

X ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

ANA GOUVEIA MARTINS
ANABELA LEÃO
BENEDITA MAC CRORIE
PATRICIA FRAGOSO MARTINS
(coordenação)





X ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

**ANA GOUVEIA MARTINS
ANABELA LEÃO
BENEDITA MAC CRORIE
PATRICIA FRAGOSO MARTINS**
(coordenação)

Edição

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Dezembro de 2017

ISBN: 978-989-8722-25-6



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt

Imagem da capa:

Arquivo Thinkstock/Getty Images

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Democracia Transnacional ¹

SUZANA TAVARES DA SILVA ²

Sumário: 1. Democracia transnacional: breve caracterização; 2. A crise da democracia; 3. As “novas aceções” da democracia; 4. A democracia transaccional; Notas finais

Palavras chave: Democracia transnacional; crise; pós-democracia; liberalismo

Abstract: 1. *Transnational democracy in a nutshell*; 2. *The Crisis of Democracy*; 3. *Democracy: “new approaches”*; 4. *“Traded” democracy*; *Final notes*

Key Words: *Transnational democracy; crisis; pos-democracy; liberalism*

¹ O texto corresponde ao registo escrito da intervenção oral no X Encontro de Professores de Direito Público, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2017, o que explica o carácter tópico do discurso.

² Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pátio da Universidade. 3004-545 Coimbra. E-mail: stavares@fd.uc.pt.



A democracia – todos sabemos – é uma forma de governo baseada na legitimidade popular e constitui, até ao presente, o modelo ideal de “auto-governo” de uma comunidade. De resto, a comunidade internacional erigiu o regime democrático, juntamente com a consagração de um catálogo de direitos fundamentais, à categoria de elemento determinante para a existência de um Estado de Direito. Mas isso não significa que esteja tudo dito sobre esta matéria, que a democracia seja um *acquis* inquestionável e, até, que não se apontem hoje sintomas significativos de *crise* das democracias, como iremos ver.

Mas comecemos por definir o tema que nos foi proposto, e que, para sermos rigorosos, nos obriga a contar a sua pequena história (*story*). À semelhança da “vírgula fatal” e de galhas famosas que tornam as obras valiosas, também a preparação desta participação no Encontro de Professores de Direito Público começou com uma “galha”. No email inicial que propunha o tema lia-se “democracia transaccional” em vez de “democracia transnacional”. O episódio não mereceria referência se aquela galha não nos tivesse proporcionado – como acabaria por suceder – um conjunto de reflexões sobre o sentido possível do conceito de “democracia transaccional”. Reflexões que nos parecem dignas de registo e partilha, também na versão escrita da nossa intervenção.

Assim, optámos, quer na intervenção oral, quer agora que procedemos ao seu registo escrito, por tratar o tema da *democracia transnacional* em todas as suas possíveis acepções – desde as construções teóricas para a identificação de expressões de democracia supranacional, ou seja, manifestações democráticas não baseadas na cidadania do Estado-nação, até às diversas tentativas de ingerência externa de alguns Estados ou de entidades internacionais na política interna de outros Es-

tados-nação em nome da garantia da democracia – e por deixar algumas pistas de reflexão quanto à possibilidade de dar um sentido ao conceito de *democracia transaccional*, integrando-a em uma das razões para a crise da democracia.

1. Democracia transnacional: breve caracterização

Em regra, quando a literatura se refere à *democracia transnacional* vem de imediato à ideia o *caso Haider*, quando, em 2000, catorze Estado-membros da União Europeia, pela voz de António Guterres (Portugal assumia nessa data a presidência da União, quando esta ainda era rotativa), decidiram ameaçar diplomaticamente o Governo de Viena com um “isolamento” caso este viesse a integrar no seu elenco membros do partido de extrema-direita de Jörg Haider. Não será exagerado dizer que o Mundo foi surpreendido por esta intromissão inédita das Instituições Europeias na política interna de um Estado-membro e pelas consequência que daí advinham, também no plano nacional da democracia austríaca, pois o objectivo deste ultimato era impedir ou neutralizar a efectivação prática do que haviam sido os resultados eleitorais no contexto de umas eleições livres. As correntes socialistas e sociais-democratas regozijaram-se naquela época com a “maturidade política” que este episódio revelava em relação à União Política Europeia e às suas potencialidades na neutralização de correntes políticas que procurassem explorar os populismos e a xenofobia – talvez os que então se regozijaram sejam os mesmos que hoje, volvidos quase vinte anos sobre aquela “conquista”, ainda estejam a tentar perceber o que é que falhou no projecto europeu para conduzir ao Brexit, o que é que explica o sucesso eleitoral de políticos “sem ideologias” e porque é que estamos novamente a discutir os “populismos” na Europa do século XXI³.

3 Sobre os populismos de direita e de esquerda e o seu significado actual v. Cas MUDDE e Cristóbal ROVIRA KALTWASSER, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017.



A *democracia transnacional* pode, contudo, assumir diferentes significados⁴, que vão desde a necessidade de democratização das instituições transnacionais até à tentativa de instituição de novos modelos democráticos supranacionais, de que a União Europeia é um exemplo. Estes novos modelos democráticos apresentariam características híbridas e *sui generis*, uma vez que não exigiriam a constituição de uma organização política nova de tipo federativo ou confederal, erigindo-se, em alternativa, como uma forma de integração assente sobre o modelo de Estado-nação baseado numa “soberania duplicada”, como pressupunha a proposta apresentada por Habermas em 2014⁵.

No essencial, e segundo este novo modelo democrático político-organizativo, cada cidadão europeu integraria simultaneamente duas comunidades políticas: *i)* a nacional, onde participaria no processo político com os seus co-cidadãos do Estado-membro respectivo; e *ii)* a europeia, onde, a par com os Estados-membros, os cidadãos poderiam ter uma voz activa na construção da política comum da União. Uma proposta que tem, a nosso ver, tanto de desafiante no plano teórico, como de irrealista no domínio pragmático⁶. A demonstrar o seu irrealismo estão também as iniciativas cidadãs no procedimento legislativo europeu⁷, que

4 Para uma visão geral de diferentes acepções do conceito v. James ANDERSON, *Transnational Democracy: Political Spaces and Border Crossings*, Routledge, London, 2002.

