriação por um terceiro. Trata-se de ir além de Paine e distribuir a receita da taxa de Paine de forma desigual, concedendo uma fatia *maior* aos que dispõem de menos recursos internos.

9. Podemos então constatar que em função do tipo de interpretação lockeana (antirredistributiva, neutra ou redistributiva), as diferenças de recursos internos, em particular as que afetam a nossa capacidade de aceder a determinados recursos externos, repercutem-se distintamente. Não se trata de escolher entre

as diferentes variantes. Podemos interrogar-nos qual a interpretação que melhor corresponde à lógica central da abordagem lockeana, mas também podemos interrogar-nos sobre qual a interpretação que melhor se enquadra com as nossas intuições, formadas de modo parcialmente independente, relativas às desigualdades. O objeto da presente secção é mais limitado. Trata-se meramente de mostrar que o problema da mobilidade temporal reduzida é suscetível de ter consequências normativas, dependendo do nosso recurso a uma ou outra variante da teoria lockeana.

10. Apontemos uma complicação adicional. Mesmo que possamos analisar a imobilidade geracional como um problema de recursos internos, tal não implica necessariamente que existe um problema de *desigualdade* nos recursos internos. Com efeito, todas as gerações são *igualmente* incapazes de aceder aos recursos efémeros específicos dos períodos que não atravessarão – mesmo se as esperanças de vida evoluírem. Claro que também podemos afirmar que, em cada período, apenas os grupos em vida são capazes de aceder aos recursos efémeros específicos ao mesmo período, o que faz com que *permanentemente* haja uma desigualdade na capacidade de acesso, em comparação com as gerações anteriores ou posteriores. Este aspeto pode revelar-se importante. Se interpretarmos a deficiência interna de cada geração como *igual*, então as interpretações neutra e redistributiva da cláusula lockeana não devem conduzir a resultados diferentes, uma vez que os recursos internos das pessoas são os mesmos. Pelo contrário, manter-se-ia a diferença entre a interpretação neutra e a interpretação antidistributiva, porque a segunda não encontraria qualquer razão para compensar as diferenças de recursos externos disponíveis de um período a outro, enquanto a primeira estaria apta a defender tal compensação.

11. Na realidade, abre-se aqui uma nova interpretação da cláusula lockeana intergeracional. Com efeito, se uma teoria lockeana considera que apenas tenho direito aos recursos externos, aos quais poderia ter acesso na ausência da geração precedente (mas não das outras gerações anteriores), então não têm de ser compensadas as diferenças exógenas dos recursos externos entre o período anterior e o período presente – p. ex., evoluções herdadas ou naturais nas condições climáticas. Tal interpretação lockeana deveria então considerar que as flutuações climáticas, sísmicas, ..., fontes de desigualdades por vezes significativas entre as gerações, não devem dar azo a uma compensação, mesmo se forem previsíveis.

Pelo contrário, uma teoria igualitarista, não lockeana, da justiça intergeracional tomará totalmente em consideração este género de flutuações, sobretudo se em certa medida forem previsíveis. Com efeito, para um igualitarista, não importa o facto de que a minha utilização prive terceiros dessa utilização e dá azo a uma indemnização. É antes a arbitrariedade da desigualdade das dotações que justifica a redistribuição: a sorte (ou falta desta com o país de origem), o contexto familiar, com a condição física e características emocionais ou intelectuais à nascença...

Interessante é pois poder conceber uma interpretação *lockeana*, que vá também nesta direção. É o caso, se o meu direito aos recursos se estender aos recursos efémeros de períodos situados além ou aquém da minha própria existência, se é independente da minha acessibilidade a tais recursos/períodos. Podemos então imaginar uma cláusula lockeana intergeracional que, centrando-se sempre nos recursos externos, exigiria que se deixasse à geração seguinte pelo menos a mesma quantidade de recursos externos, por exemplo, que a média entre o nível de recursos (*per capita*) de que beneficiaria a geração atual na ausência da pretendente e que seriam em benefício da geração seguinte na ausência da presente. De novo, o que nos importa aqui é mostrar que a tónica que colocamos sobre a mobilidade temporal reduzida permite detetar tais diferenças, sem que nos pronunciemos aqui sobre a questão de saber qual das cláusulas lockeanas é a mais autêntica, nem sobre a questão de saber se esta é a questão que efetivamente nos devemos colocar.

12. Concluamos este primeiro ponto. A mobilidade temporal reduzida conduz em certas gerações à inacessibilidade de certos bens. Devemos então perguntar-nos quais são as implicações que as teorias da justiça, em geral, e as diferentes interpretações lockeanas, em particular, daqui extraem. Tal é importante para determinar a capacidade de uma teoria intergeracional de apreender a sucessão de períodos favoráveis e desfavoráveis na história. Pensamos ter ilustrado no espaço intergeracional as limitações de uma abordagem lockeana de tipo antidistributivo. Ainda mostramos que a interpretação lockeana «neutra» pode conduzir-nos a uma cláusula lockeana, cujo conteúdo é claramente mais plausível, mesmo se menos autenticamente lockeano. Por outro lado, poderíamos repetir o exercício com uma teoria neo-hobbesiana, perguntando-nos se as nossas obrigações de justiça relativamente a terceiros serão mais ténues na medida em que estes têm uma capacidade mais limitada de nos prejudicar, inclusive fisicamente (não tanto de nos privar simplesmente de recursos externos). Em termos mais gerais, poderíamos perguntar-nos se esta mobilidade temporal reduzida tem consequências noutras teorias da justiça. Para o igualitarismo, a inacessibilidade de bens

situados noutros períodos não parece ter as mesmas consequências, mesmo se fosse necessária provavelmente uma investigação mais alargada.

2. Enclaves temporais e transmissão extraperiódica dos recursos

13. Até ao momento, concentrámo-nos no estatuto de determinados bens, na medida em que são inacessíveis devido ao facto de nascermos num determinado tempo e devido à natureza limitada da nossa longevidade. Tal reduz a nossa capacidade de aceder a esses bens e de os *consumir*. Neste momento, gostaríamos de nos colocar noutra ângulo, perguntando-nos quais as implicações que a nossa mobilidade temporal reduzida tem sobre a nossa capacidade de *transmitir* certos bens (gás natural, língua mirandesa, uma tecnologia de ponta...) a gerações, com as quais não interagimos. Se os recursos efémeros não podem ser transmitidos além do seu período de existência, há outros recursos que podem. Se o consumo de bens estritamente extraperiódicos é impossível, o mesmo não acontece com o consumo de bens duráveis. Mas, para que esses bens duráveis cheguem até nós, devem ser-nos transmitidos. E é aqui que intervém a transmissão extraperiódica.

Existe um determinado número de países que são enclaves e que, para alcançar outros territórios, são tributários de um acesso ao mar que depende da boa vontade de um país de trânsito. No entanto, esta situação é generalizada no caso das gerações. *Cada* geração é *tanto* uma geração encravada no seu período, dependente da geração seguinte para transferir o que lhe interessa às gerações futuras, *como* é também uma geração de trânsito, que tem a seu cargo o património transmitido pelas gerações antecedentes. Quais são as implicações na nossa quase-imobilidade geracional para a transmissão desses bens além do nosso período de existência? E qual é a sua importância para uma teoria da justiça?

Na verdade, a questão da transmissão de bens além do nosso período de existência contém duas vertentes. Por um lado, temos a questão da transmissão para o passado, da transmissão retroativa, que abordaremos na terceira parte deste artigo. Por outro lado, temos a questão da transmissão para o futuro, sobre a qual nos debruçaremos aqui. Em breves termos, enquanto a transmissão para o passado é impossível, este não é o caso para a transmissão para o futuro, em todo o caso para inúmeros bens. Interessante é, no entanto, o facto de esta transmissão para o futuro nos propor uma reflexão sobre a natureza das obrigações de cada geração, na medida em que são gerações de trânsito.

14. Na secção antecedente, considerámos a impossibilidade de habitantes de um determinado território insular alcançarem outro território insular, devido à conjugação de obstáculos internos e externos: hostilidade do ambiente marinho, eventual indisponibilidade de recursos naturais para construir embarcações, incapacidade para se deslocarem a nado, ausência de tecnologia naval suficiente. No caso das gerações, a natureza do obstáculo pode ser analisada mais diretamente como o fruto dos limites dos nossos recursos internos. Concentremo-nos por instantes no papel do oceano. No caso dos recursos endémicos, o mar era um obstáculo à chegada a outro território. No entanto, no caso de territórios que constituem um continente, o acesso ao mar pode igualmente permitir ultrapassar um obstáculo constituído por outro território, para se chegar a um terceiro território. No primeiro caso, os residentes em T_1 veem-se confrontados com o oceano no seu desejo de chegar a T_2 . No segundo caso, os residentes de T_1 , desta feita munidos de embarcações, aproveitam-se do seu acesso ao mar alto para chegar a T_3 sem passar por T_2 . Mas tal não é possível se T_1 for um enclave – do latim *inclavatus* que significa «fechado à chave» –, sem acesso ao mar. Do mesmo modo, o nosso encravamento geracional consiste no facto que, para se atingir um período P_3 (ocupado pelas gerações futuras), somos forçados a passar pelo período P_2 (ocupado pelas gerações limítrofes seguintes).

As situações de enclave são de natureza a gerar uma *dependência* entre territórios/períodos encravados e territórios/períodos de trânsito. Mas ao referirmos «dependência», devemos conceber as gerações de trânsito como obstáculos, mas também como aliadas (sem elas, não haveria transmissão possível da maioria dos bens imateriais); como as residentes de períodos que o património transmitido deverá atravessar, mas também como as facilitadoras dessa passagem; como muros, mas também como pontes. Isto suscita pelo menos dois tipos de reflexão. A primeira está associada à natureza da dependência e à importância de se pensar conseqüentemente na articulação da transmissão de um património com as obrigações passivas, bem como ativas, que se impõem a cada geração. Pensámos, p. ex., nos resultados que pretendemos alcançar em termos de transmissão. No entanto, é fundamental articulá-lo com o esforço que a conservação desse *stock* ou com a compensação do seu nível de deterioração. O segundo tipo de reflexão relaciona-se com as estratégias que visam reduzir a nossa dependência face às gerações de trânsito no âmbito da transmissão, na medida em que estas estratégias de rigidificação (arquitetural, constitucional, ...) sejam necessárias e/ou aceitáveis. Consideremos cada um destes aspetos sucessivamente.

15. Não é o objeto do presente documento examinar a natureza das obrigações *legais* dos países de trânsito relativamente aos países-enclave, tais como emanam de vários tratados bilaterais de Direito do Mar. No entanto, podemos conjecturar que as obrigações impostas aos países de trânsito para garantirem o acesso ao mar dos países encravados são principalmente de natureza passiva, de não intervenção, e são obrigações relativas principalmente ao transporte de bens materiais. A hipótese aqui é que no caso das gerações, a parte da dimensão ativa das obrigações dos países de trânsito é bem mais importante, tanto para os bens materiais como para os imateriais. Podemos distinguir neste contexto as funções de *transporte* (bens materiais) das de *transmissão* (bens imateriais).

Na relação entre um país-enclave e um país de trânsito, ao país de trânsito será por exemplo solicitado a disponibilizar uma via de comunicação, o que obviamente representa um custo. Entretanto, é perfeitamente concebível que os outros custos de transporte, que não estão associados à infraestrutura, continuem a ser suportados pelo país encravado. Este pode adquirir os seus próprios camiões, dispor dos seus próprios motoristas e atravessar com eles o país de trânsito. No caso das gerações, os «motoristas» pertencem necessariamente à geração de trânsito. A parte ativa ligada ao «transporte» deve necessariamente ser suportada pela geração de trânsito, contrariamente ao que sucede com os países-enclave. Além disso, nas gerações, os custos de «transporte» podem ser caracterizados como custos de armazenagem. E uma comparação apurada do ato de transporte com o ato de armazenagem permitiria sem dúvida identificar maiores diferenças entre expectativas de justiça intergeracional e expectativas de justiça global. Mas a partir do momento em que a armazenagem diz respeito a um bem material perecível, é evidente que a armazenagem deve ser pensada em conjunto com as obrigações de conservação. Mesmo para os bens materiais, temos de ir além de um «direito de passagem» temporal. Acrescentemos igualmente que a distinção entre obrigações passivas e ativas não coincide com uma distinção entre menor esforço e maior esforço. Os custos de oportunidade de uma obrigação de não fazer – p. ex., quando há monumentos, cemitérios, etc., que ocupam um espaço que poderia ser dedicado a outras atividades – podem ser tão elevados como os que estão associados a certas obrigações de fazer. Para dar um exemplo de outro domínio, por vezes custamos mais ficar calados do que falar.

Não se trata apenas de transportar/armazenar os bens materiais, mas também de transmitir tecnologia, uma cultura, conteúdos educacionais nos mais diversos formatos. Ora este é um aspeto fundamental por uma série de razões.

Em primeiro lugar, porque se existem obrigações de fazer no caso da transmissão de bens materiais, estas obrigações são ainda mais significativas no caso de se tratar de bens imateriais. Em seguida, porque a transmissão (de conhecimentos) pode funcionar como substituto da armazenagem (de bens materiais). Em vez de armazenar fisicamente um artefacto podemos, pela via da transmissão do conhecimento, assegurar a sua reprodução ulterior. Em vez de congelar, p. ex., estátuas de gelo durante décadas, podemos garantir a sua reprodutibilidade (e a sua renovação) ao ensinarmos às novas gerações como se esculpe em gelo. Podemos então transmitir as «instruções», a capacidade de as ler e a de as executar, em vez de investir nos custos de armazenagem do bem material. Além disso, podemos igualmente defender a ideia de que a tecnologia assume um lugar cada vez mais relevante no que é/deve ser transmitido ao longo da história, devido ao seu próprio desenvolvimento, mas também devido ao esgotamento progressivo dos recursos naturais não renováveis, que devem ser substituídos cada vez mais por recursos imateriais. Por fim, a transmissão não é um mero substituto da armazenagem. Afeta outras coisas além da produção de bens materiais. A transmissão de uma cultura permite, p. ex., entender a lógica das instituições incumbidas da gestão das relações entre as pessoas que constituem uma sociedade. E carrega o conjunto da nossa ligação ao mundo. Esta dimensão, ausente das preocupações do Direito do Mar, quando este aborda o problema dos países-enclave, é fundamental para a justiça intergeracional.

16. Note-se, nesta fase, que uma teoria lockeana – para retomar o mesmo exemplo – tenderá, em algumas das suas versões, a tratar os bens culturais e naturais distintamente, sendo que as obrigações lockeanas se concentram sobretudo nos últimos, enquanto os bens culturais constituem uma grande fatia do valor dos nossos «haveres». Por outro lado, e este é um aspeto que não é totalmente independente do primeiro ponto, esta tenderá a centrar-se mais nas obrigações passivas (tipicamente «deixar o planeta intacto para as gerações futuras»); no entanto, colocar a tónica na nossa dependência geracional permite-nos insistir no facto de que as nossas obrigações de fazer são determinantes, sobretudo para a transmissão do nosso património imaterial. Em geral, uma teoria da justiça, que tende a não ultrapassar obrigações de não fazer, terá dificuldades em propor uma teoria da justiça intergeracional convincente. Note-se igualmente que uma teoria de Justiça, que conceda um espaço importante à incerteza, deveria ter em consideração o facto de que esta dependência intergeracional gera o risco que um património pacientemente acumulado ao longo do tempo possa ser destruído, devido à negligência de uma geração intermediária futura, o que pode constituir uma das justificações para uma taxa de atualização não nula.

17. A nossa dependência das gerações intermediárias futuras para a transferência de bens e a transmissão do nosso património tecnológico e cultural às gerações mais afastadas requer uma definição das obrigações das gerações de trânsito, que todos nós somos. Mas esta dependência pode dar azo a uma segunda estratégia, mais concretamente uma estratégia de *rigidificação*, que visa reduzir a margem de manobra das gerações intermediárias e tentar garantir um pouco mais o respeito de certos princípios ou de certos bens.

As estratégias de rigidificação podem assumir diferentes formas: uma geração pode desejar conceder um regime especial a determinadas regras do Direito (constitucionalização), garantir uma rigidez especial a certos edifícios «físicos» (arquitetura), reduzir a reversibilidade do modo de armazenagem de resíduos nucleares, ou mesmo – mais radicalmente – fazer desaparecer «para sempre» certas ameaças (ex.: supressão de uma estirpe viral). A rigidificação pode também servir objetivos malignos ou ser simplesmente a aliada das negligências de uma geração, como nos casos das bombas-relógio, no sentido literal (engenhos explosivos) e no sentido figurativo, bombas que fabricamos em vida, dificultando por vezes deliberadamente a sua desmontagem pelas gerações intermediárias. As dificuldades de desminagem no caso das minas antipessoais são um exemplo que fala por si.

Não querendo entrar em detalhes, ainda assim cumpre referir que este tipo de estratégia de rigidificação não tem verdadeiramente um equivalente no Direito Internacional no caso dos países-enclave, pois que a multilateralização é apenas uma aproximação. Gostaríamos igualmente de salientar os limites dessa mesma estratégia: rigidificar uma regra através da sua constitucionalização não a protege, p. ex., de uma alteração revolucionária da constituição. Mas aquilo que nos interessa acima de tudo é identificar a natureza da dificuldade que tal estratégia de rigidificação coloca. E aí, a comparação com as nações é perfeitamente adequada, uma vez que o problema pode efetivamente ser analisado como um problema de *soberania*, neste caso geracional. Exploramos alhures este diagnóstico e examinámos a possibilidade de defender semelhante estratégia.

18. Em suma, esta abordagem centrada na comparação com os países-enclave permitiu-nos colocar em destaque dois aspetos, duas diferenças muito significativas entre nações e gerações. Em primeiro lugar, a nossa dependência relativamente aos nossos sucessores para a transmissão de elementos patrimoniais que nos são caros, em particular da sua vertente imaterial, que nos fez colocar a tónica nas obrigações de fazer, que recaem sobre cada geração de

trânsito, e que são muito mais ténues no caso de territórios de trânsito. Qualquer teoria da justiça entre gerações deve, ao definir a sua métrica, ter este aspeto em consideração. Em seguida, referimos as estratégias de rigidificação que uma geração pode aplicar para diminuir a sua dependência, um elemento que também não está presente na mesma medida no caso das nações.

3. Passagem do tempo e assimetria das vulnerabilidades mútuas

19. As duas secções anteriores trataram, cada uma a seu modo, das consequências dos limites à mobilidade temporal das pessoas e à transmissibilidade temporal dos bens. Manteremos a mesma linha na presente secção, mesmo se adotarmos um ângulo e uma analogia espacial distintos. Na primeira secção concentrámo-nos no *consumo* extraperiódico dos bens, na segunda na *transmissão* extraperiódica desses mesmos bens. A terceira secção dedicar-se-á igualmente à transmissão dos bens (e dos males), desta feita já não sob o ângulo da nossa dependência das gerações intermediárias, mas antes salientando as consequências que a nossa incapacidade de transmitir bens retroativamente tem sobre uma teoria da justiça e sobre uma teoria da democracia.

A analogia mais adequada é a de um rio. Não é nova¹⁰ e é potencialmente rica. O elemento central desta analogia é evidentemente a direção da corrente. Mas há outros aspetos que também podem ser explorados. Pensemos que ao longo do seu percurso o caudal do rio flutua, com a quantidade de água geralmente em¹¹ e a variação da velocidade do caudal. Limitar-nos-emos, no entanto, à direção da corrente. De novo, se este fenómeno da unidirecionalidade (ou da não transmissibilidade inversa) está presente em diversos quadros internacionais, nomeadamente no dos rios, é um fenómeno sistemático no caso das gerações, depois de ultrapassado o período de concomitância. Mais adiante veremos que mesmo em comparação com os rios, a unidirecionalidade é mais radical no plano geracional do que no plano fluvial.

20. Antes de iniciarmos o exame das principais questões normativas associadas a esta analogia, eis algumas considerações sobre a estrutura temporal dos custos e benefícios. Uma dada atividade pode gerar ou uma repartição temporal uniforme dos custos e benefícios (distribuição uniforme) ou dos custos concentrados no início com os benefícios distribuídos mais tarde (distribuição a

10 Barry (1977).

11 O meu bem-haja a Chloé Castagnet por ter chamado a minha atenção para este ponto.

montante), ou ainda dos benefícios no imediato com os custos deslocados para o futuro (distribuição a jusante). A título de ilustração, pensemos respetivamente na elaboração de uma constituição que beneficia tanto a geração atual como as futuras sem custos de adoção da constituição significativos, em investigações farmacêuticas a longo prazo que só terão resultados após várias décadas ou em centrais nucleares, cuja atividade está limitada a algumas décadas, mas cujos resíduos permanecerão durante muito mais tempo.

A ideia a reter é então a seguinte: se insistirmos no facto que um contexto unidirecional gera uma estrutura de *poder* assimétrica em que o ator a montante tem mais *poder* do que o ator a jusante e não o inverso, isto nem sempre se coaduna com um distribuição dos *custos* e *benefícios*, em que os benefícios estão concentrados a montante e os custos a jusante. A hipótese, a debater obviamente, segundo a qual historicamente estamos hoje numa situação mais vantajosa do que há mil anos ilustra este ponto. Os defensores desta hipótese também não iriam concluir que as gerações de há mil anos tinham menos *poder* sobre nós do que vice-versa. Esforçar-nos-emos aliás também por entender a distribuição dos custos *latu sensu*, de modo a integrar os benefícios futuros que uma poluição duradoura pode eventualmente produzir.

21. Feita esta precisão relativa à distinção entre a distribuição dos custos e benefícios de um ato ou omissão e a distribuição intertemporal do poder, salientemos brevemente a importância que a direção da passagem do tempo assume nas teorias da *justiça*. Podemos referi-la, a título de ilustração, para três abordagens muito diferentes da justiça. Consideremos em primeiro lugar uma teoria centrada na reciprocidade indireta. Ela justifica a existência de obrigações para com as gerações seguintes pelo facto de termos recebido algo das gerações anteriores. Para esta teoria, a impossibilidade de reciprocidade direta em benefício das gerações anteriores – impossibilidade que resulta da unidirecionalidade do tempo – é um fator central. Sem uma tal impossibilidade, semelhante lógica seria incapaz de justificar as obrigações para com as gerações seguintes.

Consideremos seguidamente uma teoria centrada na vantagem mútua. A ideia aqui já não é conceber a justiça como uma ausência de transferências líquidas (como é o caso de uma teoria centrada na reciprocidade) mas como a justa distribuição do excedente cooperativo, dos proveitos coletivos que decorrem da cooperação. No espaço das gerações, há claramente um excedente cooperativo. Apoiamo-nos no esforço dos nossos antepassados para construir mais e mais. Mas a dificuldade reside em saber se este benefício pode ser mútuo. Se uma cooperação intergeracional gera benefícios que não podem

ser partilhados porque estão irremediavelmente concentrados nas gerações posteriores, tal coloca em causa não apenas uma justa distribuição desses benefícios, mas, de modo mais radical para os defensores desta lógica, a própria existência de obrigações para com as gerações futuras.

Ora, é esta impossibilidade de as gerações passadas tirarem benefícios, esta não transmissibilidade retroativa dos benefícios que é central também para Rawls, mesmo se nos afastarmos de uma lógica cooperativista de uma vantagem mútua para nos concentrarmos ao invés numa abordagem imparcial. Esta dificuldade traduz-se em diferentes níveis, dos quais apresentamos duas ilustrações. Em primeiro lugar, Rawls abandona o *maximin* para referir a justiça intergeracional, porque afirma que «*It is a natural fact that generations are spread out in time and actual benefits flow only in one direction. This situation is unalterable, and so the question of justice does not arise*»¹². Não temos espaço suficiente para responder a este problema. Depois, a dificuldade para uma teoria ocupada com a situação dos mais desfavorecidos em justificar uma acumulação está indubitavelmente em parte associada à impossibilidade de benefícios retroativos além da concomitância. Poderíamos achar que as coisas são agora menos claras, porque é a exigência de acumulação que parece fazer com que as primeiras gerações – mais desfavorecidas – se encontrem numa situação menos favorável, do que poderia ser a sua situação em caso de acumulação. Mas isso seria desconhecer do seguinte: adiar o consumo em favor do investimento produtivo não deve necessariamente implicar uma acumulação líquida se os frutos do investimento pudessem ser redistribuídos uniformemente pelo conjunto das gerações envolvidas. E é a impossibilidade de semelhante redistribuição que faz com que não possamos aumentar o bolo intergeracional sem que as gerações precedentes se tornem mais desfavorecidas do que a nossa, e mais desfavorecidas do que teriam sido se não tivessem participado no esforço de investimento intergeracional.

22. Como podemos ver, a questão da unidirecionalidade do tempo é determinante para uma série de teorias da justiça. Podemos mesmo formular a hipótese, segundo a qual a unidirecionalidade tem um impacto no conjunto destas teorias. No entanto, gostaríamos de nos debruçar, mantendo a analogia fluvial, no impacto desta unidirecionalidade numa teoria da democracia, em particular numa dimensão, limitada mas importante, de uma tal teoria: a concessão do direito de voto e a determinação do seu peso. De que modo podemos conceber o peso do voto de cada geração?

12 Rawls (1971/1999: 254).

Se considerarmos a ideia da soberania geracional, tal como promovida por Jefferson, cada geração deveria em princípio ter plenos poderes sobre as políticas que as afetam. Num mundo em que as escolhas de uma geração não tivessem impacto nas condições de existência da seguinte, poderíamos sem dúvida satisfazer-nos com esta abordagem. Nesse mundo, sem externalidades intergeracionais e em que cada geração viria ao mundo trazida por cegonhas, a própria ideia de uma rigidez constitucional, que pretendesse prolongar-se além da geração constituinte, seria de difícil justificação. Mas o nosso mundo é rico em externalidades territoriais, fluviais ou intergeracionais. Se uma nação ribeirinha a montante polui o rio, a nação ribeirinha a jusante sofrerá as consequências desse ato. O mesmo se aplica às gerações. Num mundo anárquico, a distribuição do poder efetivo e das vulnerabilidades entre gerações é então a seguinte: a geração a montante tem mais poder sobre a geração a jusante que o inverso; a vulnerabilidade da geração a jusante relativamente à geração a montante é maior do que a inversa.

Como é que podemos apreender esta assimetria de poder de facto e tentar tê-la em conta na determinação do peso do voto que *deveria* ser atribuído a cada nação ribeirinha ou a cada geração sucessiva num regime que se pretende o mais democrático possível? Na literatura recente consagrada à definição do *demos* – i.e., o grupo de pessoas a quem lhe é reconhecido o direito de voto relativamente a um determinado problema – um dos critérios propostos é o «*all affected principle*»¹³. A ideia é que a minha inclusão no *demos* não deve ser determinada, p. ex., em função da existência e da grandeza do contributo de uma pessoa à coletividade (dentro do espírito «*no tax, no vote*»). Deve antes ser determinada em função do facto e do grau em que uma pessoa é potencialmente afetada pelas decisões dessa comunidade (dentro do espírito «*no tax without representation*»). Este critério apresenta uma série de dificuldades significativas. Por um lado, o próprio conteúdo da definição e logo a identidade e o modo como os grupos *impactados* serão afetados vão variar em função do grupo incumbido de adotar a decisão. Por outro lado, aquilo que achamos que não é «afetado» requer uma definição. Posto isto, podemos entender a lógica geral do princípio.

23. Uma tradução possível do princípio «*all affected*» consiste em fazer uma leitura proporcional¹⁴, ultrapassando assim a lógica «*one (wo)man, one vote*». Trata-se de ajustar então o peso do voto ao *grau* a que as pessoas são poten-

13 Ver, p. ex., Goodin (2007).

14 Brighouse e Fleurbaey (2008).

cialmente afetadas. Consideremos sucessivamente dois exemplos, um não fluvial e outro fluvial. De certo modo, a descentralização ou a federalização de um Estado pode ser lida como uma tentativa de traduzir uma leitura proporcional do princípio. Assim, um cidadão do município de Vila Nova de Gaia tem o mesmo peso de voto que um cidadão do município de Reguengos de Monsaraz nas eleições legislativas. Mas nas eleições autárquicas de Gaia, o seu voto tem mais peso do que o do residente de Reguengos, na verdade o residente de Reguengos não tem qualquer palavra a dizer. Podemos justificá-lo com o facto de o residente de Reguengos ser menos afetado (e neste caso pura e simplesmente não ser) pelas decisões locais das autoridades de Gaia, que o próprio residente de Gaia. Obviamente que, neste exemplo territorial clássico, se o residente de Gaia tem mais a dizer em Gaia, o residente de Reguengos tem também mais a dizer em Reguengos. A situação é então simétrica e o poder de voto está repartido de modo discreto (1 ou 0) e não de modo contínuo, o que torna menos visível o carácter proporcional do poder atribuído a cada um dos cidadãos.

Este carácter proporcional torna-se mais visível se considerarmos o estabelecimento de uma autoridade de gestão do rio Douro. Substituamos neste caso Reguengos pelo município do Peso da Régua, que se situa a montante de Vila Nova de Gaia ao longo do mesmo rio. A leitura proporcional da regra supracitada de inclusão no *demos* exigiria que Gaia beneficiasse de garantias particulares relativamente a Peso da Régua num processo multilateral de decisão, através de uma sobreponderação de votos, ou através de um direito de veto para certos tipos de decisões relativas ao rio, p. ex., a qualidade da água ou o do caudal. Com efeito, podemos postular que a capacidade de Peso da Régua de prejudicar Vila Nova de Gaia através das suas decisões é indubitavelmente maior do que o inverso. Mas este exemplo demonstra que a unidirecionalidade é mais forte no mundo das gerações do que no dos rios, porque é possível subir um rio, p. ex., Vila Nova de Gaia poderia assim prejudicar gravemente a economia de Peso da Régua, ao impedir, p. ex., o embarque de turistas que pretendam subir o Douro. O princípio «*all affected*» exigiria então garantias particulares para o Peso da Régua relativamente a decisões sobre a gestão da circulação no Douro, p. ex. Notemos igualmente que Gaia é mais vulnerável às decisões que Peso da Régua adota relativamente à qualidade e ao caudal que o inverso. Por outro lado, a Régua encontra-se numa situação idêntica à de Gaia face a municípios a montante.

24. A leitura proporcional do princípio «*all affected*» tem o mérito de permitir uma leitura unificada de uma série de intuições que podemos ter relativamente às exigências de uma democracia e em particular relativamente à questão da

inclusividade eleitoral de um regime democrático. Permite também reler os direitos das minorias sob este ângulo, o que nos leva a propor um princípio de distribuição do peso de voto entre gerações, tendo em conta o carácter assimétrico da sua vulnerabilidade mútua: sendo uma geração posterior mais suscetível de ser afetada pelas decisões de uma geração anterior do que o inverso, então um regime de decisão coletiva deveria atribuir maior poder às gerações posteriores do que às gerações anteriores.

Podemos agora compreender o alcance da dificuldade colocada pelos modos de decisão que conhecemos, quando estes dizem respeito a políticas de forte conteúdo intergeracional. Na prática, as gerações anteriores adotam sozinhas as suas decisões. Poderíamos pensar que isto coloca um problema, porque o exercício de poder deveria ser repartido de forma *igual* entre gerações anteriores e posteriores, mas isso seria ignorar o carácter agravado do diagnóstico, que a conjugação da unidirecionalidade temporal e da leitura proporcional do princípio da definição do *demos* revela. O poder é de facto exercido exclusivamente pela geração *anterior*, quando deveria ser exercido não de forma igual mas *desigual*, atribuindo maior peso à geração *posterior* sempre que se tratem de decisões com um impacto intergeracional.

25. Vemos agora sob uma nova luz a natureza da assimetria do poder nos processos de decisão intergeracionais, pois verificamos que relativamente às exigências de uma teoria da democracia a situação é pior do que geralmente pensamos. Gostaria de terminar esta secção com um breve exame de duas articulações mais delicadas, que apontam para elementos que tornam eventualmente a geração *anterior* mais vulnerável que a geração posterior, o que atenua o efeito da unidirecionalidade do tempo.

Se consideramos uma geração posterior como estando mais vulnerável às decisões da anterior do que o inverso, devemos igualmente considerar a situação em que a geração posterior é *mais rica* do que a geração anterior. Atribuir mais poder à geração posterior além de ser mais difícil na prática, pode levar a que se atribua mais poder aos mais ricos. Sabemos que a vulnerabilidade de uma pessoa pode ser considerada como uma vulnerabilidade relativamente aos atos de um terceiro. Mas pode também ser avaliada em função dos meios materiais de que dispõe uma pessoa para fazer face a decisões que lhe forem mais desfavoráveis. Uma noção alargada de vulnerabilidade, que tivesse em consideração a acumulação, facilitada pela passagem do tempo, pode pois conduzir-nos a uma leitura muito diferente do princípio «*all affected*» do que aquela que acabámos de propor.

A outra precisão tem que ver com a relação entre, por um lado, a vulnerabilidade de uma geração posterior relativamente às consequências das decisões de uma geração anterior e, por outro lado, a dependência de uma geração anterior relativamente à boa vontade das gerações posteriores, quanto à transmissão do património destinado a todas as gerações vindouras. Também aqui se atenua a assimetria de vulnerabilidade ligada ao carácter unidirecional do tempo. De certo modo, podemos afirmar que a geração anterior tem a «última palavra» sobre o que nos vai transmitir. Mas temos também a «última palavra» sobre o que vamos transmitir, daquilo que desta herdámos. E o que restará da nossa herança após a nossa morte pode não interessar a alguns de entre nós. De novo podemos constatar que a vulnerabilidade não está sistematicamente localizada no futuro.

26. Que concluímos desta terceira secção? Que a unidirecionalidade do tempo determina o carácter assimétrico da vulnerabilidade mútua das gerações. Esta assimetria é fundamental para uma leitura proporcional do «*all affected principle*», cujo objeto é determinar qual o peso de voto a atribuir aos diferentes indivíduos no quadro de um processo democrático de tomada de decisão. Como podemos ver, as diferenças de análise aplicam-se em dois planos: sobre a questão de saber se não temos a tendência de exagerar o âmbito dessa assimetria de vulnerabilidades, especialmente se considerarmos outras fontes de vulnerabilidade, como acabámos de fazer; e sobre as implicações exatas – em termos de democracia e de justiça – de tal assimetria, na medida em que abrange não apenas a nossa vulnerabilidade mútua no espaço intergeracional, mas também sobre a nossa capacidade de gerar benefícios intergeracionais mútuos.

Conclusão

27. A nossa aventura intergeracional não se assemelha nem a um rio tranquilo nem a um mar de calma. Os desafios que enfrentamos são de monta, no plano teórico mas mais ainda no plano prático. A nossa incapacidade de fazer face ao aquecimento global é colossal. E as dificuldades que sentimos em geral em atrasar o esgotamento dos recursos ou em tornar o mundo mais justo também são preocupantes. A filosofia política pode ajudar-nos, ao facilitar uma melhor visão sobre a natureza do que está em causa e ao articular os pressupostos e as implicações das soluções possíveis, atualizando permanentemente as intuições normativas subjacentes. Precisamos também de reinventar novas linguagens, sempre que se verificar necessário, sempre que ficarmos habituados a uma linguagem que já nada diz, sempre que a linguagem que usamos nos impedir de ver o que está realmente perante nós. Poderíamos então exprimir-nos em termos de soberania ou de discriminação para melhor entendermos melhor do que hoje as relações entre gerações. Este é um aspeto importante para a justificação das respostas a dar aos enormes desafios futuros, tanto em termos de *ethos* como de instituições.

É da vontade de retomar a questão intergeracional a partir de uma linguagem nova que nasceu este texto, para melhor entender o implicam que determinadas teorias, que nos são familiares, quanto ao que devemos às gerações futuras. Mostrámos que a nossa mobilidade temporal reduzida, o carácter de enclave das gerações e a direção da passagem do tempo têm, cada um deles, um impacto no conteúdo do que devemos aos nossos herdeiros ou na forma como devíamos conceber democraticamente as nossas instituições. Apresentámos as conclusões específicas, a que conduzia um exame analógico destas três características da questão intergeracional. Colocámos sobretudo a tónica na necessidade de verificarmos se a teoria que favorecemos é capaz de ter em conta as flutuações de um período a outro relativamente aos recursos acessíveis apenas a algumas gerações. Sublinhámos igualmente a necessidade de ter em consideração as obrigações *de fazer* das gerações de trânsito, das quais fazemos parte. Por fim, insistimos no carácter agravado do diagnóstico sobre a distribuição intergeracional do poder nas nossas instituições, à luz da assimetria na nossa vulnerabilidade mútua e de uma leitura proporcional do «*all affected principle*». Estes três pontos específicos tornaram-se particularmente visíveis graças às analogias marítima e fluvial que explorámos. Permitiram-nos fazer uma exploração e uma dramatização a partir de espaços que nos são mais familiares. Evidentemente que é apenas uma modesta pedra num edifício que, recordemos, não se contenta nem com teorias irrealistas nem com ações irrefletidas.

Referências

- BARRY, B. (1977), «Justice Between Generations», in P. M. S. Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford: Oxford University Press.
- (1979), «Justice as Reciprocity», in E. Kamenka and A. Eh-Soon Tay (eds.), *Justice*, London, Edward Arnold Publishers, 1979.
- BRIGHOUSE, H. & M. Fleurbaey (2008), «Democracy and Proportionality», *Journal of Political Philosophy*, 18(2): 137-155.
- CRISPINI, N. (1996), *La Trace. Approche de Germaine et Robert Hainard*, Genève: Slatkine, 176 p.
- GOODIN, R. (2007), «Enfranchising All Affected Principles, and Its Alternatives», *Philosophy and Public Affairs*, 35(1): 40-68.
- PAINE, Th. (1796), *Agrarian Justice*.
- PARFIT, D. (1984), *Reasons and Persons*, Oxford: Clarendon Press.
- RAWLS (1971/1999), *A Theory of Justice* (Rev.), Oxford: OUP, 538 p.
- VALLENTYNE, P. & H. Steiner (eds.) (2000), *Left-libertarianism and its Critics: The Contemporary Debate*, Palgrave.

Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível

J. J. Gomes Canotilho

Professor Catedrático Jubilado
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO

§ 1. Descodificação

§ 2. A propósito dos impostos

1. Heterotopias
2. O direito constitucional organizatório: os “nervos financeiros” da república
 - 2.1. A função financeira
 - 2.2. O princípio da estabilidade tributária
 - 2.3. Princípio da equivalência e “estado de serviços”
 - 2.4. Taxas e igualdade fiscal

§ 3. Modos discursivos

- I. Modo discursivo 1. – *Consensus* e dimensão comunicativa do discurso político
- II. Modo discursivo 2. – O que significa compromisso e consenso na constitucionalização da “regra de ouro” respeitante aos limites de endividamento do Estado?
- III. Modo discursivo 3. – A morfogénese da dívida
- IV. Modo discursivo 4. – *Consensus* e modo discursivo dominante: o problema do crescimento
- V. Modo discursivo 5. – O travão à dívida é também um travão ao Estado Social? Qual ou quais as causas da crise?
- VI. Modo discursivo 6. – O que significa compromisso e consenso na situação de “coalescência” provocada pela crise financeira?

VII. Modo discursivo 7. – O que significa compromisso e consenso relativamente ao indicador sintético da qualidade da despesa pública?

VIII. Modo discursivo 8. – Constitucionalização da dívida e garantias constitucionais de irrevisibilidade

§ 4. Modos discursivos jurídico-constitucionais

1. A constitucionalização dos travões ao endividamento
2. A literatura e o impacto da dívida
3. A responsabilidade pela tragédia do “*stress financeiro*”

§ 1. Descodificação

Perante um título tão presunçoso nada mais há a fazer que proceder à sua liminar descodificação. Começemos por *incomensurabilidade*. Dizem os dicionários que incomensurável é a qualidade, carácter ou condição do que é incomensurabilidade. Dentre os vários sentidos de incomensurabilidade, selecionaremos este: “que não tem medida comum com outro”. No texto falar-se-á de incomensurabilidade de *discursos*. Por discurso entender-se-á uma “série de enunciados significativos que expressam formalmente a maneira de pensar de um certo grupo sobre determinado assunto” (HOVAISS, 2002). Uma das teses desenvolvidas na explanação subsequente incidirá precisamente sobre a incomensurabilidade dos discursos dos economistas (de alguns economistas) e dos juristas (de alguns juristas) em torno dos problemas suscitados pelas políticas de austeridade em vários países da União Europeia. O confronto das narrativas discursivas conduzir-nos-á a uma incontornável suspensão reflexiva acerca das fontes de direito nos sistemas jurídicos internormativos. A expressão *hierarquias entrelaçadas* mergulha as suas raízes nas “voltas estranhas” brilhantemente analisadas por Hofstadter (2013: 722-757). Em sistemas multinível onde confluem fenómenos de interjuridicidade, de internormatividade, de interconstitucionalidade, de interjusfundamentalidade, de interjurisdicionalidade, descobre-se que a hierarquia das fontes de direito deixou de ter uma lógica piramidal. Ela abre-se a fundamentos e justificações circulares assentes em regras construídas quer de cima para baixo (sistema clássico legicêntrico) quer de baixo para cima (sistema juricista-jurisprudencialista). O entrelaçamento que vai estar aqui em causa diz respeito às relações de superioridade normativa e de preferência de aplicação entre regras de um sistema estatal-constitucional e de um sistema transnacional. Tentaremos demonstrar que o entrelaçamento pode extravasar de uma “partitura normativa normal” para se estender a estranhas voltas desenvolvidas por esquemas normativos de excecionalidade. Estamos a referir-nos à problemática de hierarquias entrelaçadas entre normas – regras e princípios – desenvolvidas no cenário normativo do estado de direito constitucional democrático e “decisões de *governance*” precipitadas pela necessidade de resolver problemas coletivos urgentes (endividamento excessivo dos estados, políticas de desvalorização fiscal).

§ 2. A propósito dos impostos

1. Heterotopias

Como acabámos de assinalar, a nossa récita discursiva pretende abordar a incomensurabilidade dos discursos. Nos últimos tempos, temos dedicado alguma atenção aos problemas da estatalidade aberta, dos sistemas jurídicos interconstitucionais, do constitucionalismo supranacional e dos paradigmas transnacionais. Sobre estas questões é, hoje, incontornável o livro de Marcelo Neves sobre o transconstitucionalismo (NEVES, 2009). É indiscutível que os constitucionalistas, centrados nos objetos tradicionais da ciência de direito constitucional – Estado, Constituição, Democracia (DENQUIN, 2012: 39 ss.) –, não podem furtar-se a uma análise problematizadora dos fenómenos da *concorrência de ordenamentos jurídicos*, da *lex shopping*, do *forum shopping* e da *governance*. Assiste-se, em vários quadrantes jurídico-culturais, a uma verdadeira *translatio imperii* dos velhos para os novos detentores de poderes económicos e políticos, tornando obsoletos os esquemas políticos e conceituais do Estado, soberanias, representação, democracia e governo. Temos na mira sobretudo os discursos económicos e financeiros, as narrativas da dívida e os estados de necessidade financeira. Mas também dos discursos em torno das *heterotopias* e *distopias*. Para países como Portugal que, de forma não raro arrogante, invoca a abertura ao mundo como “dádiva de novos mundos ao mundo”, abrem-se buracos negros, não sabemos se cheios de antimatéria, mas irredutivelmente pertencentes ao mundo das instantaneidades globais. A nossa jangada de caravelas e de pedras parece ser uma navegação comandada a partir de múltiplos globais. Um autor que se tem dedicado a desafios intelectuais de utopias, atopias, distopias e heterotopias não tem dúvidas quanto à crise da ordenação e da ordem nas sociedades modernas. No fundo tudo é global: (i) *governance* imposta como ordem mundial simbólica; (ii) *direito global* produzido pela heteronomia das ordens de poder; (iii) *dinheiro global*, derivado da hierarquia das ordens dos números; (iv) *expertise* global, expressa na heterogenuidade das ordens de conhecimento; (v) *moral global*, revelada pela heterodoxia das ordens morais, das crenças e das religiões (WILLKE, 2003: 322 ss.).

Se vemos bem as coisas, do velho mundo das “várias ordens de poder, de vários estados, de vários dinheiros, de vários saberes e de várias religiões – outrora o mundo das identidades nacionais e estaduais –, transitar-se-ia para o mundo da *regressividade definitiva* do estado nacional. Mais do que isso: os dois mecanismos geniais de que ele dispõe para vencer incertezas e indecisões – a ética para os cidadãos e o direito para a política – revelam-se crescentes-

mente imprestáveis para o exercício de direção no mundo global. Acrescente-se ainda: os fundamentos das estruturas democráticas do poder – a *legitimação* e a *legitimidade* – são sucessivamente substituídos por “derivados legitimatórios” como a *expertise*, a *governance* e a competência. Por outro lado, os poderes de decisão das *matrizes comunicativas anónimas* (os mercados, a comunicação social, a vigilância eletrónica), tão bem caracterizadas por Teubner (2012), impõem-se sem controlo e contrapesos. É neste contexto que nos propomos abordar os *modos discursivos* da contemporaneidade em torno de questões particularmente ásperas para os juristas, especialmente para os cultores do direito constitucional. De qualquer modo, e perante a progressiva erosão dos pressupostos materiais do estado de direito constitucional, democrático e social consideramos ser um imperativo categórico e uma imposição ético-republicana enfrentarmos a causa da dor. Os sábios acusam algumas instâncias judiciárias de ativismo, de “abuso ou usurpação de poderes”, de “instituições contra-maioritárias”. Noutros casos, políticos, economistas e juristas, deitam mão ao arsenal hiperpoliticado de Carl Schmit e, sem quaisquer dúvidas sobre a maldade dos seus tiques profundos de decisionismo, voltam às “culturas políticas emergenciais”, aos “estados de necessidade”, à “contextualização político-transnacional” para legitimar não só agressivas medidas contra justas posições jusfundamentais subjetivas, mas também para darem cobertura à mais escancarada erosão dos princípios básicos do estado de direito. Mas é precisamente neste mundo que a liderança económica e política clama a torto e a direito por *consenso*. De novo o *consensus* nas instâncias fractais! Começaremos por aqui a abordagem dos vários modos discursivos.

2. Direito constitucional organizatório: os “nervos financeiros” da república

2.1. A função financeira

1. Nas obras mais recentes dedicadas ao estudo sistemático de alguns ramos do direito público (direito constitucional, direito do Estado, direito administrativo), volta a ter centralidade o direito financeiro. A importância das “finanças” na análise dos esquemas organizatórios do Estado não é uma descoberta dos tempos contemporâneos da crise, da dívida pública ou do financiamento do Estado Social. Algumas sínteses do papel das finanças exprimem-se em fórmulas plásticas: “*Pecunia nervus rerum*”, “*les nerfs de la République*”. Mais recentemente, os cultores do direito constitucional financeiro avançam com outros enunciados linguísticos: “as finanças são a realidade de uma Constituição” (WALDHOFF, 2007: 814 ss.). Por sua vez, a ciência do direito administrativo (sobretudo a “nova ciência do novo direito administrativo”) não hesita em proclamar enfaticamente que

o “dinheiro é o meio universal mediante o qual o estado cria os pressupostos materiais para a realização das suas tarefas”. Compreende-se, assim, que, na esteira de J. Schumpeter, se estructure este encadeamento: o estado moderno é um estado de finanças (*Finanzstaat*), a teoria financeira é uma teoria do estado, as crises financeiras são crises do Estado (КОКОТТ, s.d.).

2. Perante a relevância jurídico-constitucional das finanças na estruturação das *funções* do Estado, propõe alguma doutrina que a função financeira seja recortada autonomamente como uma função do Estado, ao lado da função legislativo-normativa da função de governo, de administração e da função jurisdicional. Se “as finanças são a realidade da constituição” parece teórica e dogmaticamente acertado que o direito constitucional não relegue para a “ciência das finanças”, tradicionalmente compreendida como uma ciência económica e não como ciência jurídica, alguns aspetos centrais da problemática financeira e tributária (enquadramento constitucional do direito financeiro, enquadramento constitucional do orçamento e do sistema fiscal, refrações políticas e jurídicas no direito constitucional dos novos problemas atinentes à dívida pública e o financiamento da segurança social). Explicitemos melhor algumas dimensões da estatalidade tributária.