5 V. Jürgen HABERMAS, «Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible», *European Law Journal*, Volume 21, Issue 4, July 2015, pp. 546–557 .

6 A demonstração do falhanço desta proposta de “soberania híbrida”, para utilizarmos a expressão de Köchler («The European Constitution and the Imperatives of Transnational Democracy», *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, 2005, pp. 88-101), é desde logo o projecto de Constituição para a Europa.

7 O artigo 11.º/4 do Tratado da União Europeia foi adotado com o Tratado de Lisboa e contempla um mecanismo de participação directa através de iniciativa cidadã no pro-

pela (falta de) participação e pelos temas mostram claramente que não existe ainda uma cidadania europeia capaz de definir um interesse público europeu⁸. Parece-nos, pois, que a aceção de *democracia transna-*

cedimento legislativo europeu: “[U]m milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar os Tratados”. O procedimento consta do Regulamento (UE) n.º 211/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à Iniciativa de Cidadania.

8 Lembramos as três iniciativas bem sucedidas que se registam desde 2011: *i)* a *Right2Water* (“A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria!”), registada em 10 de Maio de 2012, que deu origem à COM(2014) 177 final, onde a Comissão pouco adianta em relação à regulamentação existente, limitando-se a reafirmar que a Directiva-quadro da Água já responde às preocupações relativas à sustentabilidade e ao uso racional daquele recurso, que os fundos comunitários têm desempenhado um papel importante no que respeita à construção de sistemas de abastecimento de água e saneamento e, no que era o essencial do pedido da cidadania, nega qualquer alteração em relação ao princípio da neutralidade, afirmando que as directivas da contratação pública e a directiva serviços são suficientes e adequadas para assegurar os direitos reivindicados pelos cidadãos; *ii)* a *One of Us* (“Um de Nós”), registada em 11 de Maio de 2012, deu igualmente origem a uma Comunicação em 2014 [COM(2014) 355 final], na qual a Comissão sublinhou que a dignidade humana é um valor que compromete a União e que está subjacente a todas as suas decisões e políticas, mas que apesar disso não era possível aceder ao pedido formulado no sentido de que “(...) a UE não financie investigação subsequente ao estabelecimento de linhas de células estaminais embrionárias humanas. Tal deve-se ao facto de a Comissão ter formulado a sua proposta tendo em conta as considerações de ordem ética, os potenciais benefícios para a saúde e o valor acrescentado do apoio a nível da UE para todos os tipos de investigação sobre células estaminais. Esta proposta foi adoptada pelo co-legislador, ou seja, o Parlamento Europeu e o Conselho, com base num acordo obtido democraticamente durante as negociações interinstitucionais” – em suma, trata-se de um regime que beneficia de uma legitimidade alargada e de uma legitimidade científico-técnica que deixa sem base de fundamentação o pedido da cidadania; por último, *iii)* a *Stop Vivisection*, registada em 22 de Junho de 2012, deu origem a uma Comunicação de 2015 [C(2015) 3773 final], na qual a Comissão explica também a impossibilidade de atender às pretensões dos peticionantes no sentido de abandonar a experimentação em animais, alegando que a mesma é essencial à investigação científica e que os princípios éticos são assegurados pela Directiva 2010/63/UE.

Registam-se ainda doze iniciativas em tramitação, cujos temas são muito variados, mas quase sempre reconduzíveis ao labor de alguns grupos activistas: *i)* *Stop Plastic in The Sea (Plástico no Mar: Basta!)* – 2015; *ii)* *Pai, Mãe e Filhos – Iniciativa de cidadania europeia para defender o casamento e a família* – 2015; *iii)* *People4Soil: assine a iniciativa de cidadania*



cional como caracterização da organização política *sui generis* da União Europeia, enquanto alternativa aos modelos tradicionais de integração política, acaba por se esvair em meros exercícios de teorização. A mesma crítica nos merece quem procura fundamentar a legitimidade democrática transnacional no nível Europeu a partir dos valores do *comunitarismo* que seriam partilhados por todos os Estados-membros e por todos os seus cidadãos⁹ – se a “crise do Euro” mostrou que havia uma Europa do Sul e uma Europa do Norte, a “crise dos refugiados” mostrou também que existem diferenças culturais assinaláveis entre a Europa do Leste e a Europa mais Ocidental.

Questão diferente é a aceção de *democracia transnacional* como exigência de *democratização das instâncias internacionais* surgidas após a Segunda-Guerra Mundial e com o advento da regulação económica como resposta ao liberalismo económico-financeiro mundial¹⁰. Neste domínio, onde há efectivamente campo fértil para a disseminação da democracia, os institutos adquirem, porém, novas designações como

para salvar os solos da Europa! – 2016; iv) *Mais do que ensino – Formação de cidadãos ativos e responsáveis* – 2016; v) *Proibição do glifosato e protecção das pessoas e do ambiente contra pesticidas tóxicos* – 2017; vi) *Instrumento Europeu de Circulação* – 2017; vii) *Cidadania da UE para os europeus: unidos na diversidade apesar do jus soli e do jus sanguinis* – 2017; viii) *Minority SafePack – Um milhão de assinaturas pela diversidade na Europa* – 2017; ix) *Manter a cidadania europeia* – 2017; x) *Vamos reduzir as diferenças salariais e económicas que dividem a UE!* – 2017; xi) *Stop Extremism* – 2017; xii) *STOP TTIP* – 2017.

9 Para uma síntese da doutrina que opta por esta perspectiva v. Patrícia KAPLÁNOVÁ, «Transnational democracy, legitimacy and the European Union», *Journal of Universal Excellence*, Ano 4, n.º 1, 2015, pp. A52-A63.