2.2. O princípio da estatalidade tributária

Em primeiro lugar, o direito financeiro não se esgota nos esquemas organizatório-funcionais nem constitui uma “reserva de decisão política” imune a esquemas de *jusfundamentalidade* e de *cidadania*. A relação Estado-cidadão volta a ter centralidade na caracterização dos meios e formas do agir financeiro e tributário do Estado.

O direito financeiro e a constituição financeira assentam no *princípio de estatalidade tributária*. Este princípio estruturante do Estado tem sido crescentemente atacado. As controvérsias dizem respeito, em último termo, à questão fundamental de saber: (i) quais as tarefas públicas que devem ser financiadas por receitas financeiras gerais, ou seja, através de receitas sustentadas pela coleta de impostos e subordinadas ao *princípio da capacidade contributiva*, e (ii) quais as contribuições informadas pelo *princípio da equivalência*, constituindo uma contraprestação pelos benefícios concedidos aos particulares em determinados casos concretos. Em termos jurídico-financeiros, trata-se da distinção entre *encargos gerais* e *encargos especiais*. Mediante o critério dos custos chega-se à dimensão económica da conformação dos tributos unilateralmente impostos aos cidadãos. Os modos de financiamento relacionados com o *prin-*

cípio da equivalência tendem a configurar o cidadão como cliente, utente e consumidor.

É discutida a ligação entre tarefas do Estado, legitimação democrática e tarefas instrumentais de financiamento do Estado. O problema vai para além do direito financeiro, estando em causa a configuração democrático-parlamentar do Estado constitucional e, mesmo, a própria configuração do Estado. A separação entre receitas e despesas no âmbito do orçamento do Estado, a ausência de afetação de receitas, a faculdade de decisão política global assente no direito orçamental do parlamento, constituem pressupostos de uma participação igual dos cidadãos nas questões de financiamento do Estado. Mas não só: perfilam-se, também, como elementos incontornáveis da capacidade de ação do Estado e, consequentemente, da democracia constitucional.

2.3. Princípio da equivalência e “estado de serviços”

A dissolução da gestão financeira do Estado em relações de equivalência pontuais, e até ocasionais, perturba a função das instituições político-representativas e põe em risco a ideia jurídico-constitucional da igualdade democrática. Ao atrelar a questão das tarefas públicas à coleta de receitas, operando, consequentemente, a transmutação estrutural da filosofia da administração, abre-se o caminho para o chamado “estado de prestação de serviços” (*Dienstleistungsstaat*). A simples possibilidade de transmutar a decisão estrutural subjacente à constituição financeira no sentido de uma democracia orientada pelo princípio da equivalência, estendendo a equivalência financeira à equivalência política não pode ter acolhimento na constituição. Como afirma Christian Waldhoff a propósito da constituição financeira alemã, a *responsividade entre decisão de tarefas e a decisão de financiamento* eventualmente alcançada mediante o acoplamento de processos paralelos não corresponde ao esquema legitimatório-democrático da constituição financeira moderna (WALDHOFF, 2007: 817 ss.). A igualdade democrática liga-se ao estatuto de cidadão. Não tem como pressuposto apenas aquele que paga pelas prestações estatais, mas também aquele que codetermina a legitimação democrática do Estado. São, por isso, de rejeitar todas as tentativas destinadas a considerar o princípio da equivalência jurídico-financeira como correia de transmissão da influência participativa dos sujeitos pagantes na formação da vontade estadual. O *status* de cidadania financeira e fiscal traduzir-se-á em dar centralidade à conformação de âmbitos prestacionais cujo financiamento depende da respetiva contraprestação. No âmbito da estatalidade tributária, o princípio da equivalência pode orientar o montante de determinados tributos como taxas e contribuições fiscais, mas

só e na medida em que se mantenha a prevalência básica de financiamento através de impostos.

2.4. Taxas e igualdade fiscal

O direito constitucional financeiro convoca também uma apurada compreensão jurídico-constitucional na conformação legislativa das taxas do imposto. Argumenta-se, a propósito da igualdade fiscal, que ela é obtida através de taxas baixas e do alargamento de incidência fiscal. Globalmente considerada, a *tributação justamente igual* é melhor alcançada quando o imposto sobre o rendimento respeita as necessidades existenciais, sem recorrer a regulações especiais ou de exceção. Em termos comparados, e não obstante a diversidade tributária, aponta-se para uma taxa módica de imposto sobre o rendimento – cerca de 25%. No âmbito internacional, manifesta-se, porém, uma tendência para diminuir a taxa do imposto sobre rendimentos de sociedades (IRC) e de rendimentos elevados. O resultado é o de que, a médio prazo, os rendimentos do trabalho são onerados (IRS), ao passo que, por esse mundo fora, os impostos sobre o capital beneficiam de redução de taxas. Neste contexto, coloca-se ao Estado constitucional o problema de saber se é aceitável uma diferenciação segundo factores de produção conducente a um sacrifício maior por parte dos rendimentos do trabalho. Transferindo estas considerações para o direito tributário alemão e tendo em conta a situação da economia alemã, Ch. Waldhof defende em termos incisivos: o princípio da igualdade proíbe o desfavorecimento dos rendimentos do trabalho. A tradição das receitas sustentadas (*“fundierte Einkommen”*) aproxima-se mais de uma tributação elevada para os rendimentos do capital, e, de todo o modo, não confirma uma tributação mais elevada dos rendimentos do trabalho. O modelo económico da Alemanha vive das suas inteligências – dos inventores, dos empresários, dos cientistas, dos artistas – que, através da utilização da sua propriedade intelectual, alavancam o capital, sendo esse modelo orientado, em termos fiscais, a favor do trabalho e não do capital. Todas as decisões fundamentais sobre a estruturação e conformação do sistema tributário são decisões constitucionais. Estas considerações não se podem transferir de plano para outras ordens constitucionais com diferentes condições económico-financeiras. De qualquer modo, perante a intrigante aceitação de “estabilizadores automáticos” no combate à dívida, assente primordialmente nos rendimentos do trabalho, deve questionar-se como e em que termos são razoáveis os diferentes modos discursivos correntes na literatura sobre este problema. A isso dedicaremos os desenvolvimentos subsequentes.

§ 3. Modos Discursivos

Os vários momentos discursivos que vamos desenvolver têm todos como pano de fundo quatro momentos estruturantes: (i) o momento *stasis* da República com as suas dificuldades e turbulências e o esforço para encontrar soluções político-sociais estabilizadoras; (ii) o momento deliberativo-constituente sempre esgrimido para legitimar revisões da própria lei fundamental; (iii) o momento de reforma ou da reestruturação do Estado com a problematização do “quanto-Estado” e “que Estado” para uma comunidade; (iv) momento comunicativo voltado para a captação das formas de diálogo e de dissenso entre “governantes” e “governados”. É óbvio que não se trata de momentos separados. Todos eles traduzem segmentos sistémicos inoculadores de irritações intra e intersistémicas.

Vejamos como.

I. Modo Discursivo 1.

Consensus e dimensão comunicativa do discurso político

Falar de “consensos” é quase um “*non sense*” ou “*antisensus*” no atual contexto político. Em vários colóquios temos lembrado o registo feito pelo historiador americano Tony Judt, no seu estimulante ensaio *Um Tratado sobre os nossos atuais descontentamentos* (Lisboa, 2012). Numa conferência por ele realizada em Nova Iorque, em outubro de 2009, a “primeira pergunta veio de um aluno de doze anos”. Este jovem foi “direito à questão”:

“OK, então, diariamente, se tivermos uma conversa ou mesmo um debate sobre alguns desses assuntos e se mencionar a palavra socialismo, às vezes é como se tivesse caído um tijolo na conversa e já não há maneira de o voltar a pôr onde estava. O que é que recomendaria para repor a conversa.”

Creio bem que na discussão do tema do “consenso e da reforma institucional” podem cair vários tijolos que acabarão definitivamente com qualquer reabertura de diálogo. O problema começa na própria intransparência e ambiguidade da dimensão comunicativa dos vários atores políticos, nacionais e internacionais, institucionais ou sociais. Vamos dar exemplos.

Exemplo 1: “a dívida, dada a falta de possibilidade de recorrer à ‘desvalorização monetária’, deve assentar na ‘desvalorização fiscal’”. Mas o que significa isto? Ficar mais pobre? Convergência de “regime da função pública e da atividade privada” no sentido de “mais baixos salários” e acarretar “mais baixos

direitos”? Uma revista alemã – *Der Spiegel* – tinha sintetizado a questão: Portugal sofrerá uma “depreciação” (empobrecimento) geral de 27%.

Exemplo 2: para solucionar o problema da dívida há que recorrer a “estabilizadores automáticos”. Saberão os contribuintes (o “povo fiscal”) o que são estabilizadores automáticos?

Exemplo 3: a dívida pressupõe “reformas estruturais” e a “reforma do Estado”. Já alguém explicou ao povo em que é que consistem estas reformas e esta reforma?

O *consensus* é invocado numa situação de *stasis* da República. Já os autores clássicos (Platão, Aristóteles, Cícero), ao falarem da “constituição dos antigos” como projeto político de “medida, ordem e pacificação”, acentuavam que, nos momentos de *stasis* – isto é, momentos de agitação social e de conflito político –, é indispensável uma composição pública dos conflitos e uma forma de governo orientada pela ideia de *demokratia*, capaz de responder às exigências de equilíbrio e unidade no seio da sociedade. Os momentos de *stasis* têm sido transmutados noutros nomes, como “momentos maquiavélicos” (ПОЧООК), “momentos constitucionais” (ACKERMANN) ou “momentos de catástrofe” (TEUBNER). Como quer que seja, todos devemos ser convocados para dar solução aos “nossos atuais descontentamentos” (TONY JUDT) e à fratura que se vai transformando em “cisma” tanático de uma República Constitucional. Procuremos, então, o *consensus*.

II. Modo Discursivo 2.

O que significa compromisso e consenso na constitucionalização da “regra de ouro” respeitante aos limites de endividamento do Estado?

Dívida pública (ou endividamento): Ópio do orçamento do Estado?

No atual debate europeu relativamente à inclusão na lei constitucional de um limite-travão ao endividamento do Estado parece haver uma nova “cruzada” com laivos de diabolização. De um lado, perfilam-se os que defendem o rigor orçamental acima de tudo, condenando o sistemático endividamento do Estado (dívida e défice) como um pecado mortal. Como fórmulas lapidares desta corrente citam-se as palavras do ex-primeiro-ministro da Suécia (GÖIAN PERSON) ao salientar que “quem deve não é livre” e o *slogan* de um professor universitário alemão (JOSEPH ISENSEE) que considera o endividamento do Estado como “ópio do povo”. O recurso aos “empréstimos” ou, se se preferir, ao crédito, torna cada vez mais sequiosos os consumidores, convertendo-os progressivamente a dependentes dos credores. Acrescenta-se também um argumento de inter-

geracionalidade: o sistemático e crescente recurso ao crédito conduz, a longo prazo, a injustiça geracional, considerando-se que os “empréstimos de hoje são impostos de amanhã”.

A questão também poderá colocar-se no plano democrático. Os princípios da democracia e da sociedade postulam a possibilidade de ação dos futuros órgãos representativos das futuras gerações não sobrecarregados com resgates de empréstimos e encargos de juros estruturalmente excessivos. Até porque, acrescenta-se, um estado superendividado conduz a quedas de crescimento, não só pela falta de investimento públicos mas também pela desconfiança de investidores privados (*crowding out*). O sinal de alerta para esta fuga de investimento é dado pelas agências de *rating* através da redução das notas de bonificação (KOEMI, 2011: 1 ss.). Temos assim, em resumo, vários argumentos justificativos da “diabolização da dívida” e da precaução perante “endividamento excessivo do estado”: (i) *argumento da liberdade* – um povo devedor não é um povo livre; (ii) *argumento da intergeracionalidade* – os empréstimos de hoje são os impostos de amanhã; (iii) *argumento de democracia* – o legislador democrático não pode ficar eternamente vinculado às mãos das políticas públicas dos seus antecessores; (iv) *argumento do crescimento e do investimento* – o Estado superendividado conduz a quedas de crescimento, não só pela falta de investimento público mas também pela desconfiança dos investidores privados (*crowding-out*); (v) *argumento da soberania* – a dependência dos credores tem um preço político elevadíssimo, pois o Estado só pode evitar a bancarrota mediante concessões políticas e sociais (ex.: deflação pela dívida).

III. Modo Discursivo 3.

A morfogénese da dívida

Os argumentos atrás individualizados transportam um modo discursivo, ou, se se preferir, uma leitura da dívida pública, assim encadeada.

- a) Os cidadãos exigem ao Estado, simultaneamente, cada vez menos impostos e cada vez mais serviços e prestações.
- b) Perante a baixa de receitas para acorrer às despesas, sobretudo despesas sociais, os Estados recorrem:
 - ao endividamento público derivado do financiamento de tarefas e mesmo despesas correntes mediante o recurso ao crédito;
 - a geração futura deverá pagar a dívida com juros e juros de juros;
 - os contratos de empréstimos são decididos pelos governos e aprovados pelos parlamentos com o objetivo de satisfazer as demandas atuais

(da geração presente), fazendo recair os encargos sobre as gerações futuras.

- c) Os mercados financeiros, designadamente os bancos e as companhias de seguros, oferecem (ou ofereciam) sempre novos créditos, sobreendividando o Estado na qualidade de “sócio bem querido” do negócio.
- d) As partes do contrato estão cientes de que nos momentos de vencimento o Estado *não cumprirá* as suas obrigações de pagamento, embora cumpra religiosamente as suas obrigações quanto ao pagamento dos juros.
- e) Não tem, assim, segredos a morfogénese da dívida soberana: ela será uma dívida sempre contínua e permanente.
- f) A sobrecarga dos juros sobre os juros aumenta em tal proporção que, mesmo havendo crescimento económico, nunca se poderá saldar a dívida a não ser que haja “milagre” na taxa de crescimento.
- g) Os “porta-vozes” dos mercados financeiros e as agências de *rating* e outras instituições (supranacionais e internacionais) valoram a capacidade de crédito do Estado e determinam, por fim, os juros do Estado endividado (superendividado). Em último termo, decidem sobre as *margens de manobra* orçamentais e fiscais do Estado, operando a erosão progressiva da soberania do estado.
- h) Daí que os ajustamentos de financiamento impliquem a entrega aos mercados e instituições financeiras o juízo supremo sobre o êxito dos programas de poupança, de cortes nos salários e, por último, na redução do Estado Social a um Estado de mínimos (KIRCHHOF, 2011: 77).

IV. Modo Discursivo 4.

Consensus e modo discursivo dominante: o problema do crescimento

O discurso sobre a dívida enfrenta um outro modo argumentativo que vem desde L. V. Stein: “um Estado sem dívida pública ou faz demasiado pouco pelo seu futuro ou exige de mais ao passado”. Isto conduz a políticas de crescimento e a políticas de crédito consideradas como “boas políticas públicas”. Nestes termos (KIRCHHOF, 2011).

- a) A economia (também a economia privada) e o Estado pressionam a favor do crescimento, considerando o crédito como instrumento para aumentar a “produtividade e o bem-estar”;
- b) É certo que os princípios para a economia privada e para o Estado são diferentes: a economia satisfaz as necessidades dos produtores de mercadorias e serviços; o Estado garante a paz, a segurança e o direito;
- c) A *produtividade* do Estado não reside estruturalmente em prestações objetivas e serviços, mas na organização de uma sociedade pacífica sob o império

do direito, em que se garante a *liberdade*, a *igualdade* em termos de *status social básico*, a possibilidade de desenvolvimento da pessoa e a *segurança* no desenvolvimento. Nem mais, nem menos;

d) Contudo, a “realidade democrática”, o “devedor fiscal”, obrigam os decisores a um aumento de prestações do Estado, o que significa, muitas vezes, a antecipação de programas adicionais de pagamento e, por fim, aumento de impostos;

e) Por mais bondade que haja nos imperativos da socialidade, estes não podem perturbar a *regra de ouro* assente no *princípio de equilíbrio* orçamental material (i) a despesa pública deve financiar-se mediante impostos e rendimentos do património público; (ii) o que implica, a limitação da possibilidade de *equilíbrio formal* mediante o recurso ao crédito; (iii) o recurso ao crédito deve limitar-se a despesas de investimento capazes de gerar base tributária para financiamento do défice. Se os Estados revelam uma censurável indiferença perante esta “regra de ouro” isso significa que mais tarde ou mais cedo, de forma autónoma ou heterónoma, terão de optar pelo *travão à dívida* (KOEMI, 2011: 3 ss.). O que significa “travar a dívida”?

i) Desde logo, limitar o recurso a crédito;

ii) Limitar a legitimidade constitucional de recurso a crédito a casos de necessidade extraordinária;

iii) Vincular os empréstimos a despesas de financiamento – *investimento* de que poderão beneficiar as gerações futuras;

iv) Subordinar as políticas orçamentais a travões heteronomamente vinculantes quer porque estão definidos em pactos internacionais (ex.: Pacto para o Euro e reforço de coordenação da política económica para a competitividade e divergência; Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança da União Económica e Monetária, Tratado de Maastricht) ou em normas constitucionais parametricamente vinculativas dos limites do *defícite* e da *dívida pública*. O “travão à dívida” assenta nesta ideia básica: o endividamento estatal não se autofinancia e por isso o rigor deste travão significa: (i) o equilíbrio orçamental é um “dever”, uma “obrigação”, uma “imposição constitucional”; (ii) o equilíbrio orçamental pressupõe limites quantitativos de endividamento máximo (3% do défice orçamental e 60% de dívida em relação ao PIB); (iii) esta opção por elementos quantitativos é preferível a fórmulas indeterminadas como “necessidades extraordinárias”, “vinculação de investimentos produtivos”, “reserva de conjuntura”; (iv) *convergência* do direito constitucional com o direito europeu.

V. Modo Discursivo 5.

O travão à dívida é também um travão ao Estado Social? Qual ou quais as causas da crise?

Creemos que o *consensus* – pelo menos social – é difícil de alcançar quando se pergunta pela causa da crise. Como é sabido, para uns a causa da crise é a dívida (superdívida) soberana, e, para outros, a causa da crise é a acumulação insustentável de dívidas do sector privado em certos países da zona euro (P. DE GRAUWE). Entre Lisboa e Dublin, as duas causas tornam-se responsáveis pela estratégia da *deflação pela dívida*: (i) a tomada pelos governos de dívida de privados (principalmente bancos); (ii) *estabilizadores automáticos*, em virtude da baixa de receitas originada pela recessão; (iii) políticas neutralizadoras de *rigidez estrutural* (mercado de trabalho, serviços de Estado) derivada de movimentos divergentes de competitividade da zona euro, conducentes à introdução de *reformas estruturais* (custos unitários de trabalho, proteção do emprego, despesas sociais) capazes de dar resposta às referidas divergências.

É neste preciso contexto que começamos com os “dissensos”, as “discordâncias” e os “cismas”. As reformas estruturais apontam para um *equilíbrio de subemprego* com despedimentos crescentes e inacessibilidade ao mercado de trabalho. Os destinatários das reformas estruturais perguntam se as políticas da dívida não significarão “socialismo de Estado para ricos e neoliberalismo para pobres” (U. BECK). Em vez de se obrigarem os agentes económicos à justa assunção de perdas financeiras pelas más escolhas (ex.: “bolha” do imobiliário e o “boom” de consumo), obrigam-se as autoridades políticas a socializar perdas, reportando-as sobre o Estado ou sobre os ativos dos bancos centrais. Mais do que isso: a “bola de neve” (KIRCHHOF, 2011: 79 ss.) move-se implacavelmente, as finanças públicas giram em torno delas próprias, em detrimento da economia. Por sua vez, os critérios de sustentabilidade subjacentes ao Tratado de Maastricht pressupunham (i) haver um volume de crescimento razoável dos vários países da zona euro (3%); (ii) uma inflação média de 2%; (iii) taxa de endividamento público estável (taxa de 60% do PIB da dívida e défice orçamental restringido a 3% do PIB). Ninguém, em *democracia*, pode ser “objeto” de medidas totalitárias. A dívida pública continua a crescer e os Estados endividados compelidos a reembolsar a curto prazo só o poderão fazer com uma recessão prolongada. Como falar, então, em *consensos* e reforma institucional?

VI. Modo Discursivo 6.

O que significa compromisso e consenso na situação de “coalescência” provocada pela crise financeira?

Muitos autores têm salientado, como já anotámos, que o problema da crise financeira não é, em primeiro lugar, uma questão a colocar do lado do Estado. Na situação atual, o problema dos limites à dívida pública relaciona-se com a ideologia fundamentalista do *neoliberalismo*. Este fundamentalismo, ao contrário dos totalitarismos político-ideológicos, é uma *ideologia de coalescência* que opera através de um acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema económico. No caso concreto, a solução da crise passa também pela variável intermediária do poder político, ou seja, uma ideologia como a do neoliberalismo que impõe a redução do espaço do sistema político, equilíbrio do subemprego e o Estado Social de mínimos. Trata-se de uma ideologia política na medida em que, na sua radicalidade, procura a submissão de toda a sociedade através de meios políticos e dentro da armação do universo político. A emergência de instituições regulatórias funcionalmente delineadoras (FMI, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio, Banco Central Europeu) e os seus modos de atuação demonstram que as relações extrassistémicas – sobretudo do sistema económico – implicam esquemas de *governance* carecidos de pontes para as diferentes esferas da sociedade. Daí a insistência – nos sistemas democráticos – da necessidade de negociação, diálogo e compromisso que se revelem funcionalmente adaptáveis ao sistema económico.

Se outras considerações fossem necessárias o caso da amortização através de depósitos privados (Chipre) demonstra bem que a “coalescência” de operadores e reguladores económicos tende a alavancar uma nova forma do “constitucionalismo societal dentro do próprio sistema financeiro” (KJAER, TEUBNER e FEBRAJO, 2011: 418 ss.). Se compreendemos bem, o apelo a esquemas organizatório-funcionais politicamente neutrais e portadores de conhecimentos (económicos, financeiros, organizatórios) radica no facto de só eles serem considerados capazes de amortecer o “choque das confrontações políticas” mediante a positividade das análises empiricamente sustentadas (ex.: “comissão independente de finanças”, “comissão de análise das autonomias regionais e locais”). Não temos certeza da bondade política destes esquemas, correndo-se mesmo o risco de eles constituírem o “lado obscuro da diferenciação funcional dos sistemas”. Em último termo, o problema que nos é colocado entronca no significado do consenso relativamente ao indicador sintético da *qualidade da despesa pública*. A isso dedicaremos umas breves linhas que ajudarão a colocar mais algumas provocações.

VI. Modo Discursivo 7.

O que significa compromisso e consenso relativamente ao indicador sintético da qualidade da despesa pública?

Como é sabido, o indicador sintético da qualidade de despesa pública tem como referência as despesas suscetíveis, pela sua natureza, de sustentar objetivos estratégicos, particularmente o crescimento e o emprego. Nestas despesas incluem-se as despesas de educação, de saúde, de investigação. A regra do freio ao endividamento consagrada nos diplomas europeus e em algumas constituições coloca a questão debatida por alguns economistas alemães (PETER BOFUNGER/GUSTAV HORN: *Die Schuldenbremsei gesamtwirtschafts Stabilität und die Zukunft unserer Kinder*). E a questão é esta: como podem e devem os Estados financiar as despesas do futuro e as despesas de qualidade relativamente às quais os mercados financeiros não querem investir? Nesta pergunta está implicada uma outra: em que medida a regra do endividamento constitui uma cláusula travão do Estado Social considerado responsável pelos défices?

VIII. Modo Discursivo 8.

Constitucionalização da dívida e garantias constitucionais de irrevocabilidade

A problemática do compromisso e do consenso pode atrair para o centro de gravitação da crise alguns princípios básicos da constituição como a independência nacional e a unidade do Estado, os direitos, liberdades e garantias, os direitos dos trabalhadores, os direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais, a autonomia regional e local (CRP, art. 288.º). Para algumas correntes de opinião, estes princípios colocam entraves à “constitucionalização da dívida” se, através do travão, se pretender impedir revisões apócrifas da Constituição. É óbvio que não há qualquer “garantia de eternidade para o Estado devedor”. Mas o problema central subsiste. Qualquer travão normativo – constitucional ou não constitucional – nunca será uma declaração de amor. Acresce que uma novíssima fórmula matemática começa a revelar o profundo desamor do fundamentalismo neoliberal. J. Stiglitz acaba de lançar o alerta: se o índice de Gini (o indicador de desigualdade) aumenta, porque aumenta a desigualdade, e se o multiplicador de investimento diminui, isso implica a queda do produto interno bruto (PIB). Nem mais nem menos $(mI=1) / (1-C) K (1/1-G)$. Numa notícia colhida em *Micrómega*, de 31 de maio de 2003: explica-se o teorema de Stiglitz sobre distribuição e multiplicador. Aí pode ler-se que segundo este teorema (i) se a distribuição do rendimento se torna desigual (ii) e se baixa a propensão marginal para o consumo e aumenta o índice de Gini; (iii) então

diminui o valor do multiplicador. A desigualdade e a pobreza são os verdadeiros assassinos do produto interno bruto.

5 4. Modos discursivos jurídico-constitucionais

1. A constitucionalização dos travões ao endividamento

A discussão jurídico-constitucional sobre a “constitucionalização dos travões ao superendividamento” não é nova. Uma das tentativas mais publicitadas é da Constituição alemã. O quadro constitucional alemão autorizava o recurso aos empréstimos, mesmo em período de crescimento económico, discutindo-se a nível político e a nível jurídico-constitucional duas questões básicas: (i) se a bondade dos empréstimos devia orientar-se pelo carácter extraordinário das despesas; (ii) ou pela produtividade das mesmas despesas. De um modo geral, partia-se da Lei de Wagner e, de forma tendencial, considerava-se que o recurso ao crédito devia limitar-se a despesas extraordinárias de carácter *produtivo*, justificadas por investimentos que conservam, melhoram ou aumentam as capacidades de produção da economia (*Werbende Zweck*). Verificou-se, porém, que as despesas de investimento com as características assinaladas não implicavam automaticamente um efeito favorável ao crescimento (nós diríamos também desenvolvimento) e poderiam gerar mesmo custos futuros suplementares (ex.: obras públicas, parcerias público-privadas). Inversamente, certas despesas que não são *a priori* de investimento, como a educação e a saúde, poderiam ter efeitos favoravelmente reprodutivos no futuro. Eis aqui um ponto central, presente, direta ou indiretamente, em todas as discussões. As “despesas do futuro”, assentes em investimentos dinamizados pelo recurso ao crédito, deveriam caracterizar-se qualitativamente por duas notas: (1) despesas de crescimento; (2) efeitos duradouros. O critério qualitativo originava, porém, grandes incertezas, começando pelas diferentes consequências do investimento (favoráveis, negativas ou neutrais) e acabando na legitimação de despesas justificadas pela excecionalidade das situações. Isto conduzia ao recurso de *indicador sintético da qualidade de despesa pública*. Esta pauta-se, inicialmente, pelo seguinte padrão: despesas suscetíveis, pela sua natureza, de sustentar os objetivos de uma estratégia centrada no crescimento e emprego, nelas se incluindo as despesas de educação, de saúde, de investigação e de investimento (era este o critério da chamada “estratégia de Lisboa”). O problema é que este critério corria o risco de não tomar em conta o nível de despesas e de não ter em consideração o impacto real sobre a economia. Não admira, por isso, que se acentuasse com mais rigor a margem de manobra orçamental, designa-

damente para os investimentos, e se estabelecessem *plafonds* quantitativos oriundos dos chamados “critérios de convergência” do Tratado de Maastricht. Ao mesmo tempo, estruturaram-se processos de sanções por défices públicos excessivos (art. 126.º do Tratado de Financiamento da União Europeia). Aqui surgem os dois limites ao endividamento: 0,5 do défice orçamental e 60% da dívida pública em relação ao produto interno bruto (PIB).

2. A literatura e o impacto da dívida

O “freio ao endividamento” coloca algumas das mais tormentosas questões do direito constitucional da nossa contemporaneidade. Basta ler alguns títulos recentes para intuímos de imediato a repercussão pública desta problemática. A *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger*, n.º 3, 2014, inseriu um artigo com este título de autoria de Jim Lapin: “L'équilibre des finances publiques: une exigence externe mutant en cause la souveraineté de l'État.” No n.º 4 de 2013 da *Kritische Vierteljahresschrift*, Joannis Katsaroumpas escreve sobre “EU bailout conditionality as a de facto mode of Government”. A Revista Europeia de Direito Público (*European Review of Public Law*), no n.º 4/2011, publica um artigo de Georgios Katrougalos/Giorgis Pavlidis (Professores de Direito Constitucional) com o sugestivo título: “La constitution nationale et les défenses juridiques d'un pays surendetté face à une situation de détresse financière: leçons tirées de la crise grecque” (2009-2011). Adriano Giovanelli publica nos *Quaderni Costituzionali* (4/2013) um informado trabalho com o título “Vincoli europei e decisione di bilancio”. Finalmente, a *Neue Juristische Wochenschrift* insere, nos n.ºs 1-2/2013, uma série de trabalhos sobre o “excesso de endividamento”: Paul Kirchhof, “Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union”; Martin Nettesheim, “Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus”; Thomas Oppermann, “Euro-Rettung und europäisches Recht”; A. Fischer Lescano, “Fiskal Vertrag und Unionsrecht. Unionsrechtliche Grenzen Völkervertraglicher Fiskalregulierung und Organleihe”. Se estivermos atentos à literatura monográfica mais recente, encontramos também trabalhos sugestivos incidentes sobre alguns dos problemas mais fractais suscitados pela “crise da dívida soberana”.

Desde logo, o impacto sobre o direito de trabalho. Numa obra coletiva editada por Niklas Bruun/Klaus Lörcher e Isabelle Schömann, com o título *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe* (Oxford and Portland, Oregon, 2014), submetem-se à publicidade crítica os seguintes problemas: (i) “Changes in the General European Legal Framework” (I. SCHÖMANN); (ii) “A New Economic Governance Through Secondary Legislation? Analysis and

Constitutional Assessment from New Constitutionalism, via Authoritarianism to Progressive Constitutionalism” (LUCAS OBERNDORFER); (iii) “Competencies of the Troika: Legal limitations of the Institutions of the European Union” (ANDREAS FISCHER-LESCANO); (iv) “Social Policy, Economic Governance and EMU: alternatives to Austerity” (SIMON DEAKIN); (v) “Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU” (BRUNO VENEZIANI); (vi) “Collective Action Against Austerity Measures” (FILIP DORSEMONT); (vii) “Decentralisation of Labour Law Standard Setting and the Financial Crisis” (ANTOINE JACOBS); (viii) “Legal and Judicial International Avenues: The (Revised) European Social Charter” (KLAUS LÖRCHER); (ix) “International Litigation Possibilities in European Collective Labour Law: ECHR” (KEIT EWING/JOHN MENDY).

Se algumas publicações incidiam sobre os impactos do “combate ao endividamento” sobre a legislação laboral e as convenções coletivas de trabalho, outros debruçam-se sobre questões tipicamente constitucionais. É o caso de Peter M. Huber, *Verfassungsstaat und Finanzkrise* (Baden-Baden, 2014), juiz do Tribunal Constitucional alemão e Professor de Direito Público na Universidade de Munique, que, depois de aludir à “estabilidade aberta” no âmbito da União Europeia, analisa a “juridicização da política” (que considera como uma “especificidade” alemã).

3. A responsabilidade pela tragédia do “stress financeiro”

Regressemos ao *leitmotiv* centrado no “stress financeiro”. Como se deve ter apercebido, uma questão central ainda não foi respondida. O “superendividamento” e o “endividamento excessivo” não é obra do acaso. Quem é ou quem são os responsáveis pela tragédia do “stress” financeiro e respetivas consequências para a estabilidade do estado de direito, para a garantia dos direitos fundamentais e para a salvaguarda da liberdade dos “países devedores”? Uma possível resposta é esta: o “superendividamento” resultou ele próprio de ilegalidade (KIRCHHOF, 2013: pp. 1ss., 3s.). Deriva diretamente do não cumprimento de “limites à dívida” estabelecidos em tratados (desde Maastricht), das opções orçamentais crivadas de ilicitudes jurídicas. Os cidadãos esperam dos orçamentos públicos altas prestações mas impostos reduzidos. Isso conduziu ao progressivo endividamento público e à progressiva dependência dos mercados financeiros. No plano jurídico-constitucional, são visíveis as devastações: redução dos parlamentos a instâncias de trânsito de políticas financeiras e fiscais. Aumentam os impostos e as taxas de impostos, mas a dívida pública continua a crescer. O cidadão transmuta-se em “devedor”. O que fazer, perguntar-se-á. O tema merecerá uma próxima suspensão reflexiva.

Bibliografia

- DENQUIN, Jean-Marie, “L’object du droit constitutionnel: État, Constitution, Démocratie?”, in *Traité International de droit constitutionnel*, Michel Troper/ Dominique Chagnollaud, Vol. I, 2012, Dalloz, Paris.
- HOFSTADTER, Douglas R., 2013, *Gödel, Escher, Bach. Laços Eternos. Uma fuga metafórica sobre mentes e máquinas no espírito de Lewis Carrol*, 2.^a ed., Ed. Gradiva, Lisboa, 2013.
- HOUAISS, 2002, *Dicionário da Língua Portuguesa*, Tomo III, Círculo de Leitores, Lisboa.
- KIRCHHOF, Paul, “La constitucionalización de la deuda soberana. Un diálogo con Antonio López Pina”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 93 (2011).
- KIRCHHOF, Paul, “Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union”, in *NJW*, 1-2 (2013).
- KJAER, Paul / TEUBNER, Gunther / FEBRAJO, Alberto, 2011, *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*.
- KOEMI, Maxi, 2011, *Eine Bremse für die Staatsverschuldung?*, Tübingen.
- KOKOTT, Stefan, “Finanzen”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, III, Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/A. Vosskühle (org.), München.
- NEVES, Marcelo, 2009, *Transconstitucionalismo*, São Paulo.
- TEUBNER, Gunther, 2012, *Verfassungsfragmente Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin.
- WALDHOFF, Ch., 2007, “Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes”, in J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. V, 3.^a ed.
- WILLKE, Helmut, 2003, *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, Frankfurt/M.

Constitutional Courts and Legislatures Institutional Terms of Engagement

Mattias Kumm

Inge Rennert Professor of Law – NYU School of Law
Research Professor – Humboldt University Berlin

CONTENTS

- I. Authors and editors of the laws: On the normative point of rights-based judicial review**
- II. On the relationship between the judiciary and the legislative branches: Three institutional variables**
 1. Rules governing legislative displacement of judicial interpretations
 2. Appointment, tenure and Impeachment (good behavior) rules: Rules ensuring general alignment of judges with majoritarian sensibilities, while ensuring impartiality and independence
 3. Rules governing the displacement of legislative decisions
- III. Applications: The problematic cases of the UK and the US**

I. Authors and editors of the laws: On the normative point of rights-based judicial review

Constitutional or other rights adjudicating courts do not only resolve concrete disputes on the basis of narrowly drafted specific rules. Human or constitutional rights, to the extent they play a significant role in constitutional adjudication, are mostly relatively abstract principles, whose application requires the assessment of actions of public authority by reference to the proportionality test. In such a context courts and legislatures are effectively partners in the process of specifying and giving concrete meaning to abstract rights provisions. I have argued elsewhere (KUMM, 2010) that in this partnership each institution has a *distinctive role* to play. The legislative process is justice focused: It is a process in which electorally accountable institutions enact laws to settle disagreement about what justice requires through deliberations and negotiations. The legislative process structures *the authorial role* that citizens play. The judicial process is legitimacy focused and engages the *editorial role* of citizens (PETTIT, 1999). It is a process in which norm-addressees can contest outcomes of the political process before judicial institutions claiming that their rights have been violated, requiring public authorities to show that the settlement reached is demonstrably susceptible to a reasonable justification. If an impartial and independent court determines that such justification is not possible, then that decision violates the rights of the burdened persons, lacks legitimate authority and should not be applied as law. In the editorial role citizens seek to ensure through the constitutional judiciary that the authority exercised in their name by the legislature is in fact exercised legitimately: Burdens imposed by the laws must be demonstrably justifiable to those burdened as a reasonable attempt to do justice also to them. If such a justification succeeds, the addressee can't reasonably reject law's claim to legitimate authority. Courts, under this conception, play an independent role as *jurisgenerative junior partners* to political branches of government. Under such a conception of contestatory democratic constitutionalism the *right to vote* and the *right to contest* are equally non-negotiable participatory features of the constitutionalist enterprise. Citizens are not just authors of the laws collectively; they are also editors of the laws individually.

A normatively attractive institutionalization of the relationship between constitutional courts and legislatures must meet three adequacy conditions. First the legislature *must retain overall effective control* not only over the legislative agenda, but also over outcomes. This is necessary to ensure a sufficiently close link between elections and the authorial function of legislation. Once judicial power becomes so strong that overall legislative effective control is lost, the step from contestatory democracy to *juristocracy* has been taken. Second, the judiciary

must be sufficiently *impartial and independent* from electorally accountable institutions and be able to provide an *effective remedy* against legislative encroachments of rights. Meaningful contestation is more than an advisory or consulting role that the other side, whose decisions are being contested, is in principle free to ignore. Once legislative power is not constrained by courts as an effective contestatory institution, the step from constitutional democracy to *electoral authoritarianism* has been taken. Third, the interaction between the legislature and judiciary must be structured in such a way, that meaningful discursive engagement is fostered. Rather than just a balance of power that organizes legally structured institutional competition and standoffs, the idea of a *deliberatively guided partnership* should inform institutionalization.

The following section (II) seeks to analyse three centrally relevant institutional variables and the range of their concrete specification for the design of institutional structures that are responsive to the first two normative concerns. A third section (III) will then connect the adequacy conditions for judicial review to the choices relating to these variables in two concrete contexts: rights-adjudicating courts in the US and the UK. I will argue that both are institutionalized in ways that are problematic, for opposing reasons: In the US the institutional position of the Supreme Court is too strong in its relationship the legislature, effectively enabling juristocracy. In the UK the position of the courts is too weak, effectively enabling electoral authoritarianism. What this suggests is that the somewhat tired debate about judicial review in an important sense misses the point. Even if judicial review can be justified in principle, the real issue is *how* it is institutionalized and, more specifically, how the relationship between judicial and legislative institutions is structured.

II. On the relationship between the judiciary and the legislative branches: Three institutional variables

1. Rules governing legislative displacement of judicial interpretations

As a starting point, let us assume that a court has concluded that a statute enacted by the legislature violates a human or constitutional right. Let us further assume that the legislature remains unconvinced. In its view the court has not properly assessed the reasons justifying an infringement of the right and therefore came to the wrong conclusion. Even after the judicial decision, the rights reviewing court and the original rights-assessing legislature continue to disagree. One key variable defining the relationship between courts and legislatures concerns the conditions under which legislatures can displace the judicial interpreta-

tion and establish their own view of what the law should be as valid law. The fact that a court has the power to determine whether or not a piece of legislation violates a right, does not yet say very much about what the constitutional status of such a determination is. More specifically, if the legislature remains unconvinced by the courts' interpretation of rights and seeks to insist on its understanding of the limits of rights in light of countervailing concerns, what are the conditions under which the legislature's views can be made to legally prevail even against a judicial judgment? Here there are considerable differences across liberal constitutional democracies.

In what Stephen Gardbaum has called the "Commonwealth Model" (GARD-BAUM, 2013), ordinary legislative majorities effectively continue to control what is to count as law in a jurisdiction, notwithstanding judicial involvement. Within the Commonwealth Model there are nevertheless significant variations.

In the United Kingdom under the 1998 Human Rights Act¹ the judgment made by the court is declaratory only. That means the court does not have the authority to invalidate the laws it has reviewed and deemed to be rights-violative, but merely makes a declaration determining that the law violates a human right. As a consequence of such a judicial holding the issue is reverted back to the legislature, which then has the opportunity to reassess the issue and amend the law in a fast track legislative procedure. If the legislature remains unconvinced by the judicial determination and holds that there is no cause for it to act, then legally the original legislative decision remains valid. The legislature prevails, even if it remains passive and does nothing. Only if it cooperates with the court and decides to amend or abolish the law held to be incompatible with human rights by the court does the law stop being valid law.

Canada also subscribes to what Gardbaum calls "the Commonwealth Model". But even though like in the UK legislative majorities also remain in control, the position of courts is somewhat stronger. The court effectively has the authority to declare invalid a piece of legislation². To override the judicial decision a legislative majority must act: It must affirmatively declare that the act or provision shall operate notwithstanding a judicial holding that it violates certain constitutional rights³.

In most jurisdictions judicial review is "stronger" than in the "Commonwealth Model". Normally ordinary legislative majorities cannot effectively overturn a judicial decision and therefore do not control outcomes. Interestingly there appears

1 Section 4 of the Human Rights Act 1998.

2 This follows from section 52 (the supremacy clause) and section 24 (the enforcement clause) of the Constitution Act of 1982.

3 See section 33 of the Constitution Act of 1982. Under section 33(3) and (4) such a declaration has effect for a period of five years but may be re-enacted indefinitely.

to be no constitutional jurisdiction that specifically authorizes the legislature to *overrule the court's interpretation of a right by way of a qualified majority decision*. Instead, what many constitutions would effectively require for a legislature to override a judicial decision is to *amend* the constitution. What that requires depends on the provisions governing constitutional amendments. These provisions vary considerably across jurisdictions. Generally the amendment of a constitutional text requires qualified majorities, often 2/3 majorities in the main legislative body or bodies. In some federal constitutions, like the US or Canada, it is additionally required that a majority or a qualified majority of states also vote in favor of such an amendment.

Furthermore there are jurisdictions where courts will enforce limits to the power to amend the constitution. Often basic principles – mostly core basic rights or basic commitments to democracy, the rule of law or aspects of the federal structure – may not be abolished by way of constitutional amendment. The grounds for these limitations are either explicit constitutional norms limiting the amendment power⁴ or jurisprudential arguments immunizing the basic structure of the constitution from the reach of the ordinary amendment power⁵. When a constitutional court insists that a certain understanding of a right is part of the entrenched constitutional guarantees that cannot be amended, this precludes the legislature from using the ordinary constitutional amendment power to overrule the court's decision. Some constitutions, such as those of Spain⁶ or Austria⁷ have specifically qualified amendment procedures, requiring referenda or requiring sequential 2/3 majorities, with an intervening election⁸ to overcome such limits of the ordinary amendment power. But other constitutions say nothing about how such limits can be overcome. In such jurisdictions the issue arises

4 See Art. 79 Sect. 3 German Basic Law.

5 In India the 'Doctrine of Basic Structure' is a judge-made doctrine which was propounded by the Indian Judiciary on 24th April 1973 in the *Keshavananda Bharati Sripadagalvaru* case. It stated that the constitutional amending powers of the Parliament was limited so that the 'basic structure of the basic law of the land' cannot be amended in exercise of its 'constituent power' under the Constitution.

6 Title X of the Spanish Constitution establishes that the approval of a new constitution or the approval of any constitutional amendment affecting the Preliminary Title, or Section I of Chapter II of Title I (on Fundamental Rights and Public Liberties) or Title II (on the Crown), the so-called "protected provisions", are subject to a special process that requires (1) that two-thirds of each House approve the amendment, (2) that elections are called immediately thereafter, (3) that two-thirds of each new House approves the amendment, and (4) that the amendment is approved by the people in a referendum.

7 See Art. 44 of the Austrian Constitution.

8 It is often said that an act of the constituent power could dislodge any entrenched commitment of principle. But that view presupposes that the constituent power of the people is not itself internally circumscribed by a set of basic principles. If the idea of constituent power is conceived as the power to give concrete institutional and legal shape to the idea of self-government of free and equals, then constitutional provisions that are incompatible with that idea can't be validated by reference to constituent power (KUMM, 2016).

whether an act of the constituent power – however it may operate procedurally in a given context – can legally change the court’s interpretation or whether even the constituent power is a power is internally limited by certain basic principles that preclude overturning a specific judicial decision.

2. Appointment, tenure and Impeachment (good behavior) rules: Rules ensuring general alignment of judges with majoritarian sensibilities, while ensuring impartiality and independence:

But decisions by courts can be overcome not only through re-endorsement of statutes by the legislature or acts of constitutional amendment. The court can also overrule its own judgments. One way the legislature might respond to a decision it remains unpersuaded by is to seek to persuade the court to change its mind. In principle all it takes to try this is to reenact a statute like the one declared unconstitutional and have the issue re-litigated. But in practice the probability of success of such an endeavor is low, since it is highly unlikely that the same court consisting of the same judges and adjudicating the same issues will reverse itself. The situation becomes more promising from the legislature’s point of view, however, if political actors have in the meantime had the possibility to appoint new judges more aligned with their general political orientations. So the question becomes how the link between the appointment of judges and politically accountable institutions is structured.

On the one hand judges are rarely themselves directly elected⁹. That is not surprising, given the importance of impartiality and independence of judges as a prerequisite for playing their distinctive justificatory role, when they review acts of the legislature on the ground of highly abstract constitutional provisions. Judges campaigning on the grounds that they would overturn this or that unpopular decision or judges thinking about their chances of reelection while seeking to resolve a contentious case undermines the very point of constitutional review.

On the other hand the idea that highest judges are appointed by their peers, without any political say, also tends to be deeply problematic. It may well be a good idea in most contexts to have a critical mass of members of a constitutional court drawn from the higher echelons of the judicial branch. And it is often a good idea for those appointing justices to be able to draw on assessments provided by high level judicial peers. But there are good reasons to insist on a mediating legitimating link between elections and judicial appointments. The idea that the judiciary is independent should not be misunderstood to mean that it is attractive that there is a separate judicial caste of persons sharing wide-ranging

9 Judges in some states in the United States have that authority.

sociological and ideological traits, as there may well be, if judges selected themselves. Political representatives should be in the driving seat, when it comes to the appointment of judges charged with constitutional adjudication. And those appointed should probably not all be drawn from the judicial branch, but reflect a wider range of perspectives and experiences, including the university, administration or politics. Here it is possible to discern a wide range of approaches: In some jurisdictions different political institutions, e.g. the President and the different chambers of Parliament, each get to appoint their own share of judges. In other jurisdictions qualified majorities are necessary to enable judicial appointments, generally fostering coalition building aimed at ensuring that only those candidates considered moderates stand a chance to get on the court.

But it is not only important that there is a mediated link between elections and judicial appointments, that put representatives in the driving seat for determining who is to become a constitutional justice. It is also fundamentally important for how long a justice is appointed. The duration of tenure is a crucial variable for determining the degree of representativeness of judges. Here one can discern a wide range of approaches. On the one hand tenure can be for life, as it is in the US. Or it can be until compulsory retirement age is reached, as it is in the UK. Or there can be defined term limits, which typically range between 9 and 12 years. In most cases – and for good reasons given the importance of the independence and impartiality of courts – reappointment is not possible and impeachment and salary cuts may be applied only under very stringent rules involving members of the judiciary. This means that the tenure rules are effectively the decisive variable for determining the options that political representatives have to shape the personnel on the court to encourage it to overrule itself and more generally develop a jurisprudence more sensitive to democratically dominant sensibilities.