10 Para muitos o liberalismo económico-financeiro ligado à globalização económica (remoção de barreiras ao comércio internacional e desregulação da economia) é uma expressão do neoliberalismo, mas estas associações genéricas e apressadas acabam sempre por revelar diversas inconsistências no plano teórico e dogmático – para uma visão global das divergências e dos pontos de contacto v. Manfred STEGER e Ravi ROY, *Neoliberalism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2010.

forma de se adaptarem às necessidades específicas e às diferenças que aí existem. Se a intenção é “democratizar” o FMI ou o Banco Europeu de Investimento, o que está em causa não é a instituição de formas de legitimação popular dos decisores através do voto universal e igual, mas sim mudanças estruturais no modo de escolha dos decisores, no modo de formação das decisões e até na maneira como a respectiva contestação e fiscalização podem ter lugar. Por isso, em rigor, os autores preferem neste caso o termo (*good and global*) *governance* a democratização.

Não se trata, com esta mudança terminológica, de alterar apenas a denominação de uma mesma realidade, mas antes de sublinhar que estamos perante – já o dissemos – uma realidade diversa e novas exigências. A *governance* não é uma expressão de *democracia* no sentido de legitimação da acção pela vontade popular, a *governance* é a expressão da qualidade da acção que se legitima pelo seu conteúdo (apto a responder positivamente às exigências da actualidade), pelo modo de formação das decisões (pelo diálogo, pela participação, pela comunicação e pela informação) e pelo modo de execução (realização cooperativa e colaborativa). Na definição de Levi-Faur, a *governance* é simultaneamente uma estrutura, um processo, um mecanismo e uma estratégia¹¹.

Assim, a *governance* não é um conceito concorrente com a democracia, mas aspira a ser um modo de gestão e de legitimação da acção que se pode vir a sobrepor àquela ou a impor-lhe regras para a aperfeiçoar. Tal como o constitucionalismo impôs denominadores materiais mínimos ao poder público estadual, a *governance* pretende impor denominado-

11 Cfr. David LEVI-FAUR, «From “Big Government” to “Big Governance”», *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012, pp. 8-10.



res materiais mínimos ao poder global como forma de suprir o seu inevitável deficit democrático representativo¹².

Se a democracia legitima, segundo a fórmula de Lincoln, o “governo do povo, pelo povo e para o povo” (é indissociável de uma cidadania legitimadora e destinatária do poder), a *governance* legitima a acção das novas estruturas burocráticas a qualquer nível (local, regional, nacional, supranacional e internacional). Na *governance global* não estamos perante uma acção (termo que é aqui preferido ao de poder) que responde perante um povo-nação, mas sim perante uma acção que presta contas aos destinatários directos (que podem ser empresas, pessoas singulares, instituições políticas) e às estruturas dirigentes de cúpula que lhe deram vida e que são também elas estruturas jurídicas complexas, porque representativas de interesses nacionais. Assim, a *governance* nas instituições intergovernamentais suscita problemas específicos no campo do que alguns autores apelidam de especial forma de democracia: a *democracia intergovernamental*¹³.

Em conclusão, podemos dizer que os dois *drivers* essenciais da *governance* – aqui na acepção de *democracia transnacional* ou democratização

12 Sobre o deficit democrático do direito internacional e os riscos que o mesmo apresenta para a democracia e as soberanias nacionais v. Jeremy RABKIN, *Law without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States*, Princeton University Press, 2007.

13 O estudo da democracia transnacional liga-se, neste caso, com o estudo das relações internacionais, em particular com a institucionalização de formas de cooperação estratégica através da proliferação de organismos intergovernamentais nas mais diversas áreas, da economia à segurança – o estudo da legitimação da acção destas entidades e do que muitos denominam como déficit democrático das mesmas consubstancia uma área cinzenta ou mista que designamos como *democracia intergovernamental* – sobre o tema v. Alexandru GRIGORESCU, *Democratic Intergovernmental Organizations?*, Cambridge University Press, New York, 2015.

de instituições intergovernamentais e internacionais – são a *accountability* (a prestação de contas perante os destinatários da acção e os agentes instituidores das entidades) e a *transparência* no sentido “federador” de informação, comunicação, participação e fundamentação¹⁴.

Apesar das “virtudes” apontadas à *governance*, percebemos que boa parte dos autores conclui que a mesma não tem capacidade para substituir a democracia ou aquilo que a legitimação democrática consegue prover: paz social e sentimento generalizado de legitimação da acção¹⁵.

Uma última acepção de *democracia transnacional* que nos falta tratar é a que designaremos como *democracia exportada*, ou seja, a tentativa de impor a outros sistemas políticos a adopção de formas democráticas de governo; algo que a Primavera Árabe mostrou ser um ensaio desastroso. Para além dos resultados a que conduziu, a tentativa de exportação do regime democrático Ocidental para sociedades complexas pôs também em evidência os *riscos* associados ao transplante de institutos jurídico-políticos para outros sistemas normativos e culturais. Importa não esquecer que os valores Ocidentais do liberalismos e da dignidade humana são o esteio da democracia e a tentativa de implementar (forçadamente ou ficticiamente) um regime democrático em Sociedades onde esses valores não estejam suficientemente disseminados e internalizados – em particular em Sociedades onde a igual dignidade entre os Homens não é ainda um valor dominante – não pode conduzir à instituição

14 No mesmo sentido v. Jost DELBRÜCK, «Exercising Public Authority beyond the State: transnational democracy and/or alternative legitimation strategies», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, 2003, pp. 29-43.

15 V. Amit RON, «Modes of democratic governance», *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012, pp. 472-484.



de um sistema legítimo¹⁶. A experiência árabe mostrou também que o *cosmopolitismo* – outra das correntes que serve de suporte teórico à *democracia transnacional* assim como ao direito internacional e aos direitos humanos – é uma aspiração, mas não uma realidade.

Esta *democracia exportada* – a expansão do modelo para realidades socioculturais que não estão ainda adaptadas à sua recepção – não deve confundir-se com as situações em que os regimes democráticos já plenamente implementados em certas comunidades políticas nacionais são ameaçados pelas próprias instituições políticas internas. Neste caso o que sucede é uma intervenção externa por via diplomática – sanções, embargos –, em regra concertada em instituições internacionais, cujo objectivo é restabelecer o regime democrático daquele país.