3. Rules governing the displacement of legislative decisions:

Even if courts have the jurisdiction to declare acts of the legislature unconstitutional, there are a wide range of variables that determine whether a court will in fact be able to pronounce itself on a legislative decision. First, there are rules that determine what gets before a court in the first place. Beyond rules relating to costs and formalities, that can erect considerable barriers of entry, there is the issue of standing: Who has standing to actually bring a case? Only specific actors within the institutional power structure, like specified state organs, political parties or parliamentary groups? Or also those who are adversely affected by a concrete act of enforcement authorized by legislation? Or does the jurisdiction recognize an *actio popularis*, allowing anyone to bring a challenge? Second, there is the issue of the range of issues over which the court has jurisdiction. Are

there issue areas that are off limits? Should, for example, questions of peace and security, or of social and economic rights or relating to the internal structure of political institutions be excluded from the jurisdiction of courts? Here it must suffice to point out that in order for courts to be effective contestatory institutions, it is important that anyone who is burdened by acts of public authorities must in principle be able to bring a case against public authorities to have them assess whether the imposition of that burden is justified. Even though different areas of the law might, depending on the specific forms of their institutionalization, justify different standards of review and larger or smaller degrees of deference to political actors, the outright exclusion of an area from judicial review is an unjustified denial of contestatory possibilities for those burdened by the decisions taken. Furthermore the idea of an *actio popularis* should not be dismissed too quickly. If laws impose unjust burdens of others, why should only those who are burdened be able to bring a complaint? Why should not those in whose name that unjust burden is imposed on others be able to challenge such an act? We should not be too quick to dismiss these ideas on pragmatic grounds relating to “crowded dockets” or “opening the floodgates to spurious litigation”. There may well be other, more appropriate rules that function as filter devices for courts to maintain an adequate workload.

But notwithstanding considerable variance among constitutional courts relating to these kinds of issues, one of the most under-analyzed aspects of considerable relevance for the relationship between courts and legislatures concerns judicial voting rules. Here there is a background assumption that the views of a majority of judges are decisive for determining whether an act is constitutional or not. In the US, for example, five out of nine judges are necessary to strike down as unconstitutional acts of public authorities. But of course this should not simply be taken for granted. First, there is in fact some degree of variance on this issue. In Germany, for example, it generally takes a 5:3 decision to declare unconstitutional a statute. When there is a 4:4 decision, legislation will be upheld as constitutional. Furthermore some decisions, such as prohibiting parties with a program violating basic principles of liberal constitutional democracy, require a qualified majority of 6:2. In South Korea, a 6:3 majority is generally required to strike down legislation.

The empirical variance attracts normative interest. Is it really appropriate that when there is genuine disagreement among judges and there is only a bare majority in favor of declaring a legislative act unconstitutional, that such a bare majority should be able to overrule legislative majorities? Should the judgment that an act of legislation is a rights-infringement that can not be justified under the proportionality principle not be a judgment that should be endorsed by a qualified majority? On the one hand it may well be misguided to require judicial

consensus – along the lines, say, of a consensus of jury members that the accused is guilty in criminal trials in the US as a requirement for holding him guilty – to strike down a piece of legislation. Something close to a consensus requirement would make it too easy to manipulate and effectively neutralize the judiciary as an effective contestatory institution. All that would be necessary to effectively neutralize the judiciary would be to place one or two loyal party soldiers on the bench, who would effectively wield a veto on any decision the court makes. But even though consensus appears not to be the right voting rule, it is not at all clear why a simple majority ought to be sufficient to strike down legislation. This is an area where tinkering with institutional rules and imposing requirements that go beyond simple majorities appear to be plausible.

III. Applications: The problematic cases of the UK and the US

If we take the ideal of contestatory constitutionalism as sketched in part I, how should the relationship between the constitutional judiciary and the legislative branches be designed? Which of the possible choices outlined above provides the right mix? What should the terms of engagement be? There is, of course, no universally applicable single blueprint to be derived from the discussions above. The right mix of rules depends on a variety of factors, including highly contingent nationally variant questions of constitutional and political culture. But to illustrate the power of having a principled understanding of the point of rights adjudication as sketched in part I complemented by a set of central variables instrumentally relevant for the realization of that point as discussed in part II, the following will briefly discuss two deeply problematic cases: The case of the U.K. and the case of the U.S. The first, typically described in the literature as a paradigmatic example of “weak” judicial review is too weak. The second, typically described as a paradigmatic example of “strong” judicial review, is too strong.

An effectively institutionalized right to Socratic contestation requires that a person that contests an act of public authority as a violation of his rights can have an impartial and independent body assess, whether that is in fact the case. If there is a violation of the right, an effective remedy must be provided. These standards are not fulfilled in the case of the UK. In the UK the Human Rights Act of 1998 does authorize courts to assess whether laws enacted by Parliament are compatible with the European Convention on Human Rights. Courts are required to interpret Parliamentary laws in a way that makes them compatible with ECHR rights if possible. But if legislation by Westminster is not in good faith interpretable in such a way, because it is simply incompatible with a right, then

Courts still have to apply the rights-violating statute to the case before them. They may declare the statute to be incompatible with human rights, but the only consequence of such a declaration is that Parliament gets to consider whether or not to abolish or revise the law in a fast track procedure. If Parliament does nothing the law simply continues to apply. In the end courts are unable to even provide the minimal remedy: To declare the act illegal and not applicable to the person bringing the case. Here there is no qualified veto right of rights-bearers. And instead of courts playing a genuine editorial function, their authority is comparable to bodies with a consultative function, taking a position and urging the legislature to reconsider without the authority to decide. Note how that is different in another case often discussed as an instance of “weak” constitutional review: Canada. Here the judiciary is empowered to declare invalid laws that courts deem to violate constitutional rights. The legislature can in most cases re-authorize the law by an ordinary majority, notwithstanding the court’s decision. Of course one can be skeptical of this model also: Does it not effectively make the same majority the judge of an issue that concerns its own claimed wrongdoing, violating the basic principle of *nemo iudex in sua causa*? Does this not effectively undermine the contestatory function of courts? Does that function not at require at least that a qualified majority is necessary to override the determination made by a court that a statute violates rights? This is not an easy case. But whatever the case might be, the UK form of “weak” judicial review raises concerns that disqualifies it as an appropriate institutionalization of citizens contestatory rights, whereas the Canadian model presents a more complex case.

On the other side the U.S. has institutionalized a system of judicial review that is too strong. As outlined in Part I, electorally accountable institutions must retain overall effective control not only over the legislative agenda, but also over outcomes. This is necessary to ensure a sufficiently close link between elections and the authorial function of legislation. These standards are arguably not met in the U.S. The problem there is that three institutional features work together to ensure that decisions by the Supreme Court are extremely hard to overturn and judges have an inappropriately central role to play in the overall constitutional process. On the one hand, there are the rules relating to constitutional amendments. In the US Art. V U.S.C. requires not only that a qualified majority in both houses to pass an amendment, but also the ratification of $\frac{3}{4}$ of the 50 states. This makes passing constitutional amendments an extremely burdensome process and a rare historical event. The burdensome nature of the amendment process is then complemented by life tenure of Supreme Court judges in the U.S., compared to a term of 9-12 years in most jurisdictions. There is no time limit in terms of years, there is no compulsory retirement and some judges, like most popes, stay in office long into their seventies or even eighties, until they

die. The last nine Supreme Court Justices that have either died or retired – the predecessors of current Supreme Court Justices – have remained in office for 26 years on average. The power of Supreme Court Justices is further enhanced by the fact that an ordinary majority of five out of nine judges can overturn a legislative act and many highly controversial decisions are 5:4. A simple majority rule, although very widespread among constitutional courts, works together with the other institutional features to establish the Supreme Court as an institution with power arguably unbecoming for a judicial institution.

The interplay of these institutional rules is to a large extent why the appointment of judges is widely considered one of the most important things a President does, and why coverage of Supreme Court decision-making and the analysis of judicial opinions reaches staggering proportions. If the debates relating to the legitimacy of judicial review have been so central to US constitutional culture that might not only be because of the comparatively strong democratic commitments American share when compared to some of their European counterparts, whose thinking is informed by national legacies of popularly supported fascist and communist governments. It might also have something to do with the distinctively juristocratic institutionalization of judicial power in the U.S. Compare this with the institutionalization of judicial power, say, in Germany, also a country known for its influential constitutional court: The German constitution can be amended by a simple two thirds majority in the Bundestag and Bundesrat. Since its entry into force in 1949 the constitution has been amended 60 times, a little less than once a year on average – at a rate more than 10 times as frequent as the US constitution. Judges are appointed for 12 years, not for life, and decisions generally require a 5:3 majority and in some cases a 6:2 majority¹⁰. Not surprisingly, whereas first year students are highly likely to be able to recite the names of all nine Supreme Court Justices in the US, in Germany even a Professor of public law would typically struggle to name considerably more than half of the sixteen judges on the Constitutional Court.

Clearly the different perception of judicial power and the role of individual judges can not be reduced to the variables that have been the focus here. Other factors such as the way law is taught, the way opinions are written, the role of concurring and dissenting opinions also help account for these differences. Furthermore there is a problem of judicial power in Germany, too: The constitutional court can declare invalid even constitutional amendments, when it deems them to violate certain basic principles deemed unamendable. Even though this feature of the German constitution has not played a central role historically, it

10 See Art. 15(4) Bundesverfassungsgesetz.

may do so in the future. A question that can't be pursued here is under which circumstances, if any, such an empowerment of courts is defensible.

What these discussions have hopefully provided some evidence for, is that the conventional distinction between “weak” and “strong” forms of judicial review is not helpful. The unsatisfying nature of the debate that discusses the legitimacy of judicial review by contrasting, for example, the UK with the U.S. as competing paradigms may have at least in part something to do with the fact that both of them are deeply problematic. Imagine the US constitution could be amended by qualified majority in both houses of Congress. Or even, if we take current amendment rules as given and practically unalterable: What if judges had to commit themselves to serve only for a 12 year term, thus allowing each President to appoint three judges over four years? And what if additionally the Court could declare unconstitutional legislative acts only with a 6:3 majority? Would there still be the same kind of debate on the democratic legitimacy of judicial review? Maybe not, but that, of course, is a counterfactual empirical question. The real point here is a normative one: the introduction of such reforms would clearly be a step towards appropriately institutionalizing contestatory rights against legislative majorities, while avoiding the pitfalls of juristocracy. Once the debate on judicial review is informed by a better understanding of the moral point of judicial review and the wider range of variables that need to be considered for its appropriate institutionalization, the focus changes and the range of concerns and institutional options to address them becomes clearer. What also becomes clearer is the outlier status of both the UK and the US, with the great majority of liberal constitutional democracies ranging from Canada, Columbia, South Africa, Spain or South Korea having chosen paths that appear to avoid both the pitfalls of electoral authoritarianism and juristocracy.

Bibliography

- KUMM, Mattias, 2010, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights based Proportionality Review”, *L. & Ethics Hum. Rts.*, vol. 4, pp. 140 ss.
- KUMM, Mattias, 2016, “Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism and Post-Positivist Law”, *ICON – International Journal of Constitutional Law*, no prelo.
- PETIT, Philip, 1999, “Republican Freedom and Contestatory Democratization”, in *Democracy's Value*, Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordon (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, pp. 163-190.

Federalism in 3D: The Reimagination of Political Community in the European Union

NEIL WALKER

Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations
Edinburgh Law School

CONTENTS

1. The EU Polity in 3D
2. The Limits of EU federalism: technique and affect
3. The Federal Imagination
4. The EU Federal Imagination in 3D
5. The Challenge of sub-state independence movements to the 3D perspective
6. Restaging the Federal Imagination

1. The EU Polity in 3D

The fit between the federal idea and the European Union has always been both obvious and awkward. It is obvious because there is so much about the European Union that appears to be federal in general character. A familiar and widely affirmed general definition of federalism holds it to be ‘the genus of political organization that is marked by the combination of shared rule and self-rule’¹. In terms of that bare test, the European Union appears to qualify emphatically as a species of the federal genus. Its 28 Member States, all of whom continue to enjoy sovereign statehood in international law, and to that significant extent also continue to enjoy self-rule, have nevertheless pooled and so come to share substantial powers in various areas of law and public policy at the higher, supranational level. Reinforcing the federal pattern, a number of Member States also demonstrate a federal or federal-like structure of internal relations, including Germany, the EU’s largest and most influential member, as well as Austria, Belgium, Spain, Italy and the United Kingdom. So federalism is a feature of the whole, but also of some of the parts.

Yet the European Union is also a very unusual, indeed unique species of the federal genus. On the one hand, by far the most common application of the federal idea is to the sovereign state. That is to say, the form of ‘political organization’ to which the federal label normally applies is the territorial state typical of the modern age, complete with a division of powers between a common government of the whole and geographically discrete internal ‘cantons’, ‘cities’, ‘provinces’, ‘Länder’ or even (and confusingly) ‘states’. On the other hand, to the extent that the ‘f’ root is used with reference to forms of political organization other than states, the typical stylization remains ‘confederation’. Confederation refers to a pooling or upward delegation of authority by a number of sovereign states towards a broader international authority, which is weaker than the centre of federal state in several important respects. Unlike the central government of the federal state, the confederation tends to be subject to member state veto on many issues. Its decisions bind member states but not their citizens directly. It lacks an independent fiscal or electoral base; and authority has been not ceded to it by the member states finally and irreversibly.

Both models – federal state and confederation – are in the final analysis the product of a sovereign state-centred perspective. In the one case (federal state), the sovereign state provides the framework for the entire federal relationship, whereas in the other (confederation) it provides the prior and dominant unit within the wider relationship. But if, under the sign of state sovereignty, federal

1 See R. Watts (1998), p. 112.

state and confederation are the two main federal types, this leaves the EU in an uncharted place². Lacking the omni-competence of a sovereign state but possessing a more autonomous institutional framework and more a more penetrative normative reach than a confederation, the EU, at least in the eyes of most observers³, conforms to neither of the two most familiar species of the federal genus. One way of putting this – albeit little explored – that captures a common distinction between the EU and both archetypes is to say that the kind of federalism with which the EU is associated is three-dimensional (3D) rather than the more familiar two dimensional (2D) structure. Both the federal state and the confederation imply two-level systems – in the one case the central state (the federal government) and its sub-state parts, and in the other the supra-state (the confederal institutions) and the (sovereign) state, whereas the EU recognizes (and reframes) all three of the levels implicated in this pair of two-level systems – supra-state, state and sub-state.

Hence the awkwardness in applying the federal idea to the EU – an awkwardness reflected in the range of labels that have been used in this endeavour. The EU has been called ‘quasi-federal’⁴, a ‘loose federation’⁵, an example of ‘partial federalism’⁶, a case of ‘federalism without a federation’⁷, ‘a Federation of States’⁸, and a ‘*federation d’état-nations*’⁹. To complicate matters further, federal theory also tends to lay claim¹⁰ to various other descriptors as part of a broader innominate category of federal types, and many such descriptors have also been applied to the EU. So where the EU has been described as a Union, a league, a *Bund*¹¹, ‘a compound democracy’¹², a ‘transnational consociation’¹³,

2 See e.g. the discussion of R. SCHÜTZE (2012), p. 2.

3 Some do revert to the unqualified labels. For Daniel Elazar and for Michael Burgess, for example, the EU is simply a ‘confederation’, whereas for Thomas Hueglin and Alain Fenna it is simply a ‘federation’. See e.g. M. BURGESS (2000); D. Elazar (2008); T. HUEGLIN and A. FENNA (2006); and for general discussion, see J. LAW, ‘How Can we Define Federalism?’ (2013).

4 See e.g. J. McCORMICK (2011) and D. McKAY (2001).

5 W. WALLACE (1996), pp. 439-60.

6 J.C. PIRIS (2006), pp. 69-87.

7 E. BOMBERG, J.PETERSON and A. STUBBS (2008).

8 See SCHÜTZE n2 above but also at the political level, among others famously by Joskcha Fischer, then German Foreign Minister, in his Humboldt speech of 2000, which is seen as catalyst for the European constitutional project of that decade. <https://www.google.co.uk/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=Joskcha+Fischer+confederation>.

9 See O. BEAUD (2007).

10 See e.g. A. FOLLESDAL, *Federalism*.

11 M. Avbelj (2011), pp. 818-36.

12 S. FABBRI (2007) and A. GLENCROSS (2009).

13 See e.g. R. DEHOUSSE (1998), p. 595.

a 'post-Hobbesian non-state'¹⁴, a 'commonwealth'¹⁵, a case of 'constitutional pluralism'¹⁶, or even as a previously 'unidentified political object'¹⁷, what is arguably being suggested, just as when the nominate-with-modifiers labels are invoked, is the way in which the EU imperfectly approximates an existing federal type.

But what, if anything, is at stake in this definitional disputation, and what are those involved seeking to accomplish? Certainly, if the aim is simply the *detached* one of locating the EU within a typological or taxonomical scheme of (federal) polity types, the point and the potential dividend would be unclear. Either the candidate labels, -'f' word or not, and, if 'f', with or without key modifiers – are merely suggestive of certain important features of the supranational body politic but not intended to be mutually exclusive, still less exhaustive in their referential scope, in which case there is not much of moment in the choice and little worth fighting over. Or the labels are intended as strong descriptions and are meant to be mutually exclusive. But in that case the labels claim too much, for the proof of distinctiveness demands greater detail and complexity of understanding than any mere label is capable of evoking. A purely detached approach to understanding the specificity of the EU in such capsule terms, therefore, tends towards opposite errors; either towards the easy indulgence of conceptual window-shopping or towards gratuitous and ultimately sterile disagreement.

Yet a more *engaged* approach to the question of definition is also available, and here the conceptual work matters much more. From an engaged perspective, the point of labelling is not one of passive taxonomy. The purpose is not simply to situate the European polity correctly within an inert classificatory scheme. Rather, it is to provide an active component in the understanding and ongoing construction of the EU project. The justification of such an approach might be threefold. In the first place, it might be a matter of *technique*. Here the federal idea offers a kind of epistemic key. It unlocks a rich fund of comparative and historical resources on how to do things in the federal way. These may be helpful in matters of grand constitutional design, but also in incremental institutional development and in legal decision-making more generally¹⁸. In the second place, the federal idea might possess an *expressive* significance. It might speak directly to the social and political identity of its recipients, conveying or suggesting a broader message to the EU's various audiences, internal and external, about the kind of attachments and expectations that are possible and appropriate for its

14 See P. SCHMITTER (1996).

15 See e.g. D. N. MACCORMICK (1999).

16 N. WALKER (2002), pp. 317-59.

17 As described By Jacques Delors in 1985. For discussion, see H. DRAKE (2000), p. 5.

18 See e.g. D. ELAZAR.

‘members’, as well as the kinds of attitudes to it and expectations of it that are possible and appropriate from the perspective of ‘non-members’. In the third place, the federal idea might supply a deeper *imaginative* resource. It may paint in broader brushstrokes, indicating a more expansive philosophical justification for and guidance towards a certain type of legal or political arrangement. In short, if – as we emphatically should do for a polity which has developed in such an exponential manner and following such an unprecedented course – we continue to view the EU as a work in progress after nearly 60 years, federal thinking may speak to us in one or more different registers of engagement. It may speak to our know-how and instrumental calculations as constitutional engineers, to our affects and sensibilities as actors possessing or seeking to fashion particular forms of political belonging and identity, or to our deepest reflections on the art of the politically possible and desirable

Yet while the engaged perspective better explains why the ‘f’ word and its associates might be invoked in the 3D environment of the EU, it is a perspective that offers uneven rewards and which involves risk as well as opportunity. In this paper, I want to consider the mixed virtue of the engaged federal perspective in relations to certain key recent developments in the 3D territorial politics of the EU. In a nutshell, I want to argue that the invocation of federalism considered either as a technique of government or as a direct expression of an affective relationship between people and supranational polity is of limited or even negative value in the EU, but that federalism as a basis for imaginative reflection on the nature and proper trajectory of an unprecedented political configuration fares rather better. Here, indeed, the federal imagination provides a direct challenge to the state sovereigntist perspective set out above, but does so with complex, unpredictable and as yet unresolved effects given the powerful legacy of that sovereigntist perspective. In pursuing this point, I want to focus on a particularly topical and challenging part of the European federal puzzle. I want to concentrate on the third sub-state dimension of the EU’s 3D ‘federated’ structure, and, in particular, how the development of the EU’s federal imaginative example should and can alter the spirit in which new sovereignty claims at this level are both made and received.

2. The Limits of EU federalism: technique and affect

(a) Federalism as governmental technique

Let us start with federalism as technique. What, if anything, does the ‘manual’ of federal government have to offer as a guide to the EU? Even if we limit

this inquiry to the 2D context of supranational and national levels, and the relationship between these two levels, the answer is not very much. The nub of the problem is that most thinking about federalism as a technique of institutional engineering, unsurprisingly, comes from the familiar context of the federal state. A glance at any checklist of the salient institutional features of federalism confirms this. Alongside the basic idea of a settled division of legislative competence and executive authority between the two levels of government, on such a list we would typically find the following; the supremacy of the federal constitution as the ‘higher’ source of the allocation of authority and the guarantee that the powers of neither level cannot be altered without the consent of that level; a supreme or constitutional court mandated to maintain the supremacy of the constitution by acting as final federal umpire in the demarcation of competences and also by supplying a minimum common standard of rights protection across the federation as a whole; some notion of double citizenship and allegiance to the two levels and spheres of the polity; the direct applicability of the laws of both levels upon these ‘double citizens’; and the institutionalisation of some degree of shared rule within the central legislative framework, typically through a bicameral legislature in which the lower house represents the people of the polity as a whole and the upper house represents its constituent territorial parts.

If we look at the EU, some of these features are absent, and in these cases the federal manual is irrelevant and inappropriate as a guide. Other features are present, but in a form that suggests the differences from the federal state manual are as instructive as the similarities. To begin with those features that are absent, there is no supreme federal constitution in the EU (nor, importantly, would there have been one even if the abortive Constitutional Treaty project of 2003-5 had been successful, as its pedigree remained one of international law and as it did not purport to absorb and replace the backstop constitutional authority – and sovereign self-authorisation function – of member states)¹⁹. Instead, there are separate and, where they tend to overlap, potentially competing claims to primacy on the part of supranational law, operating from Treaty foundations, and on the part of member state law, operating from state constitutional foundations. It follows from this basic absence of a canonical federal authority that there can be no supreme court mandated to maintain federal supremacy. Rather, mirroring and reinforcing the basic pluralism of authority, there are separate apex courts at EU (i.e. the Court of Justice of the European Union) and state levels, each jealously guarding the claim to ultimate authority within their own sphere of competence. This division of competence and of court jurisdiction also applies to the

19 On this, see e.g. N. WALKER (2016).

protection of rights, with the EU Charter of Rights – promulgated in 2000²⁰ but not given direct legal authority until the Treaty of Lisbon 2009 – limited to those matters within EU competence, and so co-existing both with national constitutional rights catalogues and, in a further pluralizing complication, also with the older international framework of the Council of Europe Convention and Court of Human Rights, to which all members of the EU are required to subscribe and which the EU itself is under a standing²¹ but challenging²² legal obligation to join.

What of these checklist governmental features of which we *can* find some trace in the EU? Though not present at the outset, citizenship of the Union (conceived of as an automatic derivative of member state citizenship), and so dual Union-state citizenship, was introduced by the Treaty of Maastricht of 1991. Significantly, however, while well developed in the civil and social sphere, it remains underdeveloped in the political sphere where EU citizens of second member states are not allowed to vote for or stand in national elections in member states in which they are resident but lack citizenship. For its part, direct applicability has been a vital and distinctive (from the international norm) force of EU law from the outset, both present in the Treaties and championed in the early case law of the Court of Justice. But direct legislation (primarily through Regulations) remains only one institutional option alongside indirect legislation (primarily through Directives) requiring implementing measures in the member states. Finally, the image of a bicameral legislature has become more discernible in the complex institutional mosaic at the European centre, with a gradually strengthened European Parliament representing the European people as a whole, and both the European Council and the (functionally rotating) Council of Ministers representing the state parts. But the image remains both indistinct, blurred by the stubbornly low political salience of the European Parliament compared to its member state counterparts and complicated; first, by the ‘lower chamber’ European Parliament’s continued disproportionate representation of small states in a manner that is more reminiscent of a regionally sensitive federal ‘upper chamber’; secondly, by the fragmented and indirectly elected form of the ‘upper chamber’ of European Council and Council of Ministers; and, thirdly, by the heavy involvement of the non-elected but increasingly politicised European Commission as a ‘third chamber’ in the initiation phase of European legislation²³.

20 Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01).

21 TEU, Article 6(2).

22 See *Opinion 2/13 (on accession of the EU to the ECHR)*, in which the Court ruled the Draft Agreement on Accession, itself the result of lengthy political negotiation. To be inconsistent with the broader legal and constitutional architecture of the EU.

23 See, e.g. the *Spitzenkandidaten* initiative of 2014, by which Juncker’s appointment as new Commission President was pursuant to his being the nominated candidate of the majority of the newly elected European parliament – the first time such a linkage had been made. See e.g. H. MAHONY (2015).

The inadequacy of the state federal manual as a technical guide to good government in the EU is reinforced if we adopt 3D vision and look, additionally, to the relationship between supra-state and sub-state levels. As already noted, analysis of the EU in federal terms has traditionally had little to say about this third dimension. Reflected in the popularity of labels such as 'Federation of States', and a 'federation d'état-nations', it has tended instead to concentrate on the 2D supra-state/state relationship. In some part this has to do with an (understandable) intellectual reflex to concentrate on those dimensions which bear a more obvious (though still, as we have seen, limited) family resemblance to the norm when exploring federal patterns, but it also has much to do with the EU's own historical 'regional blindness'²⁴ as an agreement between states in which the sub-state parts, regardless of how they might be recognised in domestic constitutional arrangements, simply did not register as separate actors. Yet, certainly since the institution of the Committee of the Regions almost quarter of a century ago, it has no longer been possible to disregard the sub-state dimension within the institutional profile of the EU. But, as will see below, the kinds of relationships that have developed between Brussels and the regions simply do not map onto the kind of technical checklist of federal governance we have been discussing.

(b) Federalism as an expression of political identity

If the language of federal technique fits awkwardly with the EU, the same is true of federalism as an expression of the affective relationship between people and polity. Again, the root case is the tendency to equate federalism with federal statehood.

European federalism as a self-conscious language of political identity has a complex heritage, in its modern EU-relevant form traceable back to the Ventotene Convention of 1941, the foundation of the Movimento Federalista Europeo two years later, and the inspirational role played by the Italian Eurocommunist and one time prisoner of war Alberto Spinelli in both. In this early phase, the symbolic meaning of federalism in the fledgling debate about a pan-European solution was as much corrective as constructive. It expressed a counterpoint to continental war, suggesting an alternative vision of Europe sufficiently integrated through common institutions and policies to rule out the prospect of any repetition of the century's two global conflicts.

The subsequent history of the 'f' word as an expressive factor in Europe's supranational project before and after the signing of the Treaty of Rome became more fragmented. On the one hand, the explicit version originally championed

24 J. BENOÛT (2013), p. 235.

by Spinelli gained some traction, and in 1984 Spinelli himself (by now an MEP) persuaded a majority of the European Parliament to endorse a Draft Treaty on the European Union. Spinelli's vocabulary was not only explicitly federalist, but also explicitly constitutionalist in its ambition to supply a popular founding document. However, this brand of 'constitutional federalism'²⁵ both in 1984, and in later iterations – notably the Constitutional Treaty Project of 2003-5 – has tended in the final analysis to be defeated and to be eclipsed by what is sometimes called 'functional federalism'²⁶. Functional federalism follows the alternative integration pathway famously set out by Jean Monnet, according to which supranational Europe would emerge sector-by-sector in a pattern of piecemeal progression. Common cause in the initial project of constructing an area of free trade and free movement would create spillover effects that would in time justify integration in other areas of social, economic and security policy. Where the ambition of constitutional federalism tends to be avowed, event-centred, exponential and teleological, therefore, the actual course of functional federalism has tended to be implicit, stepwise, incremental and reactive.

In the symbolic politics of European integration, there is no doubt that while the 'low road' of neo-functionalism has been followed, the 'high road' of constitutional federalism's explicit vision has suffered from its association with ideas of federal statehood. While there have been versions of constitutional federalism which do, indeed, tend in the direction of statehood, most of its prominent exponents have in fact emphasized the continuing importance of member state sovereignty alongside a more or less ambitious agenda of further integration²⁷. Yet, especially from Maastricht onwards, Eurosceptic forces in the UK and elsewhere have been very effective in associating use of the 'f' word with EU-statist ambitions, thereby tapping into the fears of those whose political identity is closely tied to the nation state and who see a certain type of integrationist ambition as an existential threat to the nation state. So entrenched has this negative association become, indeed, that even where, in response to the post-2008 fiscal crisis, there has been an unprecedented new wave of executive-led economic integration in the EU, with few exceptions²⁸ those who have been in the vanguard of that change, in particular German Chancellor Merkel and French Presidents Sarkozy and Hollande, have assiduously declined to use the 'f' word to describe their plans. As one set of commentators put it, today 'federalism is

25 See A. BORRIELLO and A. CRESPI (2015).

26 *Ibid.*

27 As with Fischer's Federation of States, n8 above.

28 Notably, the erstwhile Commission President Barroso; see 'Barroso calls for an EU federation' *Financial Times*, 12 September 2012.

both taboo and pervasive in French and German leaders' discourse'²⁹. However much it may inform or accurately describe developments, in Europe's contemporary identity politics it is an influence or direction that dare not speak its name.

As we shall see, this emphatically does not mean that the EU is incapable of influencing the affective relationship between citizens and the polities with which they are associated. Indeed, as we come to explore the deeper structure of the federal imagination we will show how it assuredly does. All that should be claimed is that the direct self-attribution of the federal label by those who speak on behalf of the EU has become an increasingly unproductive expressive option in the arena of European identity politics.

3. The Federal Imagination

What then of federalism not as a tool-kit of good government in the EU, and not as a surface expression of a political form with which people may (or, more commonly, may not) identify, but as a deeper imaginative resource and means of reflecting on the nature and purpose of our legal and political arrangements in a manner oriented towards the more general 'federal' possibility of a combined order of self-rule and shared rule? Here we encounter more promising terrain. Within the European tradition of modern political and public law thought, alongside the dominant modern state-sovereigntist tradition first fully developed in the 16th century writings of Jean Bodin, an alternative trail leads back to Johannes Althusius, the Calvinist political philosopher of the same era. Whereas the sovereigntist approach emphasized the primacy of the state system internationally and the indivisibility and 'top-down' pattern of sovereign authority domestically, in so doing encouraging the restrictive confederation-federal state duality of conventional federal wisdom, the Althusius approach stressed instead a 'bottom-up' covenantal view of human society³⁰. According to this view, the political order as a whole is a compound association-of-associations established by citizens on the basis of their consent-grounded basic communities. In contrast to the sovereigntist approach, the image is one of a mosaic connecting different forms of community rather than of a unifying hierarchy, of evolved rather than imposed order, of an organic process rather than a reified state form.

The broad federal vision of a combined order of self-rule and shared rule, of course, has many and varied historical sources and influences³¹, and the point is not to accord any particular priority to Althusius in accounting for the

29 See Borriello and Crespy n25 above, p. 504.

30 For discussion, see e.g. D. ELAZAR (2001).

31 *Ibid.* See also FOLLESDAL, n10 above.

contemporary influence of federalist thinking in the European supranational context. Rather, it is to stress the long historical significance in Europe of an alternative projection of modern political society of which Althusius's thought was both reflection and reinforcing cause³², and which has continued in the institutional form of many modern European multinational states as well as through the example of key global precedents in the USA and elsewhere.

Although its genealogy is again complex and multi-faceted, the introduction of the concept of 'subsidiarity', which speaks to the same broader aspect of the legal and political imagination as does the historical lineage of federalism, into the general lexicon of EU law by the Treaty of Maastricht, is also revealingly suggestive of this continuity³³. The Treaty version of the subsidiarity principle holds that other than in those limited areas where it has exclusive competence, 'the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level'³⁴. For present purposes what is most telling about this formulation is threefold. In the first place, there is the default presumption in favour of the more local level of authority in the absence of a special justification for central authority, a presumption that chimes with the covenantal emphasis on the primacy of the local community. In the second place, there is the specification of a graduated or spectral conception of authority – an attribute properly located at variable levels within a multi-layered set of possibilities depending on circumstances, rather than categorically assigned to one site or another. Again this chimes with the deeper image of federalism, in particular the idea of the structure of political authority as a multiform mosaic. In turn, this indicates a third and more particular significance. For, with its reference to the 'regional and local level', the concept of subsidiarity specifically penetrates below the level of the state in contemplating a more encompassing federal-style conception of layered authority.

4. The EU Federal Imagination in 3D

How then, in manner which can neither draw on the federal state manual nor style itself in explicitly federal terms, does the EU's treatment of the third level of

32 Including some of the earliest federations such as the Helvetic Federation (in Switzerland), the Holy Roman Empire and the United Netherlands.

33 For discussion, see N. WALKER (2015).

34 TEU Art. 5(3).

sub-state authority specifically draw upon the federal imagination of a combined order of self-rule and shared rule?

As noted above, with the passing of the Maastricht Treaty of 1992, a Committee of the Regions emerged as a consultative body to the other institutions. Its somewhat marginal early role was improved under the Lisbon Treaty of 2009, which requires the Commission, Council and Parliament to consult it on matters concerning local or regional government, and which also allows the Committee to challenge EU laws that may fall foul of the principle of subsidiarity³⁵. Regions also benefit from their legal recognition as regions through access to European structural funds administered through their member states, and through rights-based and anti-discrimination measures that guarantee linguistic and cultural protection for minority groups. More generally, the economic and political structure of a supranational union can provide avenues of opportunity to regions not available within the solitary state. Regions now have free access to a community-wide market of 500 million people, and these open frontiers can help promote joint economic activity and encourage cultural connections between regions. And alongside this horizontal network of 'paradiplomacy'³⁶, there are also new political ties in the vertical structures of European governance, particularly through the European Free Alliance (of nationalist, regionalist and autonomist parties) in the European Parliament and the establishment of the informal Conference of European Regions with Legislative Power.

These institutional, regulatory, economic and political forms of encouragement of sub-state autonomy have recently begun to be reflected and reinforced at the constitutional level of EU law. Initially, this higher-level recognition was resisted not only due to the political weight of sovereign member weight interests in the making of supranational Europe, but also according to the deeper logic of international law. The principle of the international autonomy of the state has traditionally held that the state can organise itself in whichever way it chooses internally, provided it honours its international obligations. It followed from this that an international organisation such as the EU had neither right nor duty to examine, supervise or control how states configured themselves internally. A second principle of State personality reinforced this first principle by linking title to authority. Just as the state is the decisive judge of its own internal relations, in international law it is only states, or further entities created by states in the international domain, that are recognised as having legal standing in international law.

35 For an overview, see D. G Internal Policies 'The Role of National Parliaments in Regional Policy under the Treaty of Lisbon' http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/users/malfons/public/REGI%202012/pe438580_en.pdf.

36 See e.g. F. ALDECON and M. KEATING (1999).

Gradually, however, this international law-driven orthodoxy of regional blindness in the constitutional structure of the EU has given way to a more active form of recognition. In the first place, the Court of Justice, reflecting and reinforcing the institutional and other developments set out above, has gradually come to accept a degree of constitutional, decisional and financial autonomy on the part of regions possessing a certain measure and status of political and administrative self-government. On account of their special position, such self-governing regions no longer fall foul of state aid or anti-discrimination rules in matters such as the raising of taxes and the payment of agricultural subsidies³⁷. Secondly, the Treaty of Lisbon itself has added a clear duty on the part of the EU to respect the national identity of states, with specific reference to their ‘fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government’³⁸. Cumulatively, these developments suggest that the meaning of respect for the institutional autonomy of states in international law, at least as viewed through the lens of EU law, is slowly being turned on its head. Far from actively *precluding* the EU from taking account of how the state organises itself internally, the relevant international principle has begun to be construed so as to *incorporate* such an expectation³⁹.

5. The Challenge of sub-state independence movements to the 3D perspective

The third dimension of EU federalism has assumed a new salience in recent years with the development of strong independence movements in Scotland, Catalonia, Flanders and other federal or quasi-federal regions of EU member states. In Scotland and Catalonia in particular, matters have come to a head. A constitutionally validated independence referendum in Scotland last September was narrowly lost (55-45%), while a constitutionally non-validated plebiscite⁴⁰ in Catalonia a few weeks later actually favoured independence. Subsequent electoral success for independentist parties in May (Scotland) and October (Catalonia) of 2015, together with the ‘Brexit’ referendum of June 2016 which

37 See e.g. Case C 88/03 *Portugal v Commission* [2006] ECR I-7155; Case C-428/07 *Horvath v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs* [2009] ECR I-6355.

38 TEU Art. 4(2).

39 BENOETXEA, above n24.

40 On the Spanish Constitutional Court’s refusal to recognize the constitutionality of a referendum in 2014, see V. FERRERES CORNELLA (2014); see also J. GARCÍA OLIVA (2015).

The Scottish National Party won 56 out of 59 Scottish seats in the May 2015 UK general election, based upon 50% of the popular vote.

advised against continuing EU membership of the wider UK of which Scotland is still part, has ensured that the question remains very much live in both places⁴¹.

In either case, the question of subsequent membership of the EU by the seceding state – the so-called ‘internal enlargement’ question⁴² – has loomed large. The independence movements have been largely pro-EU, and, certainly, their popular support has favoured continued EU membership. But the actual course and prospects for a transfer of membership in these unprecedented circumstances have remained stubbornly unclear. Should an independent (or aspiringly independent) Scotland or Catalonia follow the ordinary Treaty amendment procedure for existing Member States under Article 48 TEU in seeking to secure the continuing membership of its citizens? Or should it follow the conventional accession route for aspiring Member States under Article 49? Whichever route it followed, would that route imply certain success, or at least its strong expectation, and, better still for the supporters of independence, would it entail a rapid and seamless acknowledgement of Scotland’s place at the European table? Does the Treaty’s horizontal obligations of sincere co-operation and solidarity between Member States, together with the vertical framework of rights and responsibilities connecting the EU with its citizens, ground a legal duty on all parties to negotiate Scotland or Catalonia’s entry in good faith?⁴³ And will Scotland’s position be enhanced if and when Brexit goes ahead and independence becomes the only means to secure the continuing EU membership of Scottish citizens? Or should new internal states simply take their place at the end of a long queue of candidate states from Central Europe and beyond, with no legal basis for special treatment or consideration, and no guarantee or even legitimate expectation of eventual success? And tied up with these threshold questions, on what terms could new internal states expect to negotiate entry? In Scotland’s case, the constitutional gravity of the referendum vote together with the peculiarities of the UK’s semi-detached membership gave these questions a particularly pressing relevance. Could Scotland (as the supporters of independence wished) seek to rely on UK opt-outs on Schengen, or the Euro – the latter particularly important in light of the pro-independence campaign’s tenacious commitment, against the opposition of the UK Government, to stick with the

41 In Catalonia, the pro-independence parties won 72 out of 135 seats in the regional election of September 25th 2015, which had been presented by them as a ‘de facto’ plebiscite (a ‘de jure’ plebiscite having been forbidden under the ruling of the Spanish Constitutional Court [n7 above]). The result, however, was far from an unambiguous success for the independence camp as they won only 47.7% of the popular vote. See e.g. D. GARDNER (2015). See also GARCIA OLIVA, n39 above.

42 See e.g. N. WALKER (2016).

43 On which, see e.g. DAVID EDWARD (2012).

sterling currency?⁴⁴ And would Scotland's prospects of relying on these opt-outs disappear if and when the Brexit process was concluded and the UK itself had left the EU club?

These ongoing developments undoubtedly provide a profound test of the EU's 3D federal imagination, posing hard questions concerning what difference the EU has made, what contribution it can or should continue to make, and what (if any) should be its public posture on these matters. Yet this same profound test also promises a dividend by enriching our broader thinking about the limits of the federal imaginary in a world in which a sovereigntist logic remain a powerful factor in international relations, and, conversely, about the limits of the sovereigntist imaginary in a world in which a federalist logic is becoming more powerful in both infra-state and transnational relations.

The basic challenge can be presented as follows. On the one hand, the EU, as we have seen, has helped stimulate the development of third-level regional political identity in its supranational context through its gradual and tentative unfolding of a broader federal vision, and, indeed, if we are to take its broader remit as an exercise in post-statist federal thinking seriously, this stimulating influence should be approved. On the other hand, that this encouragement should lead, by extension, to the articulation and pursuit of new claims in the old state sovereigntist register, would seem to challenge, and in one view, contradict, the basic premises of such post-statist federal thinking.

44 See e.g. The Scottish Government's independence manifesto *Scotland's Future: Your Guide to an Independent Scotland* (2013) chapter3 <http://www.gov.scot/resource/0043/00439021.pdf>. Clarity on these matters would have allowed for a more informed assessment ahead of 'D' day by all involved in the drawn out constitutional drama – a more considered appraisal of the risks attendant upon the choice for or against an independent Scotland. But clarity was not in fact forthcoming. Instead, the emergence before the vote of a clear and precise legal picture of the membership prospects of an independent Scotland was probably always a naïve hope. There are, after all, no precedents for 'internal enlargement' of the EU following the separation of an existing member state, no Treaty provisions directly in point, and no obvious forum outside of the political process where a definitive statement of the relevant law can be supplied or enforced. (See e.g. S. DOUGLAS-SCOTT, 2014.) And even if we were to reach agreement on the best understanding of the relevant law, or at least to acknowledge some legal positions as more persuasive and widely supported than others, and even if we were to assume there was a forum in which the most persuasive version could be definitively pronounced, it is not clear how far that would take us. For most plausible interpretations of the relevant law seem in any case only to fill in some of the background and leave much to the discretion, negotiating position and even the strategy of conformity of the relevant parties. So, for example, the majority of informed opinion may favour the Article 49 route – the bespoke accession clause – over Article 48, (See e.g. RICHARD HOYLE, 2014) but whichever is chosen leaves much in the way of timing and terms to the negotiation of the Member States and the various supranational institutions. Similarly, we may agree that, as a new Member State, an independent Scotland would under present Treaty rules be required to commit in principle to membership of the Euro, but as membership is conditional on meeting various convergence criteria which are under the (partial) control of the states themselves, that still leaves a significant margin of manoeuvre to the new state in the post-accession phase. (See e.g. ANDREW SCOTT, 2012). In a nutshell, then, even if *legal clarity* had been forthcoming, that would not have produced *legal certainty of outcome*, since the relevant law is concerned much more with process and conditional requirements than with final outcomes.

A forcible statement of the view that such an extension would be self-contradictory, and should be recognised as such by the EU in a clear policy of non-admission of new internal members, has been put forward by Joseph Weiler in his recent interventions on Catalonia and Scotland⁴⁵. He begins by noting that just as national minorities in existing Member States who presently enjoy extensive forms of individual and collective freedom have no automatic right to secede as a matter of general international law, so, too, the EU in its accession and general membership policy should not be expected to indulge the independence claims of these un-oppressed sub-state nations. To the contrary, the very ethos of integration, reconciliation and continental solidarity that has fed the European project from its post-War beginnings should cause the EU, and all those who endorse the best understanding of its broadly federalist foundations, to take a dim view of any separatist, and so necessarily sovereigntist, impulse that seems to betray these founding virtues. From this perspective, therefore, far from having a stronger claim than those external candidates who have benefited from the EU's extensive post-Cold War Enlargement, as has often been suggested or assumed by supporters of internal enlargement over (or at least alongside) external enlargement, those nations already comfortably nested inside the EU's Western European heartland should be refused a safe supranational haven if they insist on the path to independence.

Various counters may be suggested to the Weiler approach. In the first place it is in danger of not taking a people's own view of its preferred collective future seriously enough. Whether we are dealing with the Scottish or the Catalan case or that of any other national minority, should not more store than Weiler allows be set by an aspiring nation's own sense of what is the constitutionally adequate vindication of its desire for collective autonomy? If nothing short of independence is deemed sufficient from the perspective of the constituency in question as an affirmation of shared political identity, it is difficult to see why such a subjective collective aspiration should be summarily dismissed in favour of a supposedly objective standard of adequate individual and collective freedom – one that, incidentally, always leaves in successful place another and prior but far from necessarily morally superior claim to nation-statehood. The EU, after all, already respects these already established sovereign claims within its broader federal vision, and it might be argued that this is as much (or as little) a performative contradiction as the acceptance of new sovereign claims.

On the face of it, international law, with its high threshold of a 'right' to self-determination, serves both to reinforce the Weiler argument, and remind

45 On Scotland, see JOSEPH WEILER (2015). This piece sparked wider debate on the blog in the week before the Scottish referendum. For my own contribution, see N. WALKER (2015). On Catalonia, see J. H. H. WEILER (2012).

us of that same conservative sovereigntist orientation. Its establishment-biased concern has always been with the minimum necessary disturbance of the existing international distribution of sovereign authority rather than the fairest and fullest accommodation of self-determination claims. Yet international law today is becoming more fluid on this matter than first impressions suggest. There are, in fact, competing philosophies bubbling under its doctrinal surface⁴⁶. The present position tends to reflect the Remedial Right or Just Cause theory, according to which secession is only justified if some basic injustice stands present and uncorrected, such as a historically unconsented annexation, a continuing lack of protection of the basic rights and security or economic interests of a region, a pattern of systematic group discrimination, or a breach of an existing agreement of autonomous self-government or of the protection of distinct collective rights⁴⁷. Yet in a post-colonial age in which international law has gradually come to recognize and support the democratic tide in matters of state formation, this approach is increasingly challenged by a more generous Primary Right or Choice theory according to which any community which views itself as a distinct national community and which has a special association with a particular territory possesses a claim to sovereign self-determination⁴⁸. And, in practice, there is evidence of a creeping convergence of these positions in the relevant jurisprudence. Since the landmark *Quebec Secession*⁴⁹ decision of the Canadian Supreme Court some jurists have begun to proceduralise the right to self-determination into something like a right of a national group 'to be taken seriously'⁵⁰ in its efforts to secede from an existing state. That is to say, even though there continues to be no automatic entitlement absent a standing injustice, the articulation of a desire for independence on the part of a sub-state national group, ideally through the mechanism of referendum, should be sufficient to trigger a requirement on the part of the existing state to negotiate in good faith with the sub-state nation over their aspirations for independence.

But even if, notwithstanding these shifts in general international law and the conventional morality of international relations, a special case for the EU as an entity possessing and pursuing a unique historical mission to make internal secession unacceptable and unnecessary can be advanced along the lines advocated by Weiler, it seems unduly dogmatic to use this to justify a rigid policy against continued membership of new internal states. There are, after all, other

46 See e.g. S. MANCINI (2012), pp. 483-7; A. PATTEN (2002).

47 See e.g. the many works of ALLEN BUCHANAN (2004); see also W. NORMAN (2006).

48 See e.g. D. PHILPOTT (1995; 1998); WELLMAN (1995); H. BERAN (1998).

49 *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217. The emphasis here is again on clarity of legal process rather than certainty of outcome, to revert to a distinction drawn at n44 above.

50 See in particular, J. KLABBERS (2006); see also C. BELL (2014).

and rival views of the deeper purpose and distinct regional mission of the European Union, with the emergent 3D federal vision introduced above to the fore. The priority given in the Preamble to the TEU to the principle of subsidiarity, the deepening significance of EU citizenship as a horizontal relationship amongst persons as multi-level Europeans rather than state nationals, the growing institutional recognition of sub-state identity through the Committee of the Regions and various mechanisms of regionally sensitive distribution of supranational funds, reflect an alternative and more autonomy-friendly perspective.

Bu this merely restates the problem. How, if at all, do we reconcile these competing ‘stretchings’ of the federal imagination? They offer two quite distinct styles of post-state federalism, one protecting a modified form of national sovereignty and the other countenancing new sub-state sovereigntist projects? One cautious view would hold that the complex balance of reasons on either side, together with a prudential concern that the EU not express itself as the decisive authority on this matter – *a concern closely related to the broader symbolic dangers, discussed above, of an assertive EU becoming typed as a federal state in the making* – means that, regardless of the ‘right’ answer in political morality, the public policy of the EU on accession should surely remain agnostic.