2. A crise da democracia

Esclarecidas as acepções possíveis de democracia transnacional, parece-nos importante fazer agora uma alusão, ainda que tópica e breve, ao que consideramos serem as *causas da crise da democracia* ou da *crise dos valores democráticos ocidentais*, desde as mais remotas – que estão associadas às mudanças no paradigma de organização social e filosófico no Ocidente – até às mais próximas – ligadas às transformações registadas nas instituições político-sociais e à evolução tecnológica.

¹⁶ Como a doutrina bem destaca, a igualdade não é o esteio da democracia (a democracia visa legitimar o exercício do poder de governo nas sociedades), mas um regime democrático não depende apenas de esquemas formais como eleições livres e universais, ele precisa também de uma sociedade entrosada com a vida política, ou seja, onde exista acesso a informação, onde os *media* funcionem de forma regular e onde a garantia dos direitos fundamentais esteja devidamente assegurada – Eva ERMAN e Sofia NÄSTRÖM, «Introduction: in search of political equality», *Political Equality in Transnational Democracy*, Palgrave Macmillan, New York, 2013, pp. 1-15.

No plano das *modificações estruturais* globais começamos por assinalar a complexidade dos tempos recentes, patente na incapacidade de elaborar novos modelos de compreensão global da realidade como aqueles que encontramos na transição para a época moderna e no advento do capitalismo. Hoje a compreensão da realidade política é fragmentada e fragmentária e, apesar das inúmeras tentativas, não conseguimos encontrar uma teoria global que compreenda e sintetize a teoria política actual¹⁷. Propostas como a *biopolítica* (apesar dos equívocos que a tese de Foucault acabaria por suscitar¹⁸) ou a *sociedade em rede* de Manuel Castells¹⁹, centrada no impacto que as novas tecnologias representam para as estruturas sociais e para a nova forma de capitalismo – o capitalismo informacional – são apenas dois exemplos de tentativas de recompreensão da realidade político-económica e social que não foram bem sucedidas ou não conseguiram alcançar os seus objectivos.

Com efeito, o que caracteriza na contemporaneidade o desenvolvimento das ciências sociais são os *fenómenos políticos parciais*, como o

17 Neste sentido v. Robert GOODIN, «The state of the discipline, the discipline of the State», *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2009, pp. 3-57.

18 Na formulação que Foucault deu ao conceito no início do século XIX, a biopolítica era essencialmente a referência ao fenómeno de gestão política da vida humana, ou seja, para o autor, o homem ocidental passa a perceber de forma conjunta a sua consciência de espécie (a espécie humana) e a necessidade de promover a respectiva preservação através da acção colectiva organizada (a política). Mais tarde, porém, sobretudo com a obra de Agamben, o conceito haveria de aparecer associado a conotações menos positivas ligadas a uma certa compreensão da acção política sobre as potencialidades da vida humana, o que poderia “justificar” intervenções de natureza eugénica. Isso não significa que não possamos encontrar também conotações positivas do termo, desenvolvidas por Esposito, para quem a biopolítica pode ser reconduzida a uma compreensão de Estado como organização política que não só tem um corpo (os cidadãos), mas também uma unidade espiritual que lhe garante unidade – sobre todas estas acepções v. Timothy CAMPBELL e Adam SITZE (ed.), *Biopolitics*, Duke University Press, London, 2013.

19 Cfr. Manuel CASTELLS, *Sociedade em Rede. Era da Informação II: Economia, Sociedade e Cultura*, 4ª ed., Gulbenkian, 2012.



feminismo, o *ambientalismo* ou o *trans-humanismo*, que, precisamente por serem parciais, conseguem construir com facilidade comunidades identitárias transnacionais com expressão social global, apesar de, proporcionalmente, não terem depois expressão política significativa se analisadas individualmente em cada território dos Estados-nação.

Podemos afirmar que existe neste caso – nos fenómenos políticos parciais – o desenvolvimento de uma expressão representativa do social que cresce diacronicamente e de forma transnacional, distinguindo-se das *teorias reactivas*, que surgem em regra de forma diacrónica em um ou mais Estados-nação, mas como expressões paralelas de fenómenos político-sociais que apresentam continuidades identitárias entre si. É o caso do *estado de excepção* de Agamben (na esteira do pensamento de Schmitt) em resposta a crises ou ameaças sérias à organização política e que, em nome da capacidade de (re)acção do Estado, pode justificar uma concentração de poderes e uma redução das garantias jurídicas²⁰. Mas também do *juiz Hércules* de Dworkin, aquele juiz ideal a quem se poderia pedir que para a decisão de cada caso analisasse o direito escrito e os princípios no seu todo (*law as integrity*), e que é, na verdade, uma teoria normativa de reacção ao positivismo, que acaba depois por servir de lastro teórico aos activismos judiciais. E as mesmas críticas – de teorias reactivas da compreensão dos fenómenos sociais actuais – podem ser estendidas à *hospitalidade* de Derrida, que culmina com as dificuldades de execução de políticas de integração multicultural e com “excessos” dessas comunidades que a Europa procurou integrar²¹.

20 Cf. Giorgio AGAMBEN, *Estado de Excepção*, Edições 70, Lisboa, 2010.

21 Referimos, apenas a título ilustrativo, problemas como o casamento de menores na etnia cigana, a proibição do uso da burca em França, a dificuldade de integração do uso do véu islâmico no sistema de ensino e no mercado de trabalho, que se encontra bem patente nos *casos do TEDH* – para uma análise dessa jurisprudência v. Juan José RUIZ

A incapacidade das teorias em abarcar de forma compreensiva a realidade actual é acompanhada da perda de significado e de relevância de alguns institutos jurídicos essenciais à matriz sociocultural ocidental e, em particular, europeia, como sucede com a passagem de um optimismo racional para uma *cultura de risco* (Beck²²) e *de medo* (Sunstein²³ e Ackerman²⁴), com a multiplicação das teorias da justiça (Sen²⁵), a transmutação dos bens públicos para bens económicos, a matização da limitação do poder na era da regulação, a emergência de experiências de regulação política alternativas ao contrato social, a passagem do direito internacional dos Estados para um direito internacional dos indivíduos e o aprofundamento do estudo da teoria dos jogos no campo das relações internacionais.

Não admira, pois, que todas estas transformações tenham gerado tamanha complexidade que acabou por afastar os cidadãos das instituições e da própria política, gerando um sentido global de desconfiança (a que não é alheio o fenómeno da corrupção) e mesmo de desinteresse. Assis-timos a uma diluição dos esteios socioculturais no que Bauman apelida de “modernidade líquida”²⁶.

Todos estes fenómenos contribuem para a denominada *crise da democracia*, que é fundamentalmente uma *crise do modelo de democracia*

RUIZ e Benito ALÁEZ CORRAL, *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

22 Ulrich BECK, *A Sociedade de Risco Mundial. Em busca da segurança perdida*, Edições 70, Lisboa, 2015.

23 Cass SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005.

24 Bruce ACKERMAN, *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University Press, 2007.

25 Amartya SEN, *A Ideia de Justiça*, Almedina, Coimbra, 2013.

26 Zygmunt BAUMAN, *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2015.



representativa, o qual é, de resto, indissociável da *crise das ideologias*. Arriscamos dizer que desde a apresentação da “terceira via” de Giddens²⁷, que as ideologias políticas não conseguem encontrar forma de se reinventar e adaptar à mudança. A política transforma-se em mera “arte de comunicar políticas”. Mais do que isso, deixa de se preocupar com o conteúdo – as ideias que se pretendem fazer valer na organização social e comunitária – e centra-se na forma – *no marketing político* e na *propaganda*. Assistimos a uma superação da liderança pela popularidade e à substituição de estadistas por “bons actores e bons comunicadores”.

Apesar da propaganda e do refinamento da comunicação política, os cidadãos apercebem-se da perda de poder real por parte das instituições políticas nacionais. Assistem a sucessivos episódios reveladores da incapacidade de os Estados se imporem perante as multinacionais, as organizações políticas internacionais ou os grupos terroristas, o que mina a sua confiança nas mesmas e abre um ciclo de enorme risco para as democracias, com a abstenção a chegar a cifras incalculáveis em quase todos os países ocidentais – votar porquê? votar para quê?

Também no plano económico o trabalho dependente cede lugar ao empreendedorismo e à terceirização, o que obriga a repensar e reestruturar a forma de garantir os direitos sociais tradicionalmente ligados às formas de organização colectiva do trabalho. E a “questão social” por resolver agrava-se à medida que o bem-estar se torna mais exigente e os indivíduos – aprisionados nas cidades, desintegrados de comunidades de pertença e partilha familiar e cultural e cada vez mais dependentes de comunidades virtuais – se tornam vulneráveis e ficam dependentes de

27 Anthony GIDDENS, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Polity, London, 1998.

respostas da organização colectiva pública, que é incapaz de satisfazer todos os pedidos nas áreas da saúde, da educação e da previdência e assistência social – é neste momento que se generalizam as novas formas de pobreza. Se somarmos a isto o deslaçamento entre gerações – cada geração tem códigos de comunicação diferentes (o exemplo mais citado é o da “geração Y”²⁸) que impedem a solidariedade – percebemos que este novo mundo global e digital de “proximidade e amizade virtual” e de “auto-estimas dependentes de *likes*” é afinal um espaço de existência dos individualismos, das solidões e da desprotecção social, institucional e comunitária.

Em reacção, emergem novos movimentos políticos que procuram *referenciais culturais de partilha na proximidade*, dando origem a um re-credescimento dos nacionalismos e dos regionalismos no plano político, dos protecionismos no plano económico e da xenofobia no plano social – ameaças ao Estado-nação a partir dos seus pilares e de que a Catalunha, a Valónia e Marine Le Pen são apenas alguns exemplos.

Por último, os Estados ficam também fragilizados financeiramente, pois o aumento da despesa, que deveria ser assegurado pelo aumento da receita tributária, enfrenta dificuldades de efectivação em razão dos esquemas de planeamento fiscal agressivo – tema a que voltaremos mais à frente neste texto quando tratarmos da *democracia transaccional*.

Em suma, acompanhamos as preocupações de Colin Crouch quando o autor há mais de dez anos nos alertava para as consequências destes

28 Expressão utilizada por William Strauss e Neil Howe para designar a geração do milénio ou geração da internet, ou seja, aqueles que nasceram após 1980 e estão perfeitamente adaptados à revolução tecnológica – *Millennials Rising: The Next Great Generation*, Random House USA, 2000.



fenómenos económico-sociais, que ao destruírem a estrutura de classes e substituírem o capitalismo mercantil e industrial por um capitalismo global e financeiro minavam as bases da estrutura democrática estadual e, com isso, se nada fosse feito, impunham a passagem (o retrocesso) da democracia de massa e popular, tal como a tínhamos conquistado, para uma democracia de elites, ou seja, para o que ele qualifica como *pós-democracia*²⁹. Na revisitação do tema em 2016, o autor imprime um tom ainda mais pessimista ao discurso quando conclui que fenómenos como o TTIP, a crise do euro, a formação de empresas internacionais na área dos *media* sugerem que as forças que dominam a política são cada vez menos aquelas que elegemos de forma democrática e que a própria democracia não consegue reinventar-se e apresentar propostas ou soluções que resolvam os problemas da *pós-democracia*³⁰.

3. As “novas aceções” da democracia

A crise, decorrente dos fenómenos a que topicamente fizemos alusão, deu origem a diversas propostas de recompreensão do funcionamento dos sistemas democráticos, em particular através de tentativas de alargar as formas de participação democrática directa ou de generalizar a democracia deliberativa, em complemento da democracia representativa. Os resultados, com uma ou outra excepção, não são, a nosso ver, animadores³¹.

29 Cfr. Colin CROUCH, *Post-Democracy*, Polity Press, 2004.

30 Cfr. Colin CROUCH, «The March Towards Post-Democracy, Ten Years On», *The Political Quarterly*, Vol. 87, N.º 1, Jan-Mar, 2016, pp. 71-75.

31 Diferente é o caso do *direito de audição e participação administrativa* em procedimentos respeitantes a *projectos com efeitos transnacionais*, como sucede desde logo com os projectos que têm *impactos ambientais transfronteiriços*, embora neste caso não estejamos perante um verdadeiro alargamento da democracia transnacional baseada no

Por ocasião da crise económico-financeira de 2008 surgiram diversos movimentos populares inorgânicos que apelavam aos princípios da democracia directa como meio de promover a justiça social em alternativa ao que consideravam ser os resultados calamitosos da desregulação dos mercados financeiros, em parte alcançados graças à passividade ou má gestão (em alguns casos associados a esquemas de corrupção) de governos eleitos a partir de sistemas representativos ilegítimos. Estas “redes sociais de indignados” – como o “Occupy Wall Street – OWS” dos EUA ou o “13m” em Espanha – revelaram que são capazes de alcançar protagonismo nos *media* e até impacto transnacional – no caso do movimento Occupy, que nasceu em Manhattan, surgiram depois expressões regionais em outras áreas do globo, como prova da sua capacidade de *branding* – mas não passam de “movimentos de contestação”³², incapazes de produzir respostas alternativas estruturadas (formas institucionais) que consigam entrar no sistema e modificar o rumo da história.

É verdade que estes movimentos deram um contributo importante na denúncia e consciencialização geral de que a desigualdade econó-

princípio da busca da comunidade política relevante para a decisão, mas apenas da obrigação de auscultar comunidades políticas lesadas por decisões de outras comunidades políticas, recorrendo, para o efeito, à mediação do Estado – Cf. Convenção de Espoo (Convenção sobre Avaliação dos Impactes Ambientais num Contexto Transfronteiriço) e o artigo 7.º/4 da Directiva 2011/92/UE relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente, na redacção dada pela Directiva n.º 2014/52/EU.

32 Apesar de integrarem pessoas muito diversas – de estudantes e professores universitários a profissionais e trabalhadores desempregados; de representantes de diversos movimentos como anarquistas, ambientalistas e feministas a representantes de diversas “tribos urbanas” como punks ou góticos – estes movimentos demonstraram não conseguir instituir formas de autogoverno, nem respostas duradouras. O relato escrito de um dos participantes no movimento Occupy, através do qual procurou dar protagonismo à corrente anárquica em que se filia prova que os objectivos destes “actores sociais” são afinal limitados e andam muito distantes de um projecto global de governo para sociedade – v. Mark BRAY, *Translating Anarchy. The Anarchism of Occupy Wall Street*, zero books, 2013.



mico-social tinha aumentado de forma excessiva no Ocidente nos últimos anos e que a globalização e a desregulação financeira estavam a contribuir de forma determinante para este resultado³³, mas é também verdade que as breves formas de institucionalização que alcançaram – referimo-nos em especial ao partido político “Podemos” em Espanha – rapidamente demonstraram que afinal estes *newcomers* utilizam as mesmas estratégias e incorrem nos mesmo erros que os partidos políticos tradicionais: financiamentos ilegais, corrupção, fraude.

Estes movimentos relembrou “o colectivo” do que há muito já se sabia: a *democracia directa* apenas pode ter efectividade e virtualidades se surgir em forma de expressões orgânicas e institucionalizadas, no contexto do que actualmente se denomina como *reforço da participação*. São exemplos de sucesso neste domínio institutos como os orçamentos participativos municipais, que alocam uma parte das suas verbas a projectos propostos e votados pela população eleitora daquela circunscrição municipal, “*engajando*” os eleitores com as estruturas representativas locais.

Também as experiências da *cyber-democracia* não colhem o nosso entusiasmo. Sem querer negar as virtudes da *sociedade do conhecimento*, afigura-se-nos utópico que possamos transitar do estado actual para um modelo de desenvolvimento totalmente baseado no conhecimento e na inovação, segundo o qual o diálogo entre o local e o global através das novas tecnologias irá também levar a novas formas de organização político-social, assentes nas tecnologias de informação e comunicação e no investimento privado em prol do bem comum (a *cyber-democracia*)³⁴.

33 Entre a muita literatura sobre o tema permitimo-nos destacar Joseph E. STIGLITZ, *O Preço da Desigualdade*, Bertrand, Lisboa, 2013.

34 Sobre o tema v. Elias G. CARAYANNIS *et alii*, *Cyber-Development, Cyber-Democracy and Cyber-Defense*, Springer, New York, 2014.

De resto, as experiências de *e-government* um pouco por todo o mundo mostram que este domínio de associação entre as novas tecnologias e os serviços públicos é fundamental para alcançar ganhos de eficiência, aumento da qualidade dos serviços e do bem-estar dos cidadãos, mas ao mesmo tempo apresenta alguns *riscos* nesta fase de transição, pois a iliteracia informática é responsável pela exclusão social dos mais velhos, dos que têm menor escolaridade e dos mais pobres e, em muitos casos, a intermediação informática é também geradora de individualismos que fazem perigar a capacidade de reivindicação dos utentes dos serviços públicos. Acompanhamos assim as preocupações que Cass Sunstein expressou em 2009 quando alertou para a diferença entre cidadãos e consumidores e o modo como a intermediação da tecnologia e das redes sociais nos serviços públicos pode conduzir a uma diluição da cidadania e dos códigos culturais da democracia³⁵.

Isso não significa, porém, que desprezemos por completo as propostas que vão surgindo no contexto da substituição dos modelos burocráticos por novas formas de gestão e governo que explorem os benefícios da tecnologia. Elogios que não se limitam a iniciativas como o *Simplex* português, mas que incluem também outras propostas mais arrojadas, como as “*wiki-based government*” (instituição de ecossistemas de decisão colaborativa que permitam a todos os que têm interesse e *expertise* participar e melhorar um sistema)³⁶ ou os “*peer-to-peer governance experiences*” (regimes de decisão colaborativa onde as decisões são tomadas de

35 Cfr. Cass SUNSTEIN, [Republic.com](#) 2.0, Princeton University Press, 2009.

36 Sobre a implementação deste tipo de projectos na Casa Branca v. Beth Simone NOVECK, *Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful*, Brookings Institution Press, 2009.



forma colectiva e democrática e que estão na base do desenvolvimento de sistemas informáticos como o LINUX)³⁷.

Uma nota adicional ainda sobre a *informatização* e a *simplificação* da acção governativa para destacar outros *riscos* que são indissociáveis deste fenómeno, como: *i*) o elevado volume de informação que é gerada e que precisa de ser correctamente protegida³⁸; *ii*) a informação qualificada (segredos e reservas) que exige cuidados acrescidos em matéria de protecção; e *iii*) a eliminação de trâmites procedimentais e a introdução de automatismo que podem afectar a justiça dos resultados³⁹.

Por último, é importante incluir entre as “novas tendências” da democracia aquilo que nos parece configurar um meio de *legitimação das decisões pelos resultados* através do alargamento das formas de controlo da actividade governativa e administrativa. Em primeiro lugar, esse alargamento do controlo centrou-se na constituição de novas jurisdições onde os interessados podem demandar o Estado pelos actos decorrentes de qualquer das suas instituições, incluindo as decisões judiciais nacionais – é o que sucede com o controlo do TEDH quando julga questões como a

37 Neste sentido v. Zach BASTICK, «Digital Limits of Government: The Failure of E-Democracy», in Alois A. Paulin *et alii* (ed.), *Beyond Bureaucracy: Towards Sustainable Governance Informatisation*, Springer, 2017, pp. 3-14.

38 Não se trata apenas de combater fenómenos patológicos como o *caso Snowden*, mas sim de compreender que toda a informatização de dados pessoais e administrativos cria novas e inevitáveis vulnerabilidades que ameaçam também a democracia. É nesse sentido que, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou inválida a Decisão 2000/520, adoptada pela Comissão Europeia (que reconhecia a adequação dos *International Safe Harbor Privacy Principles*), ao abrigo da qual empresas como o Facebook e a Apple transferiam o armazenamento de dados pessoais de cidadãos europeus para os EUA (*cf.* Proc. C-362/14).

39 Cass Sunstein alerta para estes problemas em *Simpler. The Future of Government*, Simon & Schuster, New York, 2013.

demora das instâncias nacionais na emissão de uma decisão judicial ou a implementação de uma medida tributária, como a contribuição extraordinária de solidariedade. No fundo, queremos com esta alusão destacar que, se por um lado o sistema internacional de garantia dos direitos humanos é, em si, uma forma de garantia da democracia, por outro, este sistema, na medida em que é fundamentalmente assegurado por tribunais internacionais, cujos juízes não são eleitos, acaba por ter, ele próprio, um certo déficit democrático, que há-de ser compensado através do procedimento de decisão (julgamento) destas instâncias⁴⁰. Sucede que muitas vezes esta autocontenção na decisão depende dos próprios juízes e nem sempre encontra por parte destes as respostas e os comportamentos mais adequados.

Em segundo lugar, os tribunais tendem também a aumentar o seu poder de interferência com a acção governativa no contexto das denominadas *affirmative actions*, acabando por, em nome da protecção devida às minorias com o intuito de neutralizar discriminações históricas, impor saltos civilizacionais que o sistema democrático não estaria preparado para internalizar⁴¹. Na Europa estas questões colocam-se fundamentalmente quanto à igualdade de género⁴².

40 Sobre o tema *v. Armin von BOGDANDY e Ingo VENZKE, In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014.

41 De sublinhar que esta não é, contudo, uma tendência especialmente visível no bloco Europeu e sobretudo em Portugal, onde os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional em particular têm revelado prudência no uso deste instrumento no julgamento de temas como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o aborto ou a eutanásia.

42 Na jurisdição do Tribunal de Justiça o destaque vai para os casos *Kalanke* (C-450/93) e *Marschall* (C-409/95) e para a Directiva n.º 76/207/CEE, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, posteriormente substituída pela Directiva n.º 2006/54/CE. Portugal tem igualmente adoptado diversa legislação onde impõe quotas para mulheres ou regras sobre a paridade de género no acesso a certos cargos. Sobre o tema em geral *v. George GERAPETRITIS, Affirmative Action Policies and Judicial Review Worldwide*, Springer, 2016.



Finalmente, a instituição de controlos internos e intermédios, assim como controlos independentes, com especial incidência sobre as áreas económicas, financeiras e de despesa pública colocam também inúmeras questões sobre o que é e quais os limites que devem ser apontados à *responsabilidade tecnocrática* e aos *guardiões de políticas sectoriais*, que não dispõem de legitimidade democrática directa, assim como ao modo como estes e os representantes democraticamente eleitos se hão-de relacionar. Um tema que abarca a regulação económica e os poderes das entidades reguladoras. No fundo, a questão essencial é a de saber se estes controlos ajudam ou prejudicam a democracia.

4. A democracia transaccional

O conjunto de ponderações mais ou menos avulsas que trouxemos para partilhar com um auditório privilegiado como é este do Encontro de Professores de Direito Público não ficaria completo se não retomássemos o tópico inicial das reflexões que durante algum tempo (ainda que breve!) acalentámos como tema central para a nossa intervenção: o possível sentido da *democracia transaccional*. Após uma pesquisa na literatura, concluímos que esta apenas cuidava dos termos *democracia negociada* (*negotiated democracy*) e “*comércio democrático*” (“*traded democracy*”). A primeira, uma expressão utilizada para qualificar os sistemas onde a instituição de um regime democrático, assente na democracia representativa de base popular, não é possível ou não estão ainda reunidas as condições para a sua implementação e por isso é necessário encontrar formas transitórias de governo baseadas em pactos de regime entre representantes dos diversos sectores da sociedade – algo particularmente comum em fases de transição de regime ditatoriais para demo-

cracias ou de nações em guerra para Estados em construção. A segunda para qualificar o déficit democrático no contexto da política de comércio internacional. Não sendo nenhum destes o tópico adequado à nossa intervenção, ficámos então com maior espaço para uma reflexão livre sobre os sentidos possíveis para o conceito de *democracia transaccional*.

E a nossa primeira ideia foi associar a democracia transaccional àque-
las situações em que *cidadãos de um espaço de integração económica e financeira pactuam entre si instituir um regime económico-financeiro predatório das receitas tributárias dos outros Estados*, como sucede nos paraísos fiscais e em todos os regimes jurídico-legais que têm como ob-
jectivo obter mais receitas à custa da perda de receita de outros Estados. No fundo, a nossa questão reconduzia-se ao problema da legitimidade destes regimes: será a democracia apenas um sistema de legitimação a partir da expressão da vontade da maioria ou deve ter denominadores éticos em matéria política, semelhantes ou equivalentes aos que decorrem do sistema de direitos fundamentais? Em outras palavras, uma comunidade política nacional tem deveres e obrigações éticas para com outras comunidades políticas nacionais ou apenas para com os indivíduos que as integram?

Este tema chegou, a seu modo, a ser a florado no debate público por ocasião do *caso Lux Leaks*, que deu publicidade aos acordos fiscais (esquemas de evitação fiscal) celebrados entre o Governo Luxemburguês (à data presidido por Jean-Claude Juncker) e diversas empresas multinacionais, ao abrigo dos quais estas podiam beneficiar de um regime fiscal de baixa tributação naquele país ao mesmo tempo que evitavam o pagamento de impostos em outros Estados-membros da União Europeia. Na altura a questão formulava-se do seguinte modo; pode a construção de uma cidadania europeia fazer-se sobre esta base política? Uma questão



que justificaria um debate interessante no plano da filosofia política e da teoria das relações internacionais se tivermos em conta que este “passado” não parece ter prejudicado o seu principal protagonista!

Em segundo lugar, também a *regulação do comércio internacional a nível Europeu, assim como a protecção do investimento estrangeiro* suscitam questões atinentes à construção de uma democracia europeia. Quando diversos Estados-membros contestam judicialmente (nas jurisdições internas e europeia) a negociação do TTIP e celebram entre si, à revelia das orientações da Comissão Europeia, acordos bilaterais de protecção do investimento, que tipo de integração política e de cidadania está aqui subjacente? São estes diferendos solucionáveis no quadro de uma transacção política? É este mais um dos sentidos possíveis da democracia transaccional?

E no plano global a complexidade é ainda maior. Quando pensamos nas negociações do Acordo de Paris e naquilo que alguns Estados estão dispostos a oferecer a outros em troca da redução das emissões será isso igualmente uma forma de democracia transaccional? Quer isto dizer que a cidadania política compreende não apenas uma dimensão de escolha comunitária, mas também uma dimensão de pacto entre comunidades diferentes, mesmo que esse pacto implique limites ao exercício de escolhas por gerações futuras?

Por último, será a cidadania hoje um bem económico transaccionável? É isso que resulta dos regimes legais como a autorização de residência para actividade de investimento (os denominados *vistos gold* previstos no artigo 90.º-A da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional) ou o regime fiscal do residente não habitual (artigos 16.º e 72.º do código do

imposto sobre o rendimento das pessoas singulares)? É esta também uma nova acepção da democracia, da democracia transaccional?

Na verdade, pareceu-nos que o tema da *democracia transaccional* apresenta diversas possibilidades de reflexão que podem e devem ser explorados em próximos encontros de professores de direito público, seja no contexto de um desafio para a organização de umas jornadas interdisciplinares em matéria de ciências sociais, seja no plano jurídico se o tema geral estiver associado a (mais uma) revisitação dos princípios e dos valores que limitam e balizam a acção pública.

Notas finais

Termino lembrando que o nosso propósito com esta breve comunicação não era estudar as teorias da democracia, nem da construção do Estado ou da ciência política, nem tão-pouco fazer uma análise e um diagnóstico do funcionamento dos regimes democráticos e das premissas teoréticas ou da filosofia política sobre as quais os mesmos repousam. O nosso objectivo era em verdade pouco ambicioso, limitando-se – como ficou patente – a lançar tópicos de reflexão e debate a propósito (alguns talvez mesmo a pretexto) do conceito de democracia transaccional (e/ou transaccional!).

Talvez por isso não tenhamos uma nota conclusiva para apresentar, mas apenas duas convicções pessoais para partilhar: a primeira é a de que a democracia é sinónimo de *liberalismo*⁴³, na medida em que pressupõe

43 Concordamos inteiramente com Pierre MANENT quando o autor termina as suas “Dez Lições” sobre a história intelectual do liberalismo com a referência a Tocqueville não porque – como ele expressamente afirma – “ com ele [Tocqueville] termina a história inte-



(baseia-se) igualdade entre os indivíduos sem lhes impor qualquer projecto comunitário; a segunda é a de que este é o melhor regime em que podemos aspirar a viver, pois é nele que podemos exercer plenamente a liberdade natural, deixando-nos “influenciar” apenas por aquilo em que confiamos, e por isso devemos temer e olhar com alguma desconfiança para os “novos comunitarismos” que espreitam em nome do ambiente, da igualdade social paternalista, da trans-humanidade, da cibernética...

lectual do liberalismo, mas sim porque ele formulou o problema das sociedades liberais de forma mais ampla e mais profunda (...) O projecto democrático coloca o homem numa estranha posição. Em primeiro lugar, ele atribui-lhe uma soberania muito exaltada, em virtude da qual deve reconduzir à igualdade natural todas as «influências» pelas quais os homens agem uns sobre os outros. Mas essa soberania é, ao mesmo tempo, muito humilde: ignora o que o homem fará da sua liberdade natural reconquistada” – Pierre MANENT, *História Intelectual do Liberalismo. Dez Lições* (tradução de Jorge Costa), Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 209.