The EU has *in fact* taken an agnostic approach. The Commission (mainly through its Presidency) alone amongst the European institutions has been prepared to speak on the matter, but in so doing has said as little as possible⁵¹. Their attitude has been to avoid controversy and deflect responsibility by stressing the need to cleave to the existing framework of legal rules *and* political practice as a template of disinterested and deferential process. That is to say, their stance has been one of ‘legalism *plus*’, gesturing to the procedural rules, but also to the leeway for the exercise of political discretion on the part of the Member States these rules permit, as together supplying the appropriate decision pathway, and in so doing excluding themselves from any active influence over that decision and absolving themselves of any responsibility for it. The policy position that emerges from Brussels’ attitude of prudential minimalism

51 As was Barroso’s repeated tendency when President of the Commission. His warning of the possible negative reactions of some Member States, and the dangers this posed to the accession process, was most explicitly stated on UK nationwide television in the BBC’s Andrew Marr show on February 17th 2014, sparking a very lively reaction. For comment, see N. WALKER (2015). The Commission’s stance was somewhat softened later in the year when the then President Elect, Jean-Claude Juncker, remarked that, as an internal applicant, a newly independent Scotland, having completed a constitutionally recognized secession from the UK, would be deemed already to meet ‘core-EU requirements’ and so, to that very limited extent, would be treated as a special and separate case; <http://www.scotsman.com/news/politics/top-stories/independence-juncker-sympathetic-to-scotseu-bid-1-3482266>. For fuller discussion, see N. WALKER (2015).

I have described elsewhere as one of 'conservative neutrality'⁵², in which the state-protective orientation of domestic constitutional norms on secession and the equally state-centred slant of their own European procedures on accession are emphasized and their close adherence promised. In this perspective, the EU institutions, already uncomfortable under the heavy contemporary burden of unavoidable political judgment in matters as controversial as the sovereign debt crisis and (more recently) mass immigration, instead defer in the self-determination context to a process that inevitably (re)empowers the Member States themselves individually and collectively.

One ironic, and potentially self-defeating, consequence of this, however, is that, as substance need not follow form, the EU's formal deference to domestic constitutional norms permits substantively different outcomes. Scotland, in this perspective, has benefited from an increasingly permissive constitutional culture in the UK in which the Union state has come to accept the continuing right of its parts to self-determine their own future, whereas the Spanish federal constitution has remained firmly locked against the politically powerful claims for a referendum from its Catalan part. The EU's acquiescence in the national constitutional position on secession in each case implies an acceptance of quite different answers to the plebiscitary aspirations of two sub-state nations.

6. Restaging the Federal Imagination

Does this not, however, suggest a scenario in which the pursuit of the federal imagination to take account of an unprecedented 3D development is simply trumped by, and so becomes compromised by the EU's ideologically-rooted expressive timidity? Perhaps so, but perhaps, alternatively, neutrality *could* amount to more than this cautious pragmatic reflex. There is, after all, a significant difference between merely avoiding the question of principle for fear of courting political controversy, which seems to have largely characterized the EU's actual approach, and answering the question of principle through a position of *considered neutrality* in which, as set out above, the existence of reasonable alternative interpretations of the public philosophy of the EU means that it would be unwarranted for the EU to take a categorical stance one way or the other. What is more, and what is crucial, in any case the EU can contribute and should be understood as contributing something other to the Scottish debate, and to that of the sovereign aspirations of any European sub-state nation, than the role of ethical gatekeeper whose authority is dubious and, if exercised, liable to breed

52 *Ibid.*, 168-77.

resentment and bring the authority of the EU itself into disrepute. Considered neutrality, in short, need not imply an absence of influence.

How is this so? If the EU's hands are tied in terms of what it says and *does* here, what it is as a political entity *nevertheless* has significance for the debate on secession. For, crucially, in ways some of which are little remarked but broadly experienced, the EU's very existence as a developing 3D federal formation alters the stakes of political nationalism. In the first place, and in material terms, by pooling significant sovereign powers above the state and encouraging new forms of recognition below the state the EU demonstrates that the choice between national independence and continued incorporation in another state is far from being an all-or-nothing affair. In particular, as we have seen, and as Weiler underlines, by supplying various economic and social rights and measures of non-discrimination it offers the kind of cosmopolitan freedom that guarantees against the systematic ill treatment of minority nations and nationalism within existing state forms. In the second place, however, and perhaps more importantly, by supplying a new level of political identity (including a new form of citizenship) and a new point of reference for interpreting national identity, the EU surely also changes the significance of national sovereignty and its alternatives for matters of political identity. Here the work of the federal imagination becomes closely linked to affective questions of belonging, but does so through a deeper adjustment of perspectives rather than through any expressive project of federal self-naming on the part of the EU. Just as 'independence in Europe', as in the Scottish nationalists' longstanding slogan, conveys a very different meaning and sense of collective identity than would, say, the 'separatism outside Europe's Northern edge' of a unattached Scotland, so too 'Britain in Europe' is much less isolationist than without its qualifier (as is currently threatened by those who have succeeded in their referendum campaign against continuing British membership of the EU continuing British membership of the EU)⁵³, and 'Scotland-in-Britain-in Europe' suggest a much less subordinate native identity than merely 'Scotland in Britain'.

As the examples imply, the argument here cuts both ways. The protective presence of the EU certainly offers a spur to new projects of national sovereignty. Yet it also supplies a set of considerations that makes the project of new statehood less consequential, and, in the instant Scottish case, provided we could trust in *continuing* UK membership of a *continuing* EU (both of which statuses hang by a precarious thread as we enter 2017) less relevant, arguably unnecessary, and in the eyes of some sub-state nationalists at least, ultimately redundant. Of course, it is precisely this sense that the EU is materially and

53 See e.g. S. DOUGLAS-SCOTT (2014).

symbolically adept at securing the kinds of guarantees and forms of individual dignity and collective recognition whose presence are generously accommodating of many species of sub-state nationalism and whose absence might otherwise fuel and justify independentist claims that lies behind Weiler's insistence that the EU should also be explicitly and concretely resistant to new forms of legal and political identity divisive of existing Member States. But, in my view, the first claim should be allowed to stand or fall on its own merits. The EU, as we have seen, simply lacks the legitimizing presence to play a robust directorial role in treating the internal secession question, but its background work of 'stage redesign', so to speak, of reframing how we see and experience the goods of political community in ways that are highly relevant to that same question, has nevertheless been profound.

The 'carrot' of current membership of an EU that is developing a strong post-state federal imagination, therefore, should be its own incentive, without the 'stick' represented by the raw threat of future exclusion. As we face the prospects of further and more intense pressure from European national movements, the supranational case for the accommodation of these sub-state nations within the existing pattern of statehood remains better served, and served with less prospect of collateral damage to the supranational project itself, by emphasizing the space for the expression and realization of national political interests that Europe offers in the here and now, rather than by dire warnings of privations to come for those that might opt otherwise.

In the final analysis, the EU cannot avoid receiving 'old' state-sovereignist claims regarding the terms and conditions of membership, whether the authors of these claims are themselves old or new. What it can provide in response to these claims, and in anticipation of all future claims, is twofold. On the one hand, it can offer a considered neutrality that is careful not to over-reach its own legitimacy as a federal non-state. On the other hand, and more tellingly, it can continue with its pioneering, federal-imagination-stretching example in a novel 3D environment, subtly altering the texture and moderating the significance of such sovereignist claims and so reducing the material or symbolic stakes for those who stand on one side or other of the identity struggles that inevitably attend the making and remaking of political community.

Bibliography

- AVBELJ, M., "Theory of European Union", *European Law Review*, vol. 35, 2011, pp. 818-36.
- BEAUD, O., *Théorie de la Fédération*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007.

- BELL, C., “What we talk about when we talk about international constitutional law”, *Transnational Legal Theory*, vol. 5, 2004, pp. 241-284.
- BENGOETXEA, J., “Autonomous Constitutional Regions in a Federal Europe”, in *Federalism in the European Union*, E. Cloots, G. De Baere and S. Sottiaux (eds.), Hart, Oxford, 2013, pp. 230-48.
- BERAN, H., “A Democratic Theory of Political Self-Determination for a New World Order”, in *Theories of Secession*, P. Lehning (ed.), Routledge, London, 1998, pp. 32-59.
- BORRIELLO, A./CRESPI, A., “How to not speak the F- word: Federalism between mirage and imperative in the euro crisis”, *European Journal of Political Research*, vol. 54, 2015, pp. 502-524.
- BUCHANAN, Allen, *Justice, Legitimacy and self-determination*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- BURGESS, M., *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, Routledge, London, 2000.
- DEHOUSSE, R., “European Institutional Architecture After Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?”, *Common Market Law Review*, vol. 35, 1998, pp. 595-627.
- DOUGLAS-SCOTT, S., “British Withdrawal from the EU: An existential threat to the United Kingdom?”, *Scottish Constitutional Futures Forum Blog*, October 2014; <http://www.scottishconstitutional futures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/4411/Sionaidh-Douglas-Scott-British-Withdrawal-from-the-EU-an-Existential-Threat-to-the-United-Kingdom.aspx>.
- DRAKE, H., *Jacques Delors: Perspectives on a European Leader*, Routledge, London, 2000.
- EDWARD, David, “Scotland and the European Union”, *Scottish Constitutional Futures Forum Blog* December 2012; <http://www.scottishconstitutional futures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/852/David-Edward-Scotland-and-the-European-Union.aspx>
- ELAZAR, D., *Constitutionalizing Globalization: The Postmodern Revival of Confederal Arrangements*, Rowman and Littlefield, Lanham, 2008.
- ELAZAR, D., “The Significance of Federalism in Redesigning Constitutional Systems”, *Jerusalem Center for Public Affairs*; available at <http://www.jcpa.org/dje/articles/fed-constsys.htm>.
- ELAZAR, D., “The United States and the European Union: Models for their epochs”, in *The Federal Vision*, K. Nicolaidis and R. Howse (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 31-53.
- FABBRINI, S., *Compound Democracies: Why the United States and Europe are Becoming Similar*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

- FERRERES CORNELLA, V., "The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's 'Right to Decide' (Comment on the Judgment 42/2014)", *European Constitutional Law Review*, vol. 10, 2014, pp. 571-590.
- FOLLESDAL, A., *Federalism* Stanford Encyclopedia of Philosophy; available at <http://plato.stanford.edu/entries/federalism>.
- GARCÍA OLIVA, "Catalonia in Spain: The Significance of the 25th September 2015 Elections", *UK Constitutional Law association Blog*; July 2015 <http://ukconstitutionallaw.org/2015/07/24/javier-garcia-oliva-catalonia-in-spain-the-significance-of-the-25th-september-2015-elections>.
- GLENCROSS, A., *What Makes the EU Viable? European Integration in the Light of the US Antebellum Experience*, Basingstoke, MacMillan, 2009.
- HUEGLIN, T./ FENNA, A., *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, Broadview Press, Peterborough, 2006.
- KLABBERS, J., "The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law", *Human Rights Quarterly*, vol. 28, 2006, pp. 186-206.
- LAW, J., "How Can we Define Federalism?", *Perspectives on Federalism*, vol. 5, number 2, 2013, pp. 89-120.
- MANCINI, S., "Secession and Self-Determination", in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, M. Rosenfeld and A. Sajo (eds.), Oxford University Press, Oxford, pp. 481-500.
- MCCORMICK, J., *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- MCCORMICK, J., *European Union Politics*, Palgrave, Basingstoke, 2011.
- McKAY, D., *Designing Europe: Comparative Lessons from the Federal Experience*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- NORMAN, W., *Negotiating Nationalism; Nation Building, Federalism and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- PATTEN, A., "Democratic Secession from a Multinational State", *Ethics*, vol. 112, 2002, pp. 558-586.
- PHILPOTT, D., "In Defense of Self-Determination", *Ethics*, vol. 105, 1995, pp. 352-85.
- PHILPOTT, D., "Self-Determination in Practice", in *National Self-Determination and Secession*, M. Moore (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 79-102.
- PIRIS, J. C., "The European Union: Towards a New Form of Federalism?", in *Patterns of Regionalism and Federalism: Lessons for the UK*, J. Fedtke and B. Markesinis (eds.), Hart, Oxford, 2006, pp. 69-87.
- SCHMITTER, P., "If the Nation-State Were to Wither away in Europe, What Might Replace It?", in *The Future of the Nation State*, S. Gustavsson and L. Lewin (eds.), Nerenius & SanteYus, Stockholm, 1996, pp. 90-131.
- SCHÜTZE, R., *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012.

- SCOTT, A., "An Independent Scotland Could not be required to adopt the Euro as its Currency", *Scottish Constitutional Futures Forum Blog*, November 2012; <http://www.scottishconstitutional futures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/480/Drew-Scott--An-Independent-Scotland-Could-Not-be-Required-to-Adopt-the-Euro-as-its-Currency.aspx>.
- WALKER, N., "Beyond Secession? Law in the Framing of the National Polity", in *Nationalism and Globalisation*, S. Tierney (ed.), Hart, Oxford, 2015, pp. 155-84.
- WALKER, N., "Constitutional Pluralism Revisited", *European Law Journal*, vol. 26, number 4, 2016 (forthcoming).
- WALKER, N., "Hijacking the Debate", *Scottish Constitutional Futures Forum Blog*, February 2015; <http://www.scottishconstitutional futures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/3068/Neil-Walker-Hijacking-the-Debate.aspx>.
- WALKER, N., "Internal enlargement in the European Union: beyond Legalism and Political Expediency", in *Troubled Membership in the European Union*, C. Closa (ed.), forthcoming, Cambridge University Press, 2016); also available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2676025.
- WALKER, N., "Scotland and the EU: A Comment", *Verfassungsblog*, September 2015; <http://www.verfassungsblog.de/scotland-eu-comment-neil-walker/#.Vg5BlvVhBc>.
- WALKER, N., "Subsidiarity and the Deracination of Political Community", SSRN (2015); available at <https://www.google.co.uk/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=walker%20subsidiarity%20and%20the%20deracination>.
- WALKER, N., "The Idea of Constitutional Pluralism", *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 317-59.
- WALLACE, W., "Government Without Statehood: The Unstable Equilibrium", in *Policy-making in the European Union*, H. Wallace and W. Wallace (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 439-60.
- WATTS, R., "Federalism, Federal Political Systems and Federations", *Annual Review of Political Science*, 1, 1998, pp. 117-37.
- WEILER, Joseph, "Catalonian Independence and the European Union", *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, pp. 909-913.
- WEILER, Joseph, "Scotland and the EU: A Comment", *Verfassungsblog*, September 2015; <http://www.verfassungsblog.de/scotland-eu-comment-joseph-h-h-weiler/#.VgJnup1waUk>
- WELLMAN, C., "A Defence of Secession and Political Self-Determination", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 24, 1995, pp. 142-171.

Atos de aplicação de Sanções Contratuais: Sua Natureza Jurídica e Regime Processual

Mário Aroso de Almeida

Professor da Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa

Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul
de 11 de fevereiro de 2016, Rec. n.º 11777/15

1. Vem este comentário a propósito do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 11 de fevereiro de 2016, Rec. n.º 11777/15, que julgou improcedente uma ação de anulação intentada contra decisão arbitral que dirimiu um litígio respeitante a um contrato de empreitada de obra pública. E, mais especificamente, quanto a apenas um dos pontos apreciados no Acórdão: o de saber se a decisão arbitral incorreu em excesso de pronúncia ao proceder à redução de determinadas multas que tinham sido aplicadas no âmbito da relação contratual.

Com efeito, resulta do Acórdão que, no âmbito da relação contratual, o dono da obra tinha aplicado multas contratuais ao empreiteiro e que este não tinha procedido, na ocasião, à respetiva impugnação.

Ora, na decisão que proferiu, o Tribunal Arbitral assumiu que não devia apreciar a questão das multas contratuais “no plano da validade do ato administrativo da sua aplicação, mas no âmbito da sua justificação em apreciação global da empreitada, isto é, no âmbito da execução do contrato”, pelo que não se pronunciaria “sobre os aspetos formais da aplicação das multas contratuais, mormente quanto à validade do ato administrativo e ao prazo para a sua impugnação”, mas decidiria “quanto às questões substanciais, verificando se, na apreciação geral da execução do contrato de empreitada, houve atrasos que justificassem a aplicação de multas contratuais no valor estabelecido”. E, com base nesta distinção, procedeu à redução das multas contratuais, por entender que “os atrasos só parcialmente são imputados ao empreiteiro e que o valor da sanção contratual é manifestamente excessivo”.

Esta posição do Tribunal Arbitral foi corroborada pelo Tribunal Central Administrativo, nos seguintes termos:

“Decorre do discurso jurídico fundamentador: o Acórdão Arbitral conheceu das multas contratuais e da redução do valor aplicado pela aqui demandante no contexto da execução do contrato de empreitada por parte das aqui Demandadas dentro dos limites do pedido múltiplo e respetiva substanciação vazados nas petições iniciais, e não no contexto do juízo de validade dos atos administrativos de aplicação das multas *maxime*, do efeito jurídico declarado traduzido no valor pecuniário das multas.”

“Atento o objeto da causa tal como as ora Demandadas construíram os pedidos e substanciaram a causa de pedir, mostra-se absolutamente irrelevante a exceção da caducidade do direito de impugnação das citadas multas, posto que não tem cabimento no contexto da fundamentação de direito da decisão arbitral à luz do bloco normativo aplicável.

“E também não tem cabimento jurídico o alegado excesso de pronúncia na redução das multas aplicadas exatamente porque, na lógica do objeto do processo vazado nas petições das ora Demandadas, o Tribunal Arbitral teve em

conta a concretização pecuniária do efeito jurídico declarado pela ora Demandante com as multas aplicadas – que manteve, note-se, na medida em que não julgou em via repristinatória do *status quo ante* por efeito anulatório – e procedeu ao encontro compensatório entre o montante das multas e os montantes arbitrados pelo Tribunal...”

2. Não podemos concordar com a posição assumida por ambos os tribunais, que nos parece claramente errônea.

Em primeiro lugar, porque, como claramente resulta dos excertos transcritos da decisão arbitral, esta não manteve as multas aplicadas, limitando-se a proceder a um “encontro compensatório entre o montante das multas e os montantes arbitrados pelo Tribunal”, como pretende o Acórdão do Tribunal Central Administrativo: muito pelo contrário, a decisão arbitral determinou expressamente a redução das multas contratuais, estabelecendo para cada uma delas um valor diferente daquele que o dono da obra lhe tinha fixado.

Por outro lado, constitui um evidente sofisma a distinção que no Acórdão Arbitral se pretendeu estabelecer, e que o Tribunal Central Administrativo entendeu corroborar, entre um pretense plano formal, em que se situaria a questão da validade dos atos de aplicação das multas, e um pretense plano das “questões substanciais”, em que cumpriria verificar se “houve atrasos que justificassem a aplicação de multas contratuais no valor estabelecido”.

É que, na verdade, a questão da validade dos atos de aplicação de multas não se situa num plano meramente formal. Os atos de aplicação de multas devem obediência a critérios materiais de que depende a sua validade. Situa-se, portanto, no plano da validade desses atos, e em nenhum outro, a questão de saber se, no momento em que eles foram praticados, se preenchiam os pressupostos para a aplicação das multas – para o efeito de saber se os atrasos ocorridos tinham sido ou não imputáveis ao empreiteiro, e em que medida – e se elas foram aplicadas no respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Por conseguinte, quando o Tribunal Arbitral se pronunciou sobre o montante das multas aplicadas e procedeu à respetiva redução, por entender que “os atrasos só parcialmente são imputados ao empreiteiro e que o valor da sanção contratual é manifestamente excessivo”, ele não fez outra coisa senão apreciar a validade dos atos de aplicação das multas em causa e proceder à anulação parcial desses atos, por erro nos pressupostos e violação do princípio da proporcionalidade. Ou seja, não fez outra coisa do que aquilo que tinha dito não pretender fazer: apreciar a questão das multas contratuais “no plano da validade do ato administrativo da sua aplicação”. Como se fosse, aliás, possível apreciar a questão das multas contratuais “no âmbito da sua justificação” sem as apreciar “no plano da validade do ato administrativo da sua aplicação”...

3. O mais curioso e interessante de analisar no Acórdão em apreciação e na decisão arbitral sobre a qual ele se pronunciou reside, entretanto, no argumento central que em ambos os arestos é invocado: o de que, como o empreiteiro não procedeu, no âmbito do processo arbitral, à impugnação dos atos de aplicação das multas, não é relevante, no âmbito desse processo, o facto de ele não ter procedido, em devido tempo, a tal impugnação.

O argumento é lapidariamente sintetizado no seguinte trecho do Acórdão do Tribunal Central Administrativo, já atrás transcrito: “Atento o objeto da causa tal como as ora Demandadas construíram os pedidos e substanciaram a causa de pedir, mostra-se absolutamente irrelevante a exceção da caducidade do direito de impugnação das citadas multas, posto que não tem cabimento no contexto da fundamentação de direito da decisão arbitral à luz do bloco normativo aplicável.”

O raciocínio parece ser o seguinte. Não se recusa que o empreiteiro está sujeito ao ónus de proceder à impugnação dos atos de aplicação de multas dentro dos prazos gerais previstos na lei processual, não podendo, pois, deduzir o pedido de impugnação de tais atos fora desses prazos. Mas, ainda que o interessado não proceda à tempestiva impugnação dos atos em causa e, portanto, ainda que estes atos se tornem inimpugnáveis, nem por isso ele fica impedido de obter efeito equivalente ao da sua anulação, total ou parcial, desde que seja no âmbito de um processo com diferente objeto, em que essa pretensão como que se dilui.

Ora, este raciocínio é manifestamente erróneo e é inaceitável, por pôr em causa os fundamentos mais profundos do regime da impugnação dos atos administrativos.

Com efeito, resulta de modo muito claro do artigo 38.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) que o ónus da impugnação tempestiva de atos administrativos é indissociável do princípio, que lhe é conatural, de que “não pode ser obtido por outros meios o efeito que resultaria da anulação do ato administrativo” que não foi devidamente impugnado no momento próprio e que, por isso, se tornou inimpugnável.

A preclusão da possibilidade de proceder à impugnação de um ato administrativo não se projeta, pois, apenas no plano formal, de impedir o interessado de deduzir pedidos de impugnação contra esse ato para além do prazo de impugnação, mas também se projeta no plano das “questões substantivas”, que a decisão arbitral em referência pretendeu colocar num mundo à parte. Na verdade, a partir do momento em que um ato administrativo deixe de poder ser impugnado pelo seu destinatário, ele passa a definir a sua situação jurídica em termos que ele não pode mais questionar, ainda que no âmbito de processos cujo objeto, embora não seja de impugnação do ato em causa, esteja com ele relacionado.

Esta é uma consequência que resulta do facto de os atos administrativos serem expressão do poder que a lei confere à Administração de dizer unilateralmente o Direito, determinando em que termos se definem certas situações jurídicas. Os atos administrativos são, na verdade, atos jurídicos unilaterais, que exprimem o exercício do poder que à Administração é conferido de introduzir unilateralmente efeitos jurídicos na esfera de outrem, sem o concurso da respetiva vontade. E por este motivo se entende que a força jurídica típica dos atos administrativos se reconduz à sua obrigatoriedade, vinculatividade ou imperatividade, que se concretiza na sua vocação para definir situações jurídicas com força vinculativa, tanto para o próprio autor do ato, como para os seus destinatários¹.

É atributo dos atos administrativos que qualquer pessoa ou autoridade – com exceção dos sujeitos que disponham do poder de promover e dos tribunais que disponham do poder determinar a respetiva anulação – está obrigada a reconhecer e aceitar as definições jurídicas por eles introduzidas no mundo jurídico, sem poderem pôr em causa a sua existência². Mas, mais do que isso, a obrigatoriedade dos atos administrativos implica que eles se impõem aos seus destinatários, tal como à própria Administração que os pratica, obrigando, tanto a uns como a outra, a acatar os respetivos efeitos, se ou enquanto eles não forem removidos nem modificados³.

É isto que explica o ónus de impugnação dos atos administrativos. Com efeito, ainda que a Administração se arrogue posições infundadas, a verdade é que ela não o faz através de simples declarações sem relevo jurídico formal, mas através de atos administrativos que vinculam os respetivos destinatários. Daí a necessidade da impugnação e da anulação de tais atos, que, suprimindo

1 Para mais desenvolvimentos, cfr., por todos, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, 2015, pp. 231 segs.

2 A doutrina alemã refere-se frequentemente, a este propósito, à produção de um *Tatbestandswirkung* do ato administrativo. A exemplo do que sucede com as sentenças judiciais, parece, no entanto, que esse conceito deve ser utilizado para outro fim: cfr., por todos, a atenta análise de SEIBERT, *Bindungswirkung von Verwaltungsakten*, Baden-Baden, 1989, pp. 73 segs., *maxime* 81-82. Na verdade, mais não está, aqui, em jogo do que o dever que a todos se impõe de reconhecerem a existência na ordem jurídica dos efeitos que foram introduzidos por atos administrativos eficazes, se e na medida em que esses efeitos se mantenham e não sejam eliminados: por isso se afigura desnecessário autonomizar aqui um qualquer efeito suplementar do ato em relação ao que os alemães qualificam como a sua *Beachtlichkeit*.

3 Por contraposição à *Beachtlichkeit* por força da qual todos têm de reconhecer o facto da existência do ato administrativo e dos efeitos por ele produzidos, autonomiza alguma doutrina alemã o conceito de obrigatoriedade (*Verbindlichkeit*), para designar, mais precisamente, o efeito vinculativo (*Bindungswirkung*) do ato, que se concretiza na sua capacidade para se impor aos respetivos destinatários, tal como à própria Administração que o emiteu, obrigando, tanto a uns como a outra, a acatar os respetivos efeitos, enquanto o ato não for removido nem modificado: cfr. SEIBERT, *op. cit.*, p. 160. Uma obrigatoriedade que é, afinal, como vimos atrás, a força jurídica típica do ato administrativo e é, de resto, comum a todos os atos jurídicos dos poderes públicos, caracterizando, por isso, também as sentenças (cfr., por todos, ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 5.ª ed., Milão, 1992, pp. 263-264).

os efeitos jurídicos por eles produzidos e desse modo restabelecendo a situação jurídica que teria existido na sua ausência, se destina a produzir um efeito simétrico àquele que por eles foi introduzido no mundo jurídico.

Ora, é em posição de radical confronto com este conjunto de princípios basilares da Teoria Geral do Direito Administrativo que o Acórdão em análise se coloca.

4. Em defesa da posição assumida no Acórdão, pode argumentar-se que tudo o que foi dito faz sentido, em tese geral, mas não no contexto particular em análise, dos atos de aplicação de multas contratuais, aos quais não fará sentido aplicar o regime dos atos administrativos, designadamente no que diz respeito ao ónus da sua impugnação tempestiva.

Cumprе, na verdade, recordar que, até à entrada em vigor, em 2008, do vigente Código dos Contratos Públicos (CCP), a questão da natureza jurídica dos atos que procedem à aplicação de sanções previstas para a inexecução de contratos administrativos, tal como, aliás, de vários outros tipos de declarações que o contraente público pode proferir no âmbito da relação contratual administrativa, era tradicionalmente controvertida na jurisprudência, que, aliás, entendia que do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas resultava a impossibilidade da prática de atos administrativos pelo dono da obra no âmbito da execução destes contratos⁴.

E, pela nossa parte, não temos dúvidas em concordar que, *de iure condendo*, essa era a melhor solução, sendo conhecidas as críticas que, desde 2008, vimos dirigindo ao forte componente autoritário que o CCP optou por imprimir às relações contratuais administrativas⁵, nelas introduzindo uma importante dimensão, atinente aos atos administrativos destacáveis da execução do contrato, cujo fundamento e regime, na verdade, não tem natureza contratual, porque resulta diretamente de lei imperativa⁶.

4 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 367-368 e 727-728, e as referências aí indicadas; e MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.^a ed., vol. II, Coimbra, 1986 (reimpressão), p. 1273.

5 Na conseguida síntese de um dos principais defensores, na doutrina mais recente, desse modelo autoritário, o regime do contrato administrativo, muito particularmente no que se refere ao regime dos atos administrativos que o contraente público pode praticar no exercício dos poderes de conformação que a lei lhe confere, é “um regime jurídico que, na sua essência, se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de *supremacia jurídica* sobre o seu contratante: aquela entidade fica pois investida de certos *poderes públicos de autoridade* – as por vezes designadas ‘prerrogativas exorbitantes’ – que *desigualizam* as posições em que as partes estão colocadas. No espaço em que a supremacia jurídica da Administração pode afirmar-se, a relação contratual é uma relação de *poder público vs. sujeição* (e não de direito vs. dever).” Trata-se, na verdade, de “um regime jurídico que confirma, ao nível da contratação administrativa, o *princípio da prevalência do interesse público*, que, neste caso, reclama que a ‘lógica do contrato’ ou do *pactum* ceda diante da ‘lógica da função’”: cfr. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo – Uma instituição do nosso tempo*, Coimbra, 2003, pp. 33-34.

6 Cfr. ainda PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 105-106.

A verdade, porém, é que, hoje, resulta sem margem para dúvidas do n.º 2 do artigo 307.º do CCP que revestem a natureza de ato administrativo as declarações do contraente público que se traduzem na aplicação de sanções previstas para a inexecução do contrato administrativo, sem que, entretanto, o Código estabeleça um regime diferenciado para os contratos de empreitada de obra pública. Por muito que nos custe, entendimento contrário a este é, portanto, hoje, desconforme com o vigente ordenamento jurídico-administrativo português.

Ora, uma vez que o CCP os qualifica como atos administrativos, os atos de aplicação de sanções contratuais estão sujeitos ao regime comum que, para aquela categoria de atos jurídicos se encontra definido no Código do Procedimento Administrativo (CPA) e no CPTA. Resulta, assim, deste regime que a *anulabilidade* é o regime-regra de invalidade dos atos administrativos (cfr. artigos 161.º e 163.º do CPA), pelo que, quando os interessados entendam que um ato administrativo é ilegal e pretendam promover a fiscalização da sua legalidade, sobre eles recai, por regra, o ónus de procederem à respetiva impugnação dentro dos prazos que, para o efeito, se encontram legalmente estabelecidos, sob pena de não mais poderem obter a remoção do ato da ordem jurídica e, portanto, subtrair-se aos efeitos que por ele foram determinados⁷.

E, por outro lado, resulta do já mencionado artigo 38.º do CPTA que a preclusão do prazo de impugnação de um ato administrativo só permite que a sua ilegalidade ainda possa ser declarada, a título incidental, no âmbito de processos que não se dirijam à respetiva impugnação desde que não seja para obter o efeito que resultaria da anulação do ato inimpugnável, mas para obter resultados que não ponham em causa os efeitos jurídicos cuja produção foi determinada pelo ato⁸. Significa isto que, se um ato administrativo impuser um dever e o obrigado já não o puder impugnar, ele não pode subtrair-se ao cumprimento desse dever, promovendo a apreciação incidental da legalidade do ato em causa no âmbito de um processo que não tenha por objeto a impugnação desse ato: diz-se que o ato administrativo formou *caso decidido* sobre a matéria⁹.

Concretizando, no que respeita aos atos a que nos estamos a referir, de aplicação de multas contratuais, daqui resulta que a preclusão do direito de impugnação deste tipo de ato implica que, nem o ato nem os efeitos que por

7 Cfr., por todos, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, 2016, p. 274.

8 Sobre o regime do artigo 38.º do CPTA, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 254 segs., com outras referências.

9 Cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 412 segs; VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Coimbra, 2015, pp. 204-205.

ele foram impostos, podem mais ser questionados, para o efeito de poder ser posto em causa o dever de cumprir a sanção correspondente. Se o interessado não pretender cumprir a sanção, ele tem, pois, o ónus de proceder à impugnação tempestiva do ato que a aplicou, sob pena de deixar de poder furtar-se ao seu integral cumprimento.

5. Ainda em defesa da posição assumida no Acórdão em análise, pode alegar-se que a solução que daqui resulta é incongruente, por permitir a ocorrência de contradições lógicas entre decisões, na medida em que, num processo cujo objeto não seja a impugnação do ato de aplicação de multa, se chegue, para outros efeitos, à conclusão de que os pressupostos daquele ato não se preencheram.

Cumprе, porém, recordar que, como é desde sempre assinalado pelos processualistas, o caso julgado apenas visa impedir contradições práticas entre decisões, e não contradições meramente lógicas¹⁰. Ora, o mesmo sucede com o *caso decidido* que resulta do *efeito preclusivo* decorrente da inimpugnabilidade do ato administrativo anulável.

É, na verdade, ilógico que num processo se conclua, para certos efeitos, que alguém não cometeu um ilícito e, ao mesmo tempo, se deixe subsistir intocada uma decisão que, com base em pressuposto contrário, lhe impôs uma sanção. Mas não há qualquer contradição prática nisso, pois é perfeitamente possível que o sujeito em causa suporte a sanção e, por outro lado, veja ser-lhe reconhecido um direito com fundamento na demonstração de factos contrários àqueles em que se tinha baseado a aplicação da sanção.

Tal como sucede com as sentenças transitadas em julgado, também os atos administrativos que, nos termos enunciados, formem *caso decidido* não podem ser questionados em si mesmos, quanto ao efeito que determinam, mas já no que se refere aos pressupostos em que se baseiam, estes só ficam cobertos pelo caso decidido com um efeito relativo, isto é, eles não se tornam indiscutíveis em absoluto, em si mesmos, mas como pressuposto da decisão que formou caso decidido e só nessa medida, em função do efeito que essa decisão determinou: trata-se, na verdade, da pura e simples transposição para o plano da nossa análise da construção que, em processo civil, imputa apenas o efeito de *caso julgado relativo* à verificação judicial da causa de pedir, que a sentença transitada em julgado não torna indiscutível em absoluto, em si mesma, mas apenas como pressuposto da decisão transitada, e só nessa medida¹¹.

10 Nesse pressuposto assenta, na verdade, o entendimento tradicional de que a autoridade de caso julgado só cobre o dispositivo, e não os fundamentos da sentença: para a apreciação do tema, com outras referências, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre a autoridade de caso julgado das sentenças de anulação de atos administrativos*, Coimbra, 1994, pp. 34 segs.

11 Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Limites objetivos do caso julgado*, Lisboa, 1968, pp. 152 segs. e 169.

Isto significa que o ato administrativo que aplique uma sanção contratual, a partir do momento em que deixe de poder ser questionado, forma caso decidido quanto ao dever do obrigado de a cumprir e torna indiscutível que ele cometeu os ilícitos que lhe são imputados, mas, nesta parte, só para o efeito de sustentar a imposição daquele dever – de onde resulta que, para outros efeitos, pode vir a ser entendido, designadamente no âmbito de processo judicial que não tenha por objeto a impugnação do ato sancionatório, que os referidos ilícitos não ocorreram.

É que o ato administrativo não certificou, com força de caso decidido, que o ilícito foi cometido, a não ser para o estrito efeito de aplicar a correspondente sanção. Mesmo depois de formar *caso decidido*, ele não impede, pois, que, para outros efeitos, se venha a concluir que assim não foi – isto, porém, desde que seja *para outros efeitos*, que não para o efeito que o ato teve por objeto, que foi o de impor a sanção, exigindo o respetivo cumprimento. Pois viola o disposto no n.º 2 do artigo 38.º do CPTA a decisão que, no acerto final de contas entre as partes, tenha o alcance de eximir o cocontratante, no todo ou em parte, da obrigação, que se consolidou na sua esfera jurídica, de suportar a sanção que lhe foi aplicada e que ele não impugnou em devido tempo.

Aplicando tudo o que acaba de ser dito ao caso em análise, deve, pois, concluir-se que, embora eventualmente reconhecendo, para outros efeitos – porventura, para o efeito da condenação do dono da obra ao pagamento dos sobrecustos correspondentes –, que os atrasos ocorridos não foram integralmente imputáveis ao empreiteiro, o Tribunal Arbitral não podia ter procedido, com esse fundamento, à apreciação das multas contratuais, para o efeito de determinar a sua redução. E isto porque essa apreciação só podia ser feita no âmbito da impugnação dos atos de aplicação das multas, que não foi, em devido tempo, promovida pelo empreiteiro.

A eventual condenação ao pagamento dos sobrecustos, tal como aos demais pagamentos a que o dono da obra fosse condenado pelo Tribunal Arbitral, daria, naturalmente, origem a um crédito em que o empreiteiro ficaria constituído sobre o dono da obra, por efeito da sentença. E, se as multas contratuais ainda não tivessem sido pagas, haveria, naturalmente, lugar a uma compensação entre o montante das multas e os montantes arbitrados pelo Tribunal, como é referido no Acórdão em análise.

Mas nada disto tem que ver com redução das multas. Esta não era, pura e simplesmente, possível no âmbito do processo em causa, pelo que, a nosso ver, o Tribunal Arbitral incorreu, efetivamente, em excesso de pronúncia ao proceder a tal redução.

6. Um último ponto deve, a nosso ver, ser ainda referido a propósito da presente análise, apenas para notar que a circunstância de o ato administrativo

que aplica a sanção formar caso decidido implica que a validade do ato não pode ser questionada, com fundamento na alegação de ilegalidades de que o ato enfermasse no momento em que foi praticado. Depende, entretanto, do direito material aplicável à relação jurídica na qual se inscreve o ato em causa saber se factos supervenientes podem relevar para o efeito de introduzir efeitos jurídicos novos que alterem a situação jurídica que o ato tinha definido.

Ora, cumpre, a esse propósito, ter presente que o artigo 403.º do CCP admite que possa haver lugar à aplicação de sanções em caso de incumprimento de prazos parciais de execução da obra por facto imputável ao empreiteiro, assegurando a este o direito ao reembolso das quantias pagas, caso recupere o atraso na execução dos trabalhos e a obra seja concluída dentro do prazo de execução do contrato. Ora, resulta do artigo 307.º, n.º 2, do CCP que, tenha sido válida ou anulável a imposição de sanções por inobservância de prazos parciais de execução de uma empreitada, a não impugnação dos atos administrativos que as apliquem implica a formação de caso decidido, com a consequência de que o empreiteiro não pode subtrair-se a elas. Mas se, entretanto, ele vier a cumprir o prazo final da empreitada, o artigo 403.º, n.º 3, do CCP estabelece que se constitui na esfera jurídica do empreiteiro um direito ao reembolso das quantias pagas a título de sanção.

Como é evidente, se o empreiteiro vier a fazer valer este direito, ele não estará a impugnar de modo intempestivo os atos de aplicação das sanções que não impugnou no momento próprio, mas a fazer valer uma nova situação subjetiva, que projeta efeitos jurídicos supervenientes sobre a mesma relação jurídica em que aqueles atos se inscreveram, em relação à qual é indiferente a questão da validade dos atos sancionatórios aplicados e que, como tal, pode e deve ser reconhecida no momento do acerto final de contas entre as partes no contrato.

Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA

354 págs, Almedina/ICJP, Coimbra, 2016

Alexandre Sousa Pinheiro/Tiago Serrão/
Marco Caldeira/José Duarte Coimbra

Luís Fábrica

Professor da Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa

Uma queixa comum dos aplicadores do Direito é a de que os livros jurídicos nunca contêm a resposta, ou a resposta clara e direta, às questões que de facto interessam para a vida prática – pelo menos para a vida prática daquele concreto aplicador, com maior ou menor perícia técnica. A ser fundada esta queixa, uma primeira nota de originalidade da obra aqui recenseada é o propósito expresso de dar respostas claras e diretas às dúvidas práticas suscitadas pelos aplicadores do novo Código do Procedimento Administrativo (CPA), começando precisamente pela dúvida – talvez não tão prática assim... – de saber se este é um novo código ou uma revisão do anterior (pág. 37).

Escrito por docentes e investigadores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o livro teve origem na convicção dos autores, forjada na sua experiência de académicos e formadores, de que proliferam no universo prático-aplicativo dúvidas fundadas sobre aspetos fulcrais dos novos regimes do CPA, suscetíveis de prejudicar sobremaneira uma aplicação eficaz e uniforme. Para ajudar a superar essas dúvidas, afastaram-se quer do modelo expositivo de cariz manualístico, estruturado segundo os quadros lógicos ínsitos à regulamentação, quer da anotação clássica, que abrangeria todos os preceitos da lei, numa ordenação sequencial. Em função das necessidades sentidas e dos objetivos visados, a opção seguida foi a de organizar as cerca de 300 páginas de texto em 125 pares de perguntas e respostas, renunciando de antemão a cobrir todos os artigos, muito menos todas as questões, para se concentrarem nos artigos que introduzem inovações em face do anterior código e nas questões por eles suscitadas com maior relevo prático. Encontram-se, por isso, numerosos artigos sem qualquer pergunta anexa, ao passo que outros dão origem a várias: 8 perguntas para os arts. 14.º e 63.º, 7 para o art. 168.º, 6 para o art. 112.º, 5 para os arts. 55.º e 87.º, etc. Os índices inicial e final revelam-se adaptados à estrutura e finalidades da obra, reproduzindo o teor das 125 perguntas, assim como o artigo do CPA a que cada uma se refere.

O aparente – e em certa medida real – desequilíbrio formal do texto tem assim de ser encarado e relativizado à luz dos propósitos e da natureza da obra, que conduziram a privilegiar os aspetos inovadores do CPA e, de entre estes, aqueles que mais dúvidas suscitam num auditório de operadores práticos, de acordo com a experiência dos autores. A mesma explicação subjaz à ausência das notas de rodapé; sem prejuízo, a bibliografia final contém um utilíssimo apanhado das publicações que têm por objeto aspetos do novo CPA (incluindo o projeto colocado a discussão pública), assim como das obras que já o levaram em conta no respetivo texto. Já numa perspetiva mais substancial, nota-se que o desígnio de resolver dúvidas aplicativas conduziu a excluir do texto divagações teóricas e conceptuais, assim como elaborações dogmáticas que não se repercutissem diretamente no sentido da resposta a dar à questão colocada.

Num balanço autocrítico, os autores reconhecem que o texto é parcelar e não definitivo, encontrando-se aberto a reelaborações futuras, com alargamento do elenco das perguntas formuladas.

Lida a obra – da qual a generalidade dos destinatários retirará seguramente muito proveito –, importa questionar se o resultado final responde adequadamente às intenções expressas pelos autores.

A apresentação formal do texto, sua principal originalidade, afigura-se prática e eficaz. Para um utilizador muitas vezes condicionado pelo tempo, encontrar facilmente a “sua” dúvida e a correspondente resposta representa uma vantagem inestimável, ainda que à custa de um ou outro pormenor. Seria desejável, todavia, numa futura edição, que se auspícia, a inserção em cabeçalho, margem ou rodapé da indicação do artigo a que se refere a resposta dada em cada página. De facto, quem abrir o livro na pág. 50, só na página 60 obterá uma indicação de qual o preceito a que se referem aquelas dez páginas de texto anterior (e outro tanto ocorre, *v. g.*, entre as págs. 86 e 92). A não identificação do artigo torna-se notória precisamente nos artigos mais procurados, pois são estes que dão lugar, por regra, a um número maior de perguntas. Esta falta torna-se ainda mais perturbadora para o leitor não familiarizado com a obra, que confundirá facilmente a numeração dos artigos com a numeração das perguntas.

Mais importante, todavia, é questionar em que medida existirá um aplicador-tipo que represente paradigmaticamente o destinatário de uma obra com esta natureza. Dito de outro modo: será viável estabelecer uma bissectriz no vasto e heterogéneo universo dos aplicadores do CPA – que envolve juristas e não juristas, juízes e funcionários, especialistas e leigos – e definir em função dela as características do texto, eliminando simultaneamente as questões mais complexas e as de cariz mais prático? Decerto conscientes da dificuldade, porventura inultrapassável, de definir o “aplicador-médio”, os autores parecem ter optado ao invés por um método *attrape-tout* de distribuir as perguntas pelas diversas categorias de operadores jurídicos envolvidos na aplicação do CPA, de modo a que todos e cada um pudessem retirar alguma utilidade da consulta da obra.

Não parece, todavia, que esta heterogeneidade dos destinatários explique por inteiro uma certa variabilidade na pertinência das próprias perguntas – e, conseqüentemente, no proveito retirado das correspondentes respostas. Concretizando: encontram-se ao longo da obra numerosas perguntas cujo enunciado, a nosso ver, corresponde plenamente aos objetivos dos autores de esclarecer em termos práticos e objetivos as dúvidas aplicativas suscitadas pelo texto legal, com apoio sempre que possível na doutrina já existente. Entre tantas outras, assim sucede com as perguntas n.º 12 (“*Podem os tribunais vir a anular actos, regulamentos ou contratos administrativos invocando a violação*

do princípio da boa administração?”), n.º 30 (“Qual a consequência de, em sede de delegação de poderes, os actos praticados pelo delegado valerem como se tivessem sido praticados pelo delegante?”), n.º 53 (“Quem detém competência revogatória e anulatória de um acto complexo praticado no contexto de uma conferência deliberativa?”), n.º 92 (“Todos os regulamentos administrativos devem ser publicados simultaneamente no Diário da República e na Internet?”) ou n.º 124 (“Em que casos pode recorrer-se para o delegante ou subdelegante da actos ou omissões do delegado ou subdelegado?”).

Noutros casos, porém, a pergunta parece surgir da resposta e não vice-versa, ou seja, a pergunta é feita apenas porque se entende dever tratar de um tema: sucederá talvez assim com a pergunta n.º 14 (“Qual a justificação e o alcance das diferenças de formulação do princípio da imparcialidade administrativa?”), com a n.º 72 (“Qual o regime jurídico do início do procedimento regulamentar?”) ou com a n.º 90 (“O legislador consagrou mais do que um tipo de comunicação prévia?”). E outras perguntas traem a intenção prático-aplicativa dos autores, ao apresentarem uma clara nota de artificialidade, no sentido de não parecer plausível que um aplicador as coloque, ao menos por via de regra e com a formulação adotada: será o caso da pergunta n.º 26 (“Qual a dimensão do princípio da administração aberta no CPA?”), da n.º 121 (“Qual o motivo para a diferença entre os poderes decisórios do autor do acto recorrido e do órgão competente para conhecer do recurso, no que respeita ao sentido da decisão a proferir?”) ou da n.º 123 (“Qual o significado e quais as implicações do n.º 4 do art. 198.º?”).

Claro que os autores tiveram de fazer uma seleção das questões a tratar e assumem, além disso, o carácter inevitavelmente aberto e incompleto da obra. Nenhuma destas circunstâncias retira ao texto o seu elevado mérito e a sua evidente utilidade – sublinhada, aliás, pela clareza pedagógica da escrita. Mas é precisamente esse mérito e essa utilidade que faz o leitor lamentar que os autores não tenham podido – ainda – alargar o seu esforço clarificador a matérias de notável relevância prática como a exclusão do efeito anulatório prevista no n.º 5 do art. 163.º, a interpretação a dar à famigerada norma do n.º 7 do art. 168.º ou as questões suscitadas pelos diversos pontos de articulação entre o CPA e o Código dos Contratos Públicos. A valia do contributo – e não só para os práticos do Direito – faz por isso aguardar com compreensível expectativa a publicação de uma edição ampliada, que mantenha e aperfeiçoe as características originais da obra.

VOLUME I

n.º 1

jan. 2017

DIREITO PÚBLICO

DOCTRINA

As gerações, o rio e o oceano \ **Axel Gosseries**

Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas
nos sistemas jurídicos multinível \ **J. J. Gomes Canotilho**

Constitutional Courts and Legislatures:
Institutional Terms of Engagement \ **Mattias Kumm**

Federalism in 3D: The Reimagination of Political Community
in the European Union \ **Neil Walker**

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Atos de aplicação de Sanções Contratuais: Sua Natureza Jurídica
e Regime Processual \ **Mário Aroso de Almeida**

RECENSÃO

Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA \ **Luís Fábrika**



www.uceditoria.ucp.pt



ISSN: 2183-9336

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR